

CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO N. 100 – SP

(Registro n. 2000.0073205-2)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Autores: Aparecida dos Santos Baliero Macedo e outros
Réus: Sílvia Helena de Almeida Martha e outros
Suscitante: Procuradoria da Previdência Social de Bauru-SP
Procuradores: Leonardo Duarte Santana e outros
Suscitada: 2ª Vara do Trabalho de Bauru-SP

EMENTA: Processo Civil – Conflito de atribuição – Contribuições previdenciárias oriundas de sentenças trabalhistas – Cobrança (art. 114, § 3º, da CF/1988) – EC n. 20/1998 – Competência da Justiça do Trabalho.

1. Ao intimar o INSS para apresentar cálculos de liquidação, proferiu o julgador ato judicial típico não controlado por via de conflito de atribuição.
2. Os conflitos de atribuições não alcançam as decisões judiciais porque estas sofrem o crivo dos recursos.
3. Conflito de atribuições não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do conflito de atribuições. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Franciulli Netto, Francisco Peçanha Martins e José Delgado. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Garcia Vieira e Milton Luiz Pereira.

Brasília-DF, 26 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Presidente.

Ministra Eliana Calmon, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: I – A representação da Procuradoria da Previdência Social de Bauru, Estado de São Paulo, suscita conflito negativo de atribuições, com respaldo no art. 193, VI, do RISTJ, diante do disposto no artigo 114, § 3º, da CF/1988, com base nos fatos seguintes:

a) perante a 2ª Vara da Justiça do Trabalho em Bauru foram ajuizadas dezenas de reclamações trabalhistas, nas quais houve acordo em algumas e sentença em outras tantas;

b) ao final, o douto julgador determinou que a Procuradoria do INSS apresentasse o cálculo das contribuições previdenciárias incidentes nos processos decididos, para assim dar início à execução;

c) o entendimento do magistrado, segundo o órgão-requerente, é o de que cabe à autarquia promover a execução das contribuições previdenciárias oriundas dos acordos e sentenças por ele homologados e proferidas, respectivamente, sem atentar para a regra do artigo 114, § 3º, da CF/1988.

II – Ouvido, opinou o Ministério Público Federal pelo conhecimento do conflito, para declarar a competência da Justiça laboral para proceder à cobrança das contribuições previdenciárias das reclamações trabalhistas.

Relatei.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Ao advento da Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, foi acrescentado o § 3º ao artigo 114, assim redigido:

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

Entendo que, efetivamente, quando disse o legislador constitucional que a execução das contribuições sociais decorrentes das suas sentenças seriam **ex officio**, automaticamente, dispensou a certidão de dívida ativa e legitimou, como título executivo judicial, pronunciamento que, anteriormente, não o era.

Antes da EC n. 20/1998, por faltar à Justiça do Trabalho competência

material para certificar a existência de débito fora do seu campo de atuação – relação de emprego –, não era possível a obtenção de um título judicial em relação às contribuições previdenciárias.

Com a ordem constitucional, surge no Direito brasileiro um título judicial que deve ser prestigiado pela Justiça, que tem assim competência ampliada para promover a cobrança de débitos previdenciários.

A Primeira Seção, em decisões reiteradas, firmou o entendimento no sentido dado pela ementa seguinte:

“Processo Civil e Constitucional. Contribuições previdenciárias oriundas de sentenças trabalhistas: cobrança (art. 114, § 3º, da CF/1988, acrescentado pela EC n. 20/1998).

1. A EC n. 20/1998 ampliou a competência da Justiça do Trabalho, outorgando-lhe o poder de cobrar débitos para com a Previdência, desde que oriundos de suas próprias sentenças.

2. Cobrança automática do título judicial, independentemente de inscrição na dívida ativa.

3. Improriedade do provimento que devolve à Procuradoria do órgão a iniciativa da execução.

4. Conflito conhecido, para declarar competente a Junta Trabalhista.” (CAAt n. 88-SC, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon, Primeira Seção, por maioria, julgado em 6.12.1999).

Na hipótese dos autos há, entretanto, alguma peculiaridade, porque em verdade o Juiz do Trabalho não se recusa a executar a parcela da contribuição previdenciária. Ele pede à Procuradoria que efetue o cálculo, como aliás é uma forma de execução comum após a extinção da liquidação por cálculo do contador.

Veja-se, para melhor apreciação, o teor do despacho que deu origem ao presente conflito:

“Notifique-se o órgão previdenciário através de seu procurador para que, no prazo de sessenta dias, apresente o cálculo relativo à contribuição previdenciária incidente sobre o acordo homologado, sentença proferida, para o início da execução.

Se decorrido **in albis** o prazo supra, dê-se baixa nos autos e arquivem-se.” (fl. 3).

A primeira observação que se faz, ao analisar o ato atacado, é que se tem uma decisão judicial, em despacho impulsionador do processo, o que afasta a possibilidade de conflito de atribuição.

A segunda observação é a de que o órgão previdenciário foi acionado como parte interessada e não como órgão incumbido de uma atribuição que já não lhe diz respeito.

Dentre os documentos juntados pelo órgão-suscitante, há a Recomendação n. 1/1999, da Presidência e da Corregedoria do Tribunal da 15ª Região, pela qual os Juízes do Trabalho devem estabelecer os critérios de cálculo que entendam convenientes (doc. fl. 26, art. 1º, **in fine**, da recomendação).

E, no artigo 2º do mesmo documento está dito que, na fase de liquidação, devem as partes ser intimadas para que apresentem os cálculos, inclusive os relativos às contribuições sociais devidas.

Entendo, em conclusão, que o ato impugnado é judicial e não administrativo, desafiando recurso e não o incidente provocado indevidamente.

Assim sendo, não conheço do conflito.

É o voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 5.698 – DF

(Registro n. 98.0016002-7)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Impetrante: Paulo França Bandel (menor)
Assistido por: Gerhard Bandel
Advogados: Antônio Carlos Mendes e outro
Impetrado: Ministro de Estado da Aeronáutica
Sustentação oral: Pedro Gordilho (pelo impetrante) e Edmundo Theobaldo Muller Neto (pela União)

EMENTA: Mandado de segurança – Administrativo – Concurso do ITA – Ofensa a direito líquido e certo – Princípio da hierarquia das normas – Abuso de poder.

A portaria que instituiu as normas para o concurso deu vigência integral ao **caput** do artigo 6º do Decreto n. 76.323/1975, mas ignorou o disposto em seu § 1º. Uma portaria, por ser norma de hierarquia inferior e de cunho meramente complementar, não tem o condão de alterar disposições emanadas de decreto-lei (princípio da hierarquia das normas).

Se a Administração, mesmo no exercício de seu poder discricionário, não atende ao fim legal, a que está obrigada, entende-se que abusou do poder. Quando o administrador indeferiu o pedido de efetivação de matrícula do impetrante, tendo este sido considerado apto para ingresso no ITA, em certame que seguiu as normas estabelecidas no Decreto n. 76.323/1975, agiu ilegalmente, violando direito líquido e certo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por maioria, conceder a segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora, vencido, em parte, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins. Votaram com a Sra. Ministra-Relatora os Srs. Ministros Garcia Vieira, Milton Luiz Pereira, José Delgado, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão e Franciulli Netto.

Brasília-DF, 26 de abril de 2000 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Presidente.

Ministra Nancy Andrighi, Relatora.

Publicado no DJ de 30.10.2000.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de mandado de segurança ajuizado por Paulo França Bandel contra ato do Ex.º Sr. Ministro da Aeronáutica, que indeferiu pedido, em recurso administrativo, de efetivação de matrícula no Instituto Tecnológico da Aeronáutica (ITA).

Consta dos autos que o Impetrante foi aprovado e classificado no concurso de admissão, realizado no período de 9 a 12 de dezembro de 1997, do ITA. Entretanto, tendo sido considerado, em exame médico realizado

pela junta regular de saúde do ITA, incapaz para efeito de alistamento no serviço militar – CPORAer-SJ, teve sua matrícula definitivamente indeferida. O diagnóstico indica sofrer o Impetrante das moléstias H52.2 e D69-3, que, conforme Classificação Estatística de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10 – Código Internacional de Doenças), correspondem ao astigmatismo e à púrpura trombocitopênica idiopática (Síndrome de Evans), respectivamente.

A decisão do diretor do instituto supracitado fundamentou-se, primordialmente, no disposto nas instruções para admissão de candidatos civis nos cursos fundamental e profissional do ITA, art. 4^a, item 6, aprovada pela Portaria n. 194-GM3 (março de 1989).

Em suas razões, alega o Impetrante ofensa ao Decreto n. 76.323 (22.9.1975), art. 6^a, § 1^a, ressaltando ser norma hierarquicamente superior à portaria supra, e, ainda, incorreta motivação do ato coator e ausência de tratamento isonômico.

O Ministério da Aeronáutica prestou informações noticiando que o Impetrante não desconhecia as instruções do concurso de admissão para o curso de Graduação em Engenharia do ITA, bem como estava a par da necessidade de aptidão física para matrícula no CPORAer-SJ. Aduz, também, que o indeferimento se procedeu de acordo com o disposto no art. 6^a do Decreto n. 76.323/1975 e colaciona acórdãos deste colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido da obediência ao princípio da vinculação ao edital.

Restou deferido o pedido de liminar, à fl. 128, por despacho do ilustre Ministro Vicente Cernicchiaro.

A União Federal, na qualidade de litisconsorte passivo, alega que a manutenção da liminar implicaria em ofensa à ordem pública, ao tratamento isonômico entre candidatos ao ITA e, ainda, o fato de o Impetrante estar 100 dias de aula defasado em relação aos demais alunos, o que não pode ser recuperado.

Parecer da douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 121 e segs., no sentido da concessão da liminar e, conseqüentemente, do mérito.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi (Relatora): Primeiramente, faz-se necessário esclarecer que o Impetrante insurge-se contra ato administrativo de

caráter vinculado, nos quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização, estas, no caso dos autos, foram objeto do Decreto n. 76.323/1975. Tanto nos atos de caráter vinculado como naqueles em que a Administração faz uso de seu poder discricionário, terá esta que decidir sobre a conveniência da prática do ato, escolhendo a melhor oportunidade e, ainda, atendendo a todas as circunstâncias que conduzam a atividade administrativa a seu verdadeiro fim, o bem comum¹.

No que se refere à competência do Judiciário para revisão dos atos administrativos, esta é restrita ao controle da legalidade e da legitimidade. A primeira, refere-se ao respaldo jurídico, conformidade do ato com a norma que o rege, e a segunda, ao controle da moralidade e finalidade do ato administrativo. É certo que ao Judiciário não cabe discorrer sobre conveniência ou oportunidade da atividade administrativa, caso em que estaria substituindo o pronunciamento administrativo; entretanto, dentro das tendências modernas do Direito, tem-se que no exame da legalidade, é dever do Poder Judiciário analisar, sob todos os ângulos, a possibilidade de haver ilegalidade, onde quer que esta se encontre, evitando que a Administração se desvie de sua finalidade. “Dentre as conclusões legalmente admissíveis, a Administração escolhe a que melhor atenda ao interesse público. Resta ao Judiciário julgar a conformidade do ato com o direito”².

Examinando-se, pois, a legalidade do ato coator, precisamente a ofensa ao art. 6º, § 1º, do Decreto n. 76.323/1975, esta sim, da competência desta colenda Corte, é de se concordar com o douto representante da Subprocuradoria Geral da República quando afirma que o direito líquido e certo do Impetrante ressalta da própria leitura dos termos da impetração. As instruções para o concurso de admissão no curso de Graduação em Engenharia do ITA dispõem aquém do Decreto n. 76.323/1975 – que regulamentou a Lei n. 6.165/1974 – onde, no § 1º do seu art. 6º, lê-se que o desligamento definitivo do ITA não ocorrerá, quando o aluno for desligado do CPORAer-SJ, por incapacidade física para o serviço militar, da qual não decorra incompatibilidade para o desempenho das atividades escolares daquele instituto. A portaria que instituiu as normas para o concurso, deu vigência integral ao **caput** do artigo acima, mas ignorou o disposto em seu

1 **Meirelles, Hely Lopes**. Direito Administrativo Brasileiro, 22ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997, p. 150.

2 Superior Tribunal de Justiça, RMS n. 129-PR, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 2.4.1990.

§ 1^a. Uma portaria, por ser norma de hierarquia inferior e de cunho meramente complementar, não tem o condão de alterar disposições emanadas de decreto-lei (princípio da hierarquia das normas).

Neste sentido: REsp n. 52.900-RS, Rel. Min. José de Jesus Filho, DJ de 21.11.1994; REsp n. 60.644-PR, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 13.5.1996; REsp n. 153.628-SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 16.11.1998.

O erro do administrador está em ignorar que as moléstias que atingem o Impetrante não o incapacitam para o desempenho de atividades escolares no ITA, conforme atestados médicos juntados aos autos (fls. 23, 24 e 26), sendo a situação protegida pelo próprio ordenamento jurídico do instituto. O diretor do ITA poderia proceder como fez no caso dos autos, em situações não abrangidas pelo permissivo legal (§ 1^a do art. 6^a do Decreto n. 76.323/1975), nas quais a incapacidade física que atinja o candidato representante, para ele próprio e para as pessoas que com ele eventualmente convivam, risco insalutar, caso freqüente as aulas.

Como ensina **Victor Nunes Leal**³, se a Administração, mesmo no exercício de seu poder discricionário, não atende ao fim legal – entendido como aquilo que vem expresso ou subentendido na lei – a que está obrigada, entende-se que abusou do poder. Logo, quando indeferiu o pedido de efetivação de matrícula do Impetrante, tendo este sido considerado apto para ingresso no ITA, em certame que seguiu as normas estabelecidas no Decreto n. 76.323/1975, o administrador agiu ilegalmente, violando direito líquido e certo.

Forte nestas razões, *julgo procedente* o pedido para conceder a segurança pleiteada, confirmando a liminar deferida, e garantir a matrícula definitiva e a freqüência ao curso.

Sem honorários (Súmulas n. 105-STJ e 512-STF).

Sem custas.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Franciulli Netto: Sr. Presidente, se o CPOR fosse absolutamente necessário, o aluno deveria ser desligado mesmo nas hipóteses de incapacidade superveniente. Das duas, uma: o CPOR é necessário ou não

3 **Leal, Victor Nunes**. Comentário, RDA 14/66, in **Meirelles, Hely Lopes**. Direito Administrativo Brasileiro, 22^a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997, p. 152.

o é. A portaria faz uma distinção que não poderia fazer. Além de ofensa à hierarquia de normas, matéria muito bem estudada, dentre outros, por **Oswaldo Aranha Bandeira de Mello**, há uma incongruência, uma contradição entre a portaria e normas que lhe são hierarquicamente superiores, distinguindo entre duas questões sem logicidade.

No mais, o Impetrante só não está regularmente matriculado, em decorrência de uma resistência indevida da autoridade coatora. É de sabença comum que a liminar, enquanto persistir, produz todos os efeitos como se decisão final fosse. Por força da liminar, o aluno, ora impetrante, está de direito regularmente matriculado. A distinção entre matrícula e matrícula provisória é absolutamente inócua e despicienda.

Sr. Presidente, não é fácil vencer um vestibular no ITA. Só pessoas realmente muito bem dotadas conseguem lograr êxito. Agora, nesta altura dos acontecimentos, não há como frustrar os ideais do Impetrante, deixando-o ao léu. Nem há como possibilitar-lhe a escolha de outra faculdade. Se assim fosse de seu desejo, certamente teria o Impetrante prestado vestibular na Politécnica ou em qualquer outra faculdade, ainda que conceituada. Prepondera que ele escolheu o ITA, venceu o obstáculo do vestibular e está demonstrando pelas suas notas que se encontra apto e capaz para sair diplomado pelo ITA.

Mais a mais, o CPOR é um sucedâneo da prestação do serviço militar do Exército, na prestação comum. Temos reservistas de terceira categoria por excesso de contingente ou por incapacidade física, pessoas que, não obstante, não deixam de ser cidadãos de primeira categoria. Não se pode conceder a criação de cidadãos de terceira categoria.

Por essas e outras considerações, fazendo minhas as palavras da ilustre Relatora, que no meu entender bem colocou tecnicamente a questão, supro as limitações deste pronunciamento com as bem elaboradas considerações tecidas pelo ilustre Ministro Milton Luiz Pereira, a quem rogo que declare nos autos seu brilhante voto, dada a profundidade e sensibilidade dos ensinamentos que nos legou, como acontece amiudadamente, pedindo a devida vênua ao ilustre Ministro Francisco Peçanha Martins.

Em suma, acompanho integralmente o voto da Relatora.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Sr. Presidente, entendo que o ITA não

é só para militares. Temos exemplos de civis que lá estudam, formam-se e exercem as suas funções. Um candidato que se submete a concurso e é aprovado no vestibular – julgado incapaz para a vida militar, mas, como disse o advogado, capaz para a vida civil – pode perfeitamente fazer o curso, tanto que vem tirando excelentes notas. Por que impedir o Impetrante de continuar seu curso? Esse fato não modificará o caráter da escola por que criada para militar. Não foi criada só para militares; foi criada também para civis.

Sr. Presidente, entendo que a eminente Ministra-Relatora examinou bem a questão e vou acompanhá-la.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr. Presidente, todos sabem que sou um defensor intransigente do direito ao estudo, amparando inclusive as transferências de estudantes.

No que diz respeito, porém, à formação de Oficiais de Nível Superior, as Forças Armadas fazem manter cursos de Formação de Engenharia na área da Aeronáutica, do Exército e da Marinha – e são afamados os cursos do Exército e da Aeronáutica, dentre eles, o ITA. Quando o jovem ingressa no ITA, ou no Intes, Instituto Tecnológico também do Exército no Rio de Janeiro, ou em outro qualquer, não o faz apenas para ser um engenheiro, mas sim para ser um engenheiro militar; não terá só uma formação acadêmica, mas uma formação acadêmica militar. Os estatutos militares exigem determinados pré-requisitos ao ingresso para a formação desses militares também da reserva. Assim, para o NPOR, antigo CPOR – não fiz o CPOR, mas meu filho cursou-o, sendo convidado, em seguida, a ingressar no Curso Superior de Formação de Engenharia Militar, no Rio de Janeiro; mas isso a partir do curso de formação do oficialato da reserva. No curso do ITA a formação é concomitante.

A portaria, a meu ver, em nada se choca com o decreto, porque o que o decreto prevê é aquela hipótese normal de permanência das pessoas, quando, ingressando em determinadas carreiras, sofrem uma infelicidade qualquer que os incapacite para o exercício pleno da profissão. No caso, resguardo a continuidade do curso. Mas, quanto ao ingresso na carreira, a portaria poderia exigir, como faz, que se obedecesse a determinadas condições de higidez física e, no particular, essas exigências, disse-nos o ilustre Advogado da União – constavam inclusive do edital de concurso vestibular e valem para todos os estudantes.

Por isso, Sr. Presidente, Srs. Ministros, entendo que, no caso, não se poderia concretizar a matrícula desse jovem estudante; mas, uma vez concretizada por força de liminar, penso que poderíamos agora – e também o faço – determinar que se lhe conceda a transferência para qualquer outra Faculdade de Engenharia do País.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr. Presidente, quero assinalar que quanto à desobediência à ordem liminar, o que este Tribunal precisa fazer é oficiar ao Ministério Público para processar quem não cumprir as suas decisões.

No que diz respeito ao julgamento da matéria, penso que o fiz dentro das regras clássicas do Direito Administrativo. Não vejo incompatibilidade entre a portaria e o decreto. Entendo que disciplinam coisas diversas.

Quanto ao direito do jovem de formar-se engenheiro, entendo que, com o aproveitamento que está demonstrando no curso, terá ingresso em qualquer faculdade. Por isso é que, além disso, faço constar no meu voto que se lhe dê a transferência, ou seja, assegurando-lhe a transferência. Continuo, porém, entendendo que ele não poderia ser um militar das Forças Armadas Brasileiras, formado no ITA, por força das regras gerais estabelecidas na portaria e no edital de concurso vestibular. A liminar, a meu ver, não lhe poderia conceder privilégio, e, por isso mesmo, pedindo vênias, não posso ratificá-la.

Data venia, continuo assim entendendo.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Sr. Presidente, observo que a cada sessão de julgamento, na realidade, coloco-me como um verdadeiro discípulo da vida, nos seus fatos, nos seus acontecimentos cotidianos, atento ao do Direito oferecendo soluções aos acontecimentos previsíveis e aos inesperados. Ao ler a súmula fornecida pela eminente Ministra-Relatora, dos pontos controvertidos, a princípio pareceu-me mais um dos mandados de segurança na esteira de questões administrativas ordinárias, sem a exigência de atenção maior, porque temos precedentes com a diretriz maior, ou seja, da obrigatoriedade de atenção à hierarquia das normas. Mas, seja pelos apontamentos na memória que fiz – ou que nelas guardei – da leitura

do relatório, das sustentações orais, todas elas de conteúdo que exigem reflexão, do voto-mérito, das observações do Sr. Ministro Garcia Vieira e da divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, que ao seu final – até penso com a devida vênia, tocado pela equidade jurídica, propôs o direito à matrícula em qualquer estabelecimento, espécie de alforria comemorativa dos 500 anos do Descobrimento do Brasil. Todavia, é próprio do coração do juiz que, na verdade, na angústia de dar solução aos casos concretos para que não fiquem órfãos – não do coração –, solução à vicissitude de um cidadão.

Sr. Presidente, fiz este prólogo, por certo desnecessário, mas para mim conveniente, até para que o meu próprio coração não caia no pecado cometido pelo eminente Ministro Francisco Peçanha Martins, de abrir o ingresso nas faculdades.

Outrossim, assinala-se que, nos estabelecimentos de ensino, orientados por militares, são desenvolvidas as chamadas atividades híbridas de formação, quer dizer, não só informam, como também formam no sentido curricular e nas ordenanças do militar. E a exemplo do ITA – caso concreto –, ele informa quanto aos conhecimentos intelectuais e profissionais especializados e, também, forma o aluno para o serviço institucional das Forças Armadas. Com esses ensinamentos híbridos, igualmente, podem ser lembrados os Colégios Militares. Ditos estabelecimentos formam o cidadão profissionalmente e para os seus deveres civis nos superiores interesses da Pátria; enfim, da defesa institucional. Assim, informam e formam conforme o disciplinamento curricular e profissional, e, com **currículum** especial, preparam o militar. Todavia, os currículos não são por todo o tempo.

De conseguinte, devem estar aprimoradas as condições de hígidez da saúde, e a capacidade intelectual.

Nessa lida de considerações gerais, analisando a legislação de regência, estão com a razão a Sra. Ministra-Relatora e o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, porque S. Ex.^{as} fizeram interpretação lógico-jurídica. Mas, quanto à finalidade, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins e a Sra. Ministra-Relatora, lendo o mesmo texto, ou ambos, lendo as mesmas disposições, interpretaram de modo diverso, porque a perspectiva de análise do juiz é diferente daquela do advogado. É evidente que a perspectiva do advogado do Impetrante está lineada – e deve obrigatoriamente estar lineada – no interesse do direito que se diz violado do cidadão e o da parte controversa na perspectiva do direito que procura sintonizar a demonstração da legalidade na interpretação da mesma lei.

Nessas linhas de finalidade ou da teleologia, o que se verifica é que, na realidade, o direito não pode ser estático, embora deva ser estável. Ele tem que ter as suas variações a cada caso concreto, porque, se não fosse para interpretar as disposições a cada caso concreto, bastaria um computador: o chamamento, da lei ou a invocação dos precedentes, mudando-se o nome das partes, e a solução seria sempre a mesma. Mas é que cada caso tem as suas *nuances*; diria, tem o **anima**, a alma própria. Cada caso tem a sua própria alma e o seu próprio perfil gera apreciação distinta. Não é sem razão que, se o julgador não tiver a sensibilidade a cada caso, ele se tornará o crupiê dos tribunais – aquele que simplesmente julga mais um caso. Não é julgador. Torna-se um profissional frio, insensível, um distribuidor e contador de autos. Se ele só contar no final do mês quantos recursos julgou, tem significação de produção, mas não de conteúdo. Então, o julgador precisa comunigar com o caso. As mesmas disposições podem levar a soluções diversas.

Sr. Presidente, não se trata de proselitismo e muito menos de uma prolixidade censurável. É que, para se julgar, precisa se falar. Temos um processo de oralidade e, não fosse assim, distribuiríamos o voto escrito a cada parte e o julgamento ficaria concluído com concordância ou a divergência. Também é preciso se dar alma ao que se pensa.

Sr. Presidente, depois de me explicar, referentemente à natureza das instituições de ensino militares de diretrizes híbridas, formando o profissional e o militar, vale lembrar que, onde se cumpre o serviço militar paralelo, se o aluno foi indicado por incapacitação, por astigmatismo, não é desligado, concluindo o período colegial. É evidente que se ele for para as academias militares, a exigência será outra. Parece-me que, no ITA, não é diferente, porque não se destina à formação **strictu sensu** do militar.

Demais, o ingresso no ITA é na via do concurso público. É evidente que tem as suas regras, as suas estipulações editalícias. O exame de saúde é **a posteriori** do intelectual. Desse modo, na espécie, aprovado no exame geral dos conhecimentos exigidos, sem a demonstração de que as deficiências visuais que travaram a matrícula não são incompatíveis ou impeditivas do aprendizado ou currículo escolar, somente impedirão o serviço militar paralelo e não a frequência no curso.

Soma-se que o Impetrante somente não foi aprovado no exame de saúde física, seguindo-se o Código Internacional de Doenças e os laudos e cônsono o relatório da eminente Relatora, por enfermidades que não o tornam incapaz para o curso da sua atividade profissional. Logo, deve ser matriculado. À mão de ilustrar, lembra-se que o autor da “Teoria do *Big Bang*”,

explicando que o mundo nasceu de uma grande explosão, é tetraplégico. Stephen Hawking é conhecido hoje como o cérebro da universalidade, desvendando o nascimento do universo. Esse homem não poderia se matricular no ITA, apesar de ter uma capacitação universal. Ellen Keller: muda, cega e surda, ensinou ao mundo. Seria reprovada para fazer o CPOR do ITA. Moshe Dayan, o herói da Guerra dos Seis Dias, era cego de uma vista e não simplesmente astigmatismo, ficaria impedido de cursar o ITA.

O direito é a vivência da vida. O direito não pode ser, única e exclusivamente, a interpretação fria de um texto. Cada caso é um novo caso e merece a sua própria solução.

Anota-se, mais, que o Impetrante está no terceiro ano com louváveis notas de aproveitamento no aprendizado. Poderá ser um outro Hawking.

Esta Corte, desde o antigo Tribunal Federal de Recursos, tem sustentado o fato consumado. O que será desse moço, primeiro da turma, agora eliminado do ITA? A alforria proposta pelo Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins ou a sugestão de procurar outra faculdade brasileira e ingressar no seu curso de engenharia, não se prestam à solução porque não se equiparam à excelência do ensino ministrado no ITA. O sonho dele não é ingressar em outras faculdades. O seu sonho é cursar no ITA. E realizou-se. Não é mais um sonho, é uma realidade. Não sei se repetirá Hawking, Moshe Dayan ou o exemplo vivo da Ellen Keller. Só sei que não é tetraplégico, não é cego, não é surdo e não é mudo. Tem QI altamente desenvolvido para ser o primeiro da turma no ITA.

A preocupação ou receio do precedente, não é óbice, porque estará amoldado ao caso concreto. Certamente não servirá para concessão de segurança em caso que não seja igual. Os precedentes não são espelhos, não são cópias. O precedente não é um instrumento de conveniência. É guia do convencimento para cada caso, de acordo com os elementos de informação do processo pertinente.

Sr. Presidente, nesta conclusão da exposição feita, acompanho o voto da eminente Ministra-Relatora neste caso concreto, tal como se põe, ou seja, concedendo a segurança para que a matrícula se torne definitiva.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Presidente): Sr. Presidente, concedo a segurança. Filio-me à corrente de que todo ato administrativo tem que se revestir de proporcionalidade e razoabilidade.

Apenas discordo da eminente Ministra-Relatora quando entende que a portaria extravasava os princípios postos no Decreto n. 76.323/1975. Para assim se pensar, teria que afastar essa portaria ou por ilegalidade ou até por inconstitucionalidade, caso evoluísse para tanto. Penso que se se aplicar, atualmente, os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, com que os atos administrativos devem ser praticados, esses princípios são suficientes para a concessão da segurança.

Quanto à exigência do art. 6º do Decreto n. 76.323 para o concurso vestibular, entendo que persiste, não violando qualquer regra hierárquica do ordenamento jurídico, segundo o confronto que aqui fiz das normas. Temos que compatibilizar essa exigência do art. 6º com a razoabilidade e a proporcionalidade do ato em si praticado. É desarrazoável, desproporcional, a exigência feita pela autoridade-impetrada para desligar o candidato do curso que está realizando. Não me impressionou a argumentação feita pelo nobre Advogado da União quando S. Ex.ª disse que fazia uma distinção entre matrícula efetuada por força de liminar ou matrícula não efetuada por força liminar. Essa distinção não tem nenhuma razão de influir no julgamento do mandado de segurança em exame. De qualquer modo, o candidato-impetrante está vinculado ao ITA. Essa vinculação, hoje, se torna mais sólida, porque está protegida por uma liminar do Poder Judiciário quando ela produz todos os seus efeitos, devendo ser rigorosamente obedecida.

Sr. Presidente, com esses fundamentos, acompanho o voto da eminente Ministra-Relatora e dos demais votos que se lhe seguiram, pedindo vênias à divergência.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Sr. Presidente, dentro de um juízo eminentemente técnico, sem tecer outras considerações, acompanho inteiramente o voto da Sra. Ministra-Relatora por entender que a portaria ministerial dissociou-se ou olvidou o § 1º do art. 6º do Decreto n. 76.323, de 22 de setembro de 1975. É o meu entendimento.

Pedi os autos, li atentamente todo o decreto, e verifico que a portaria efetivamente olvidou o que está aqui neste dispositivo legal ao qual me reporte.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Sr. Presidente, também acompanho o

voto da Sra. Ministra-Relatora, reportando-me às considerações expendidas pelo Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

A meu ver, não é possível deixar de considerar as peculiaridades do caso concreto, porque, na verdade, tenho certa dúvida se realmente a portaria teria ou não omitido ou deixado de tratar daquilo que era objeto do decreto em referência.

Considerando as observações do Sr. Ministro Milton Luiz Pereira, dadas as peculiaridades e a circunstância de o Impetrante já estar cursando o terceiro ano, com todas aquelas virtudes pelo Sr. Ministro Milton Luiz Pereira apontadas, e pedindo vênias ao Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, acompanho a Sra. Ministra-Relatora.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Sr. Presidente, faço duas observações muito interessantes na linha do que o Sr. Ministro Franciulli Netto acaba de expressar.

Os daltônicos eram eliminados dos exames de saúde – higidez física – para servir o Exército. Hoje eles são prestigiados, principalmente na Aeronáutica, porque o daltonismo ajuda a identificar os pontos disfarçados. Os “pés chatos” eram sumariamente eliminados do Exército, o que não acontece hoje, porque também as Forças Armadas têm serviços de provisão, de escrituração. Não precisam marchar. Não são combatentes e são capazes para outras atividades militares.

Enfim, quero dizer, é que o rigorismo, evidentemente, como salientou o Sr. Ministro Franciulli Netto, não pode servir de obstáculo à solução exigida pela “natureza das coisas”.

Penso e desejo que o Sr. Advogado da União saia convencido.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 6.385 – DF

(Registro n. 99.0050265-5)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira

Impetrante: Município de Monte Alegre de Minas

Advogados: Carlos Roberto Moreira e outro

Impetrado: Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social

EMENTA: Mandado de segurança – Constitucional – Município – Regime próprio de previdência social – CF, artigos 18, 29, 30, 149 e 249 – Emenda Constitucional n. 20/1998 – Lei n. 9.717/1998 – Portaria n. 4.992/1999-MPAS – ADIn n. 1.993-7-DF.

1. A declaração **incidenter tantum** de inconstitucionalidade no **mandamus** fica sem amparo quando a Corte Maior, preliminarmente, assentou a inadmissibilidade de confrontar disposições impugnadas (Lei n. 9.717/1998) com normas constitucionais supervenientes à sua edição (art. 249, CF; art. 40, redação da Emenda n. 20/1998). Por decorrência, impossível a avaliação aprisionada à Portaria n. 4.992/1999, vinculada à Lei n. 9.717/1998.

2. Necessário o ajustamento do direito vindicado ao exame de circunstâncias factuais e demonstrações probatórias, ausente ato concreto gerado pela aplicação da lei malsinada, inadmissível a via do mandado de segurança.

3. Carência da ação. Extinção do processo.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, *julgar extinto o processo, sem julgamento do mérito*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros José Delgado, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Franciulli Netto, Garcia Vieira e Francisco Peçanha Martins. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 2 de outubro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Presidente.

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado contra ato do Sr. Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, que tem por escopo obstar os efeitos da Portaria n. 4.992, à qual o Impetrante irroga pecha de ser abusiva e inconstitucional, porquanto impeditiva do programa de seguridade dos servidores públicos municipais.

Aduz a inicial:

“Tem o Município a sua autonomia político-administrativa e financeira assegurada nos termos da Constituição Federal, arts. 18, 29 e 30, **in verbis**:

‘Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, *todos autônomos*, nos termos desta Constituição.’ (grifo nosso).

‘Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:’

‘Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

III – instituir e arrecadar os tributos de sua competência, *bem como aplicar suas rendas*, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;’ (grifo nosso).

‘Art. 149.’

Parágrafo único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, *cobrada de seus servidores*, para o custeio, *em benefício destes*, de sistemas de previdência e assistência social.’ (grifos nossos).

‘Art. 249. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos

respectivos servidores e seus dependentes, em adição aos recursos dos respectivos tesouros, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir fundos integrados pelos recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desses fundos.’ (redação dada pela EC n. 20, de 15.12.1998).

Dando cumprimento às normas constitucionais retromencionadas, o Município de Monte Alegre de Minas criou o FPM – Fundo Previdenciário Municipal de Monte Alegre de Minas, pessoa jurídica de direito público, de natureza autárquica, com patrimônio próprio (Lei n. 1.562, de 10.11.1991) e assumiu, ao longo destes anos, a aposentadoria de seus servidores e também a pensão por morte dos segurados.

Para garantir a seguridade dos servidores públicos municipais foram contratados serviços profissionais técnicos especializados, para elaboração de levantamentos atuariais e aprimoramento da Lei n. 1.897, de 9 de abril de 1999, que revogou a Lei n. 1.562/1991.

Com todos estes cuidados, vinha o Município organizando e fazendo crescer a sua previdência própria, dentro do planejamento aprovado, com expressiva economia para o Erário Público e, atendendo aos interesses dos servidores segurados, através da assistência financeira, com cobrança de uma Taxa de Administração, garantindo a formação do Fundo de Aposentadoria e Pensões para todos os contribuintes, sem necessidade de taxas diferenciadas.

Tem agora o Município a sua autonomia ameaçada pela Portaria n. 4.992/1999, do MPAS, de 5 de fevereiro do corrente, publicada no DOU do dia 8.2.1999, quando o Ex.^{mo} Sr. Ministro Waldeck Ornelas, abusando do direito de regulamentar as normas para o sistema previdenciário brasileiro, impede o Município de prosseguir o seu trabalho, numa acintosa afronta às normas constitucionais retromencionadas dos artigos 18, 29, 30, 149 e 249 da Constituição Federal, como se demonstra a seguir (Portaria n. 4.992/1999 anexa).”

Omissis

“O art. 2^o, IV, combinado com o art. 9^o da portaria, impõem ao

Município, como condição para organizar a seguridade de seus próprios servidores, a existência de no mínimo 1.000 (mil) servidores efetivos. Provado está, no levantamento atuarial que acompanha o Estatuto do FPM, que o pequeno número de servidores não impossibilita a formação do Fundo de Aposentadoria! Se o número elevado de segurados fosse condição ideal, não viria o INSS acumulando déficits astronômicos ao longo dos anos.

O inciso V do art. 2^a subtrai do quadro de servidores do Município, os ocupantes de cargos de confiança e os contratados na forma do art. 37, IX, CF, impedindo a cobertura dos mesmos pela previdência municipal. Este dispositivo contraria as normas dos arts. 149, parágrafo único; e 249, CF, com a redação dada pelo art. 2^a da EC n. 20/1998.

São servidores do Município todos aqueles que lhe prestam serviços, na forma do art. 37, I, II e IX, CF, quer sejam investidos em cargos, empregos ou funções públicas, sob a condição de efetivo, comissionado ou contratado. A supressão destas duas últimas categorias do Quadro de Servidores do Município, pela União ou pelo Estado, além de mutilar o quadro de servidores, criado por lei municipal, fere diretamente a autonomia preconizada no art. 18 da Carta Magna.”

Omissis

“O art. 3^a e seu parágrafo único atentam contra o direito do Município de instituir o seu fundo de previdência, ao exigir dele o que chama de ‘Receita diretamente arrecadada ampliada’. Se o Município fosse rico e tivesse essa situação privilegiada, exigida pela portaria, não teria necessidade de preocupar-se com a formação de fundo de aposentadoria. É a situação caótica que leva o Município a organizar-se para garantir a seguridade de seus servidores. No levantamento atuarial utilizado para o planejamento de previdência municipal, constata-se que as contribuições dos segurados, somadas à contribuição patronal, são suficientes para o custeio das despesas administrativas do fundo, como tal compreendidas aquelas estabelecidas no artigo 40 da Lei n. 1.897/1999 e que os saldos dessas receitas, devidamente aplicados, quer seja em benefício dos segurados ou em estabelecimentos bancários, assegurará ao Município um Fundo de Aposentadoria expressivo que permitirá, inclusive, a aposentadoria dos agentes políticos.

Estes limites, impostos pela Portaria n. 4.992, privilegiam os grandes Municípios e obrigam os pequenos a se integrarem ao combalido sistema do RGPS – Regime Geral de Previdência Social, com a sangria compulsória do Erário Público municipal.

Há, na Portaria n. 4.992, além destes limites, outras exigências que atentam contra a autonomia dos Estados e Municípios brasileiros.

O § 2º do art. 17 da portaria exige do Município um aporte de capital inicial no valor mínimo correspondente a 7% (sete por cento) do valor total da despesa com pessoal no ano imediatamente anterior. Isto corresponde ao valor de uma folha mensal e é totalmente desnecessário. A técnica utilizada pelo Município é que deverá dizer o que deve ser feito. Esta imposição invalidará todo trabalho realizado até o momento, impedindo a Impetrante de prosseguir com o programa que está dando certo e de caminhar para o êxito programado.

O inciso V do art. 17 contraria a norma do art. 30, III, CF, uma vez que impede o Município de aplicar as suas rendas de conformidade com as suas necessidades. Há que se destacar que o Fundo de Previdência Municipal ou o Instituto de Previdência Municipal não pertence ao Governo Federal. Trata-se de uma autarquia, como determina a lei, e a autarquia é um órgão da Administração indireta. Os órgãos auxiliares do governo são por ele estruturados e modificados de conformidade com as necessidades de cada um. Sendo o Fundo de Previdência um órgão do Município não há como exigir-lhe o cumprimento desta norma sem contrariar a determinação contida no inciso III do art. 30 da Carta Magna.

Hely Lopes Meirelles informa, em *Direito Municipal Brasileiro*, 6ª ed.:

‘Autarquias são entes administrativos autônomos, criados por lei específica (CF, art. 37, XIX), com personalidade jurídica de *direito público interno*, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas. A autarquia é *forma de descentralização administrativa*, através da personificação de um serviço retirado da administração centralizada.’ (grifo nosso).

Vale lembrar que a autarquia municipal é criada por lei de iniciativa do prefeito, sendo, portanto, um ato do governo municipal. Logo, as normas administrativas e financeiras destes órgãos são dadas pelo governo que as institui. A receita das autarquias pertence ao

ente estatal respectivo e não há possibilidade de impedir a ele de direcioná-la para as despesas aprovadas na lei orçamentária sem ferir a autonomia financeira preconizada no art. 30, III, CF.” (fls. 2 a 7).

Ao final, pugna pela concessão do **mandamus** para determinar à autoridade apontada coatora:

“a) que se abstenha de impedir o regular funcionamento do FPM – Fundo Previdenciário Municipal de Monte Alegre de Minas;

b) que determine ao INSS abster-se de cobrar as contribuições previdenciárias devidas em razão da compulsória paralisação, na forma do parágrafo único do art. 21 da Portaria n. 4.992/1999;

c) que determine ao INSS abster-se de praticar quaisquer atos de constrição fiscal referente ao que aqui é discutido, notadamente o de negar Certidão Negativa de Débito e de bloquear o FPM do Município, declarando-se, incidentalmente, a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Portaria n. 4.992, de 5 de fevereiro de 1999:

‘– Art. 3º e parágrafo único.

– Incisos IV e V do art. 2º c.c. o art. 9º.

– § 2º do art. 17.

– Inciso V do art. 17.

– Parágrafo único do art. 21.” (fl. 10).

O decreto liminar foi indeferido pelo eminente Ministro José Delgado, visto encontrar-me licenciado por motivo de saúde, sob os seguintes fundamentos:

“Alega a Impetrante, em síntese, que a autoridade apontada como coatora abusou do direito de regulamentar as normas para o sistema previdenciário brasileiro, ao fazer publicar a referida portaria, por impedir que possa prosseguir no seu trabalho de criar sistema de seguridade social para os servidores públicos, isto é, de instalar a sua previdência própria.

Afirma serem inconstitucionais os arts. 2º, 3º, 9º, 17 e 21 da referida portaria, por irem de encontro aos artigos 18, 29, 30, 149 e 249 da CF.

Os dispositivos da portaria considerados inconstitucionais têm a redação seguinte (fls. 3/5):

‘Art. 2º. Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dos militares dos Estados e do Distrito Federal, incluídas suas autarquias e fundações, deverão ser organizados com base em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguintes critérios:

IV – cobertura de um número mínimo de segurados, de modo que os regimes possam garantir diretamente a totalidade dos riscos cobertos no plano de benefícios, preservando o equilíbrio atuarial sem necessidade de resseguro, *conforme estabelecido no art. 9º desta portaria*; (grifo nosso).

V – cobertura *exclusiva* a servidores públicos titulares de cargos efetivos ...

Art. 3º. No caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, *para organização e funcionamento do respectivo regime próprio de previdência social, constitui requisito adicional, além dos previstos no artigo anterior, ter receita diretamente arrecadada ampliada superior à proveniente de transferências constitucionais da União e dos Estados.* (grifos nossos).

Art. 9º. Para garantia do equilíbrio atuarial sem necessidade de resseguro, o regime próprio de previdência social deve abranger um *mínimo de mil segurados*, considerados os servidores e militares ativos e inativos. (grifo nosso).

§ 1º. O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas as suas autarquias e fundações, ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro temporário ou de emprego público, *é segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, como empregado*, estando excluído do regime a que se refere esta portaria. (grifo nosso).

Art. 17. Fica facultada à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a constituição de fundos integrados de bens, direitos e ativos, com finalidade previdenciária, *desde que*

observados os critérios de que trata o art. 2^a desta Portaria e, adicionalmente, os seguintes preceitos: (grifo nosso).

V – *vedação da utilização de recursos do fundo para empréstimos de qualquer natureza, inclusive à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a entidades da Administração indireta e aos respectivos segurados e beneficiários; (grifo nosso).*

§ 2^a. Para instituição do fundo previsto neste artigo é necessário um aporte de capital inicial no valor mínimo correspondente a 7% (sete por cento) do valor total da despesa com pessoal civil e militar, ativo e inativo, e os pensionistas no ano imediatamente anterior.

Art. 21. No caso de extinção de regime próprio de previdência social, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios assumirão integralmente a responsabilidade pelo pagamento dos benefícios concedidos durante a sua vigência, bem como daqueles benefícios cujos requisitos necessários à sua concessão foram implementados anteriormente à extinção do regime próprio de previdência social.

Parágrafo único. *A vinculação ao RGPS é obrigatória para o ente estatal que extinguir seu regime próprio de previdência social ou que não se enquadrar nos critérios previstos nos arts. 3^a e 9^a desta portaria.* (grifo nosso).

O fundamento central desenvolvido pelo Impetrante está centrado na afirmação de que a competência para organizar o serviço público é da entidade à qual pertence o respectivo serviço, sendo autônoma cada entidade estatal.

O **periculum in mora** está alegado na linha do entendimento de que o Município não tem condições de cumprir as normas da referida portaria, pelo que está obrigado a se filiar ao Sistema Geral da Previdência Social.

Em juízo provisório, não estou convencido da necessidade da concessão da liminar requerida, em face de não visualizar impossibilidade da segurança não mais produzir efeitos, caso seja concedida.

A relevância do ato impugnado há de ser vista sob o ângulo primeiro de se investir contra norma jurídica em tese ou se, realmente,

a autonomia do Município-impetrante foi atingida, quando regras são fixadas pela autoridade-impetrada para regulamentar a previdência complementar.

Tais aspectos exigem um exame mais detalhado, o que será feito com maior segurança quando da decisão final.

Ineficaz não será a medida da segurança, caso seja deferida.” (fls. 102/103).

Nas informações prestadas, o Ex.^{mo} Sr. Ministro da Previdência e Assistência Social sustenta:

“Previdência social não está no âmbito do interesse local do Município. Também não pode ser confundida com a liberdade que o Município tinha de instituir regime jurídico único e planos de carreira para os seus servidores, expressa no art. 39 da Constituição, antes da Emenda Constitucional n. 19, de 1998, uma vez que regime de trabalho e regime de previdência não se confundem. Ou seja, a liberdade de se instituir regime jurídico único não era extensiva para a criação de regime de previdência social. E com a nova redação do art. 39, dada pela Emenda n. 19, de 1998, essa liberdade foi sensivelmente restringida.

Durante anos, Estados e Municípios, para se verem livres dos encargos do RGPS, criaram seus próprios regimes, muitos sem previsão de contribuição por parte do servidor, a serem custeados diretamente pelos seus tesouros. Para os governantes, a possibilidade de se criar esse regime, deixar a dívida para as futuras administrações e ter dinheiro em caixa para cumprir as metas de campanha era uma oportunidade única. Acontece que, do outro lado está o servidor, que como trabalhador, tem direito a uma aposentadoria, e estavam na iminência de sofrer uma frustração em sua expectativa de direito se o seu regime próprio não tiver recursos para custear a tão sonhada aposentadoria.

A questão transborda dos limites do ‘peculiar interesse’, uma vez que um sistema de previdência, dada sua complexidade e o fato de ser um investimento de longo prazo, não pode ficar inteiramente ao arbítrio dos Estados e Municípios, sob pena de se voltar à difícil situação que hoje assola os entes da Federação que criaram seus regimes, deixaram de recolher ao INSS e agora, quando seus servidores precisam

do benefício, são ‘devolvidos’ para o Regime Geral. E não é segredo o rombo que a previdência social no País ostenta.

Na verdade, a falta de estrutura dos Municípios e Estados para bancar um regime próprio de previdência acarreta um ‘efeito dominó’ nas contas públicas. Explico. Os Municípios deixam de contribuir para o regime geral, e assumem os encargos de pagar os servidores que se aposentarem e outros benefícios. A grande maioria deles não institui a contribuição por parte do servidor, ou se o faz, não o usa integralmente na constituição de um fundo de previdência. Quando o servidor implementa as condições para o gozo do benefício, as reservas estão deficitárias. Num primeiro momento, busca-se socorro no tesouro local para se pagar o benefício. Aí, mais e mais servidores implementam as condições e requerem sua aposentadoria, que no setor público pode ocorrer com idade muito precoce, o que significa mais tempo no gozo do benefício previdenciário. O tesouro local não suporta. O tesouro estadual também não, porque lá também está ocorrendo a mesma situação. Então, não resta outra alternativa senão extinguir o regime e devolver seus servidores ao RGPS, que até mês passado não tinha como exigir a compensação financeira pelo tempo em que o servidor ficou adstrito a outro regime. O rombo da previdência aumenta porque não tem como não pagar os benefícios aos servidores que retornaram para o RGPS. Para diminuir o déficit, impostos são majorados, novos são criados, acordos de endividamento são feitos, o desemprego aumenta e o País inteiro sofre as conseqüências.

O interesse em matéria de previdência social é nacional. Uma lei que traz regras gerais em matéria de previdência social é uma lei da Federação.

Ainda. Não se pode nem dizer que em matéria de previdência social a competência do Município estaria no art. 30, inciso II, da Constituição, haja vista que não cabe ao Município suplementar matéria de competência concorrente sem afrontar os limites constitucionais.”

Omissis

“Ainda aqui cabem as considerações sobre a competência concorrente. No contexto do artigo não se pode afirmar que essa lei que disporá sobre a natureza e administração desses fundos possa ser emanada da pessoa política respectiva, como quer crer o Autor. Pode-se emprestar outra interpretação. Cada ente federado pode criar seu próprio fundo,

mas as regras gerais dele, que importam em estabelecer sua natureza e sua administração, têm que ser criadas por uma lei uniforme para todos. Não se concebe que as regras de fundos que administrarão quantias tão vultosas possam ser editadas por cada ente.

A matéria tratada neste artigo também é previdência social. Não é uma questão que se resume a interesse local, ou à auto-organização dos entes federados. É regra geral de matéria de competência concorrente, portanto, sujeita à regulamentação por parte da União, nos termos dos parágrafos do art. 24 da Carta da República de 1988.

Em síntese, a Lei n. 9.717, de 1998, foi totalmente recepcionada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998, e pelo art. 24 e parágrafos, da Constituição. Os Municípios não têm competência constitucional para tratar de regras gerais de previdência social não previstas, mas exigíveis pela Constituição. A autonomia municipal não é ilimitada, e não foi afrontada pela legislação acima citada.”

Omissis

“Tanto a Lei n. 9.717, de 1998, como a portaria que a regulamentam são eminentemente técnicas. As disposições inquinadas de inconstitucionais se revestem desse atributo técnico. A exigência de que a receita diretamente arrecadada ampliada seja superior às transferências constitucionais da União e dos Estados para que o Município ou Estado tenha regime próprio tem fundamento nos seguintes argumentos:

‘3. O equilíbrio financeiro é atingido quando o que se arrecada dos participantes do sistema previdenciário (no caso, os entes estatais e seus respectivos servidores) é suficiente para custear os benefícios assegurados por estes sistemas. Por sua vez, o equilíbrio atuarial é alcançado quando o equilíbrio financeiro é mantido durante todo o período de existência do regime. Para tanto, as alíquotas de contribuição do sistema devem ser definidas a partir de cálculos atuariais que levem em consideração uma série de critérios, tais como a expectativa de vida dos segurados, o valor dos benefícios a serem pagos e os períodos de contribuição dos participantes, o que resulta na fixação de alíquotas adequadas para a manutenção dos futuros benefícios do sistema.

4. O ente estatal e os servidores respondem solidariamente pela manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema,

sendo que a contribuição do ente estatal deve ser, no máximo, equivalente ao dobro da contribuição do segurado e a 12% da receita corrente líquida do ente estatal, conforme o disposto no art. 2^a da Lei n. 9.717/1998. A garantia de que os servidores pagarão as suas contribuições é a garantia constitucional de que os mesmos receberão os seus salários. Resta, portanto, a necessidade de estabelecimento de condições para que o ente estatal honre os seus compromissos futuros com o sistema previdenciário de modo que seja garantido o equilíbrio financeiro e atuarial. Tais condições estão relacionadas com a capacidade presente e futura de autofinanciamento dos entes estatais por meio da tributação que deve estar assentada sobre bases econômicas próprias.”

Omissis

“A questão do número mínimo é eminentemente técnica. Não se pode alegar violação ao princípio da autonomia municipal quando se trata de criar regras gerais de um sistema previdenciário, que visam, em última análise, manter o equilíbrio financeiro do próprio Município enquanto ente da Federação. Não há inconstitucionalidade no inciso IV do art. 1^a da Lei n. 9.717, de 1998, que justifique sua extirpação do ordenamento jurídico.”

Omissis

“Percebe-se que foi erigido como princípio basilar o equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes de previdência social. Deste princípio deflui a necessidade de segurança, confiabilidade e solvência, requisitos necessários para a garantia de um regime de previdência social. O equilíbrio financeiro é atingido quando receitas e despesas se igualam em um determinado período de tempo. Por sua vez, o equilíbrio atuarial é atingido com a manutenção do equilíbrio financeiro ao longo de todo o tempo de duração do sistema previdenciário desde o momento que é aportada a primeira contribuição até o último benefício pago.

Dessa forma, para operacionalizar um sistema previdenciário são necessárias instituições sólidas e perenes, que viabilizem compromissos de longo prazo não só entre empregados e empregadores, mas como também entre gerações.

Por outro lado, a natureza jurídica de convênio ou consórcio é

diametralmente oposta, pois tem como características básicas a precariedade e a voluntariedade, conforme definição do Direito Administrativo.

Pelo exposto, conclui-se que a vedação de convênio ou consórcio para pagamento de benefícios previdenciários é um critério importante para garantir a viabilidade dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos.”

Omissis

“A exigência contida no § 2º do art. 17 da Portaria n. 4.992, de 1999, de ser necessário o aporte de capital inicial no valor mínimo correspondente a 7% do valor total da despesa com pessoal civil e militar, ativo e inativo, e os pensionistas, também tem razões de ordem técnica, conforme explicado pela Secretaria de Previdência Social, cujos trechos mais importantes passamos a relatar:

Pressupostos e metodologia

‘– A razão média entre pagamentos mensais de benefícios e total de despesas com pessoal ativo e inativo dos sistemas de previdência própria dos Estados e Municípios situa-se em torno de 13%;

– Na criação de novos fundos de natureza previdenciária existirá responsabilidade corrente por riscos programados, isto é, ao iniciar um novo fundo, existirá uma massa de servidores aposentados e pensionistas que deverá receber mensalmente os respectivos benefícios a que têm direito;

– Ocorrerá de outro lado um hiato de tempo entre o momento da arrecadação da contribuição dos segurados e a efetiva disponibilidade destes recursos para utilização pelo fundo em pagamentos de benefícios;

– Este hiato temporal levará, portanto, à necessidade, como regra de prudência, de um capital inicial para o novo fundo, suficiente para fazer face ao pagamento dos benefícios dos primeiros três meses de sua existência, isto é, o equivalente a $3 \times 31 = 93\%$ das despesas mensais do ente estatal com pessoal ativo e inativo.”

Omissis

“... conclui-se que o ente federado, ao não se enquadrar nos requisitos mínimos fixados pela Portaria n. 4.992/1999, em especial nos arts. 3^o e 9^o, deverá, mediante lei própria, extinguir o respectivo regime de previdência social dos servidores públicos, devendo, em razão dos princípios e preceitos constitucionais supradelineados, vincular-se e contribuir para o Regime Geral de Previdência Social como empresa (art. 15, inciso I, da Lei n. 8.212/1991), e seus servidores como segurados obrigatórios (art. 12 da Lei n. 8.212/1991).” (fls. 116 a 135).

A autoridade apontada coatora finaliza redargüindo inexistir direito líquido e certo do Impetrante, ante a constitucionalidade da Lei n. 9.717/1998, trazendo a lume a decisão da ADIn n. 1.993-7, aforada pela Assembléia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul, a qual versava sobre os mesmos dispositivos questionados na presente ação mandamental, e que não foi conhecida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

O douto Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Guskow, atendo-se ao plano infraconstitucional, manifestou-se pela concessão da segurança, nestes termos:

“Desta feita, toda e qualquer norma que se imiscua no âmbito da autonomia federativa brasileira, seja de que hierarquia for, pretendendo abarcar maiores prerrogativas para a União (como se este ente fosse superior aos demais dentro da Federação), deve ser rechaçado de imediato pelo Poder Judiciário, na medida em que atenta contra o Estatuto fundante do Estado brasileiro que, bom ou mau, deve ser observado, só podendo ser modificado, neste ponto, opor uma nova Carta, a ser ditada pelo Poder constituinte originário, cujo titular supremo não é a União, nem o Governo, mas o povo brasileiro.” (fl. 179).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): Pelas vagas das anuñiações processuais, versando a sua competência para criar e administrar o *sistema de seguridade social para os seus servidores públicos*, à parla de ilegalidade e abuso de direito, o *Município-impetrante* voltou-se contra a Portaria n. 4.992/1999, de 5.2.1999 (DOU de 8.2.1999 – doc.), editada pelo Sr. *Ministro da Previdência e Assistência Social*, indigitado como autoridade coatora.

Eis a suma das razões do Impetrante, cônsono os objetivos registros, à ocasião do indeferimento do pedido de *liminar provimento*, feitos pelo eminente Sr. Ministro José Delgado (art. 52, I, RISTJ), textualmente:

“... a autoridade apontada como coatora abusou do direito de regulamentar as normas para o sistema previdenciário brasileiro ao fazer publicar a referida portaria, por impedir que possa prosseguir no seu trabalho de criar sistema de seguridade social para os servidores públicos, isto é, de instalar a sua previdência própria.

Afirma serem inconstitucionais os arts. 2^a, 3^a, 9^a, 17 e 21 da referida portaria, por irem de encontro aos artigos 18, 29, 30, 149 e 249 da CF.

Os dispositivos da portaria considerados inconstitucionais têm a redação seguinte (fls. 3/5):

‘Art. 2^a. Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dos militares dos Estados e do Distrito Federal, incluídas suas autarquias e fundações, deverão ser organizados com base em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguintes critérios:

IV – cobertura de um número mínimo de segurados, de modo que os regimes possam garantir diretamente a totalidade dos riscos cobertos no plano de benefícios, preservando o equilíbrio atuarial sem necessidade de resseguro, *conforme estabelecido no art. 9^a desta portaria*; (grifo nosso).

V – cobertura *exclusiva* a servidores públicos titulares de cargos efetivos ...

Art. 3^a. No caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, *para organização e funcionamento do respectivo regime próprio de previdência social, constitui requisito adicional, além dos previstos no artigo anterior, ter receita diretamente arrecadada ampliada superior à proveniente de transferências constitucionais da União e dos Estados.* (grifos nossos).

Art. 9^a. Para garantia do equilíbrio atuarial sem necessidade de resseguro, o regime próprio de previdência social deve

abranjer um *mínimo de mil segurados*, considerados os servidores e militares ativos e inativos. (grifo nosso).

§ 1^o. O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas, suas autarquias e fundações, ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro temporário ou de emprego público, *é segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, como empregado*, estando excluído do regime a que se refere esta portaria. (grifo nosso).

Art. 17. Fica facultada à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a constituição de fundos integrados de bens, direitos e ativos, com finalidade previdenciária, *desde que observados os critérios de que trata o art. 2^o desta portaria e, adicionalmente, os seguintes preceitos*: (grifo nosso).

V – *vedação da utilização dos recursos do fundo para empréstimos de qualquer natureza, inclusive à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a entidades da Administração indireta e aos respectivos segurados e beneficiários*; (grifo nosso).

§ 2^o. Para instituição do fundo previsto neste artigo é necessário um aporte de capital inicial no valor mínimo correspondente a 7% (sete por cento) do valor total da despesa com pessoal civil e militar, ativo e inativo, e os pensionistas no ano imediatamente anterior.

Art. 21. No caso de extinção de regime próprio de previdência social, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios assumirão integralmente a responsabilidade pelo pagamento dos benefícios concedidos durante a sua vigência, bem como daqueles benefícios cujos requisitos necessários à sua concessão foram implementados anteriormente à extinção do regime próprio de previdência social.

Parágrafo único. *A vinculação ao RGPS é obrigatória para o ente estatal que extinguir seu regime próprio de previdência social ou que não se enquadrar nos critérios previstos nos arts. 3^o e 9^o desta portaria.* (grifo nosso).

O fundamento central desenvolvido pelo Impetrante está centrado na afirmação de que a competência para organizar o serviço público

é da entidade à qual pertence o respectivo serviço, sendo autônoma cada entidade estatal.

O **periculum in mora** está alegado na linha do entendimento de que o Município não tem condições de cumprir as normas da referida portaria, pelo que está obrigado a se filiar ao Sistema Geral da Previdência Social.

Em juízo provisório, não estou convencido da necessidade da concessão da liminar requerida, em face de não visualizar impossibilidade da segurança não mais produzir efeitos, caso seja concedida.

A relevância do ato impugnado há de ser vista sob o ângulo primeiro de se investir contra norma jurídica em tese ou se, realmente, a autonomia do Município-impetrante foi atingida, quando regras são fixadas pela autoridade-impetrada para regulamentar a previdência complementar.

Tais aspectos exigem um exame mais detalhado, o que será feito com maior segurança quando da decisão final.

Ineficaz não será a medida da segurança, caso seja deferida.” (fls. 102/103).

Contraditando, ficando assinalado o art. 40, **caput**, da Emenda Constitucional n. 20, passando pela Lei n. 9.717/1998 e com a espora de lições doutrinárias, em síntese, as informações pontuam:

(...)

“7. Nenhum dos entes federados poderá conceder benefícios previdenciários, mais especificamente, aposentadoria e pensão por morte, aos servidores e dependentes, de forma diferente do que dispõe esse artigo 40 e seus muitos parágrafos.”

(...)

“10. Acontece que a Constituição determina que sejam observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. Ora, essa determinação não é auto-aplicável. Não há como aplicar esse artigo sem a devida regulamentação. O que pode ser considerado critério para os fins dessa disposição constitucional? Aqui, embora não esteja expressamente determinado, a necessidade de uma lei é inafastável. Ou seja, o legislador constituinte deu espaço para que o legislador infraconstitucional estabeleça regras gerais.

11. O equilíbrio financeiro e atuarial de um regime de previdência social é, indubitavelmente, matéria de previdência social. E, no Brasil, previdência social tanto engloba o trabalhador celetista, o empresário, o autônomo, como o servidor público dos entes da Federação. Se a matéria é previdência social que precisa ser regulamentada, é no art. 24, inciso XII, e parágrafos, que se vai buscar a competência para legislar sobre ela.”

(...)

“22. Previdência social não está no âmbito do interesse local do Município. Também não pode ser confundida com a liberdade que o Município tinha de instituir regime jurídico único e planos de carreira para os seus servidores, expressa no art. 39 da Constituição, antes da Emenda Constitucional n. 19, de 1998, uma vez que regime de trabalho e regime de previdência não se confundem. Ou seja, a liberdade de se instituir regime jurídico único não era extensiva para a criação de regime de previdência social. E com a nova redação do art. 39, dada pela Emenda n. 19, de 1998, essa liberdade foi sensivelmente restringida.

23. Durante anos, Estados e Municípios, para se verem livres dos encargos do RGPS, criaram seus próprios regimes, muitos sem previsão de contribuição por parte do servidor, a serem custeados diretamente pelos seus tesouros. Para os governantes, a possibilidade de se criar esse regime, deixar a dívida para as futuras administrações e ter dinheiro em caixa para cumprir as metas de campanha era uma oportunidade única. Acontece que, do outro lado está o servidor, que como trabalhador, tem direito a uma aposentadoria, e estavam na iminência de sofrer uma frustração em sua expectativa de direito se o seu regime próprio não tiver recursos para custear a tão sonhada aposentadoria.

24. A questão transborda dos limites do ‘peculiar interesse’, uma vez que um sistema de previdência, dada sua complexidade e o fato de ser um investimento de longo prazo, não pode ficar inteiramente ao arbítrio dos Estados e Municípios, sob pena de se voltar à difícil situação que hoje assola os entes da Federação que criaram seus regimes, deixaram de recolher ao INSS e agora, quando seus servidores precisam do benefício, são ‘devolvidos’ para o Regime Geral. E não é segredo o rombo que a previdência social no País ostenta.

25. Na verdade, a falta de estrutura dos Municípios e Estados para

bancar um regime próprio de previdência acarreta um ‘efeito dominó’ nas contas públicas. Explico. Os Municípios deixam de contribuir para o regime geral, e assumem os encargos de pagar os servidores que se aposentarem e outros benefícios. A grande maioria deles não institui a contribuição por parte do servidor, ou se o faz, não o usa integralmente na constituição de um fundo de previdência. Quando o servidor implementa as condições para o gozo do benefício, as reservas estão deficitárias. Num primeiro momento, busca-se socorro no tesouro local para se pagar o benefício. Ai, mais e mais servidores implementam as condições e requerem sua aposentadoria, que no setor público pode ocorrer com idade muito precoce, o que significa mais tempo no gozo do benefício previdenciário. O Tesouro local não suporta. O tesouro estadual também não, porque lá também está ocorrendo a mesma situação. Então, não resta outra alternativa senão extinguir o regime e devolver seus servidores ao RGPS, que até mês passado não tinha como exigir a compensação financeira pelo tempo em que o servidor ficou adstrito a outro regime. O rombo da previdência aumenta porque não tem como não pagar os benefícios aos servidores que retornaram para o RGPS. Para diminuir o déficit, impostos são majorados, novos são criados, acordos de endividamento são feitos, o desemprego aumenta e o País inteiro sofre as conseqüências.

26. O interesse em matéria da previdência social é nacional. Uma lei que traz regras gerais em matéria de previdência social é uma lei da Federação.

Ainda. Não se pode nem dizer que em matéria de previdência social a competência do Município estaria no art. 30, inciso II, da Constituição, haja vista que não cabe ao Município suplementar matéria de competência concorrente sem afrontar os limites constitucionais.” (fls. 110 a 117).

A tratar da *vedação de convênio*, foi informado que

“... tem por fim dar segurança ao sistema de previdência a ser implantado pelos Estados e Municípios. A solvência do regime é indispensável para que ele funcione bem e garanta aos participantes os benefícios pelos quais contribuíram. A fragilidade dos convênios e consórcios não se adequa ao modelo previdenciário, que é de longo prazo.

Todos os argumentos expendidos pela Secretaria de Previdência Social demonstram que a lei, em momento algum, excede ou invade a autonomia dos entes federados. Ela se limita a criar regras gerais e indispensáveis para um bom funcionamento de um regime de previdência.

Um sistema de previdência, dada sua complexidade e o fato de ser um investimento de longo prazo, não pode ficar inteiramente ao arbítrio dos Estados e Municípios, sob pena de se voltar à difícil situação que hoje assola os entes da Federação que criaram seus regimes, deixaram de recolher ao INSS e agora, quando seus servidores precisam do benefício, são ‘devolvidos’ para o Regime Geral.

São vinte e seis Estados e mais de cinco mil Municípios que precisam ter, ao menos, parte dos procedimentos uniformizados, sob pena de os próprios servidores serem afetados com a discricionariedade de maus administradores.” (fls. 131 e 132).

Nessa esteira, realça-se a multiplicidade dos objetivos, explicados, no pedido da impetração:

“a) que se abstenha de impedir o regular funcionamento do FPM – Fundo Previdenciário Municipal de Monte Alegre de Minas;

b) que determine ao INSS abster-se de cobrar as contribuições previdenciárias devidas em razão da compulsória paralisação, na forma do parágrafo único do art. 21 da Portaria n. 4.992/1999;

c) que determine ao INSS abster-se de praticar quaisquer atos de constrição fiscal referente ao que aqui é discutido, notadamente o de negar Certidão Negativa de Débito e de bloquear o FPM do Município, declarando-se, incidentalmente, a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Portaria n. 4.992, de 5 de fevereiro de 1999:

– Art. 3^a e parágrafo único.

– Incisos IV e V do art. 2^a c.c. o art. 9^a.

– § 2^a do art. 17.

– Inciso V do art. 17.

– Parágrafo único do art. 21.” (fl. 10).

Pois bem, definido o **facies**, ganha espaço anotar que as malsinadas

disposições da Portaria n. 4.992/1999 (arts. 2^a, 3^a, 9^a, 17, 21 e incisos), segundo o *Impetrante*, afrontam os artigos 18, 29, 30, 149 e 249 da Constituição Federal.

Sucedem que, na apreciação liminar ADIn n. 1993-7-DF, dirigida contra as normas da Lei n. 9.717, de 27.11.1998, fulcro legal da portaria sob ferrete, alteiando a autonomia municipal, Relator Ministro Octavio Gallotti, o Plenário da Excelsa *Corte Maior* adiantou compreensão assoalhada nos mesmos padrões legais e constitucionais, ditando que, textualmente:

‘Além dos princípios inerentes à autonomia municipal, que continuam a ser os mesmos do texto original da Constituição, traz a requerente à discussão o parágrafo único do art. 149, que, igualmente, não sofreu alteração, mas também o art. 249, acrescentado à Carta de 1988 pela Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998:

‘Art. 249. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos respectivos servidores e seus dependentes, em adição aos recursos dos respectivos tesouros, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir fundos, integrados pelos recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e a administração desses fundos.’

Sendo aberta a causa de pedir das ações diretas de inconstitucionalidade, não pode deixar de ser igualmente levado em consideração o novo art. 40 da Constituição, resultante da Emenda n. 20/1998 e oportunamente lembrado nas informações:

‘Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.’

Veja-se que, precisamente desse último dispositivo, passou a constar a menção aos critérios de equilíbrio financeiro e atuarial, contra cuja definição, por normas gerais da União, se insurge a requerente.

Foi, aliás, em face da modificação introduzida, no regime previdenciário do servidor público, com o advento da Emenda Constitucional n. 20/1998, que este Plenário, em sessão de 18 de fevereiro do ano em curso, julgou prejudicada a Ação Direta n. 1.907, assestada a outras expressões (as abrangentes de inativos e pensionistas) da Medida Provisória n. 1.723/1998, convertida na mesma Lei n. 9.717/1998, ora retornando ao proscênio. Eis a ementa do julgado:

‘Impugnação de expressões da Medida Provisória n. 1.723/1998 (convertida na Lei n. 9.717/1998), que dispõe sobre regras gerais dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como dos militares dos Estados e do Distrito Federal, prevendo a contribuição concorrente de inativos e pensionistas.

Pedido prejudicado em razão da superveniente promulgação da Emenda Constitucional n. 20/1998, que alterou substancialmente o teor original do § 6^a do art. 40 da Lei Fundamental.’ (DJ de 26.3.1999).

Pouco importa, de seu turno, que uma das faces da incompatibilidade argüida diga respeito a normas constitucionais ainda vigentes (as concernentes à autonomia municipal), se efetivamente sofreram transformações os mandamentos especificamente destinados à regência do objeto da presente ação (previdência do servidor).

Por esse motivo, deixei consignado, em voto proferido como relator da citada ADIn n. 1.907, que ‘não comportando contemplação apenas parcial a avaliação da constitucionalidade dos dispositivos impugnados na ação, e não sendo possível completar-lhe o exame mediante o confronto com norma constitucional ulterior à sua edição, não se torna viável conhecer do pedido.’ (in DJU de 3.9.1999).

Por esse superior diapasão de interpretação à Constituição Federal é inafastável que a Portaria n. 4.992/1999 tem o fito de estabelecer diretrizes administrativas à aplicação da Lei n. 9.717/1998, como posto na comemorada manifestação plenária do colendo Supremo Tribunal, “sendo aberta a causa de pedir” à inteireza do quadro constitucional, mostra-se desinflante “que uma das faces da incompatibilidade argüida diga respeito a normas constitucionais ainda vigentes (as concernentes à autonomia

municipal), se efetivamente sofreram transformações os mandamentos especificamente destinados à regência do objeto da presente ação (previdência do servidor)”. Eis a ementa do julgado:

“Ação direta de que não se conhece, por demandar o confronto das disposições impugnadas (constantes da Lei n. 9.717/1998) com normas constitucionais supervenientes à sua edição (arts. 249 e 40, **caput**, da Constituição, com redação decorrente da Emenda n. 20/1998).”

Assim sendo, e assim é, à consideração das normas constitucionais anteriores e confronto com aquelas posteriores à edição da Lei n. 9.717/1998, sob a vigia do direito temporal, vinca-se a impossibilidade do exame parcial de acenada inconstitucionalidade. Em sendo vinculada à Lei n. 9.717/1998, mais vigorosa fica a inadmissibilidade, com o mesmo enfoque, de avaliação aprisionada à Portaria n. 4.992/1999, de modo a afastar as atividades enunciadas no pedido desta ação (fl. 10).

Por espia ordinária, na pertença do estipulado na portaria multicitada (arts. 2ª, 3ª, 9ª, 17, 21 e incisos), são exigências ajustadas às demonstrações atuariais e circunstâncias factuais, cujo exame afasta-se da presteza de alegado direito líquido e certo. De qualquer modo.

Encerrada a exposição, inviabilizada averiguação de constitucionalidade dos padrões legais referenciados em confronto com ordenanças anteriormente estabelecidas na Constituição Federal e ficando toldadas verificações dependentes de pesquisas probatórias, sem a premência de afirmar ser o mandado de segurança, ou não, para julgamento **incidenter tantum** da comentada arguição, ausente a condição constitucional da liquidez e certeza, *voto pela carência da ação, extinguindo o processo.*

É o voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 6.482 – DF

(Registro n. 99.0066302-0)

Relator: Ministro Milton Luiz Pereira

Impetrantes: Ana Filha de Carvalho, Ângela Maria Barbosa Aparente,

Antônio Alberto Castanheira de Carvalho, Antônio Maurício Ferreira Neto, Augusto Galvão Rogério de Souza, Braulita Monteiro Santos Favero, Cleomilda Maria Gomes Cadaxa, Dário Canella Tavares Filho, Elaine Freitas Alves dos Santos, Elizabeth Meireles de Almeida, Elisabeth Wanderley Nóbrega, Fábio Ernesto Ministério, Fani Mamede Carvalho, Fátima Alves Rodrigues, Fernando Teixeira Leite de La Rocque, Fernando Teixeira Storni, Flávia dos Santos Galas, Francisco das Chagas Araújo, Gerson Clóvis Malty, Guilherme Severiano de Rezende Viegas, Heloísa de Almeida Ramalho, Iolanda Ilha Reys, Iolanda Pereira de Sousa Ramalho, Jerson Pereira Lima, Jorge Guilherme de Magalhães Francisconi, José Ribeiro Carneiro Neto, Lígia Maria Carneiro de Azevedo, Lília Maria de Alcântara e Franca, Lílian Guimarães Ramos, Luiz Francisco Prates Lafeta, Manuel Horácio Sobrinho, Márcio Guerra Cravo, Marco Antônio Dias, Margaret Gomide Neto, Maria Aparecida Evangelista Couto, Maria do Rosário de Castro Rocha, Maria Lucileide Alves Silva, Maria Zélia da Silva Bento, Mirian Fátima de Souza, Nemésio Dário de Voglio, Ney Soares Gomes, Osmar de Araújo Lacerda, Paulo Sérgio Roquet Camargos, Paulo Roberto França, Roberto Zaidan e Sônia Maria Ferreira

Advogado: José Vigilato da Cunha Neto

Impetrado: Ministro de Estado dos Transportes

Sustentação oral: José Vigilato da Cunha Neto (pelos impetrantes)

EMENTA: Administrativo – Mandado de segurança – Serviço público – Anistia – Reintegração – Anulação de ato pela Administração – Lei n. 8.878/1994 – Portarias Ministeriais n. 698/1994 e 69/1999.

1. Ato administrativo superveniente não tem força legal para modificar ou desconstituir unilateralmente situação consolidada. A anulação não prescinde, pois, da instauração de processo ensejador da defesa do administrado. Em contrário pensar, inclusive, abrir-se-ia enchança à ofensa ao direito subjetivo do favorecido pelo ato.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, *conceder a segurança*, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Relator os Srs. Ministros José Delgado (voto-vista), Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Franciulli Netto, Garcia Vieira e Francisco Peçanha Martins. Ausentes, justificadamente, as Sras. Ministras Eliana Calmon e Nancy Andrighi. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 24 de agosto de 2000 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Presidente.

Ministro Milton Luiz Pereira, Relator.

Publicado no DJ de 23.10.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Trata-se de mandado de segurança, sem pedido de liminar, interposto contra ato do Ex.^{mo} Sr. Ministro de Estado dos Transportes.

Os Impetrantes sustentam:

“... Os Impetrantes se enquadram nos postulados da Lei n. 8.878/1994 e por ela foram beneficiados, dirigindo, tempestivamente, os seus requerimentos ao órgão competente, obtendo decisão favorável da subcomissão setorial e parecer, também, favorável, da Secretaria de Administração Federal – SAF. Observando, assim, toda a tramitação dos respectivos pedidos, tiveram os direitos reconhecidos e foram anistiados através da Portaria Ministerial de n. 698, de 26.12.1994, do Ministro de Estado dos Transportes, e publicada no DOU de 30.12.1994.” (fl. 13).

Omissis

“Assim, uma vez anistiados e decretado o seu retorno ao serviço, os Impetrantes têm o direito subjetivo de reassumirem as atividades nos órgãos administrativos nos quais foram lotados. É assente na

jurisprudência que, uma vez nomeado, o funcionário tem direito à posse. A reintegração decorrente de anistia ou o retorno às atividades, é uma forma derivada de provimento de cargo. Decretada, que foi, a anistia, como o retorno ao serviço, há direito do empregado a retornar às atividades. A lei há de ser interpretada de forma a que se lhe dê conseqüências. Decidir-se ao contrário, seria declarar-se a própria ineficácia da Lei de Anistia.

Ressalte-se que os fundamentos já expostos foram em parte reproduzidos no voto-condutor do insigne Ministro Demócrito Reinaldo, na qualidade de Relator, proferido no Mandado de Segurança n. 4.085-DF (95.0028460-0), que figuram como Impetrantes Clodoaldo Pinto Filho e outros, e Impetrado o Ministro de Estado dos Transportes, em que foi concedida a segurança...” (fls. 13/14).

Omissis

“... embora o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal determine que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em curso público, não haveria obstáculo para os Impetrantes, porque a própria Carta Magna prevê que o servidor reintegrado volta ao cargo que ocupava, é aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade (§ 2^a do artigo 41), como também que ‘Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, até seu adequado aproveitamento em outro cargo’.” (fl. 23).

Omissis

“Quanto à transformação de empregos permanentes em cargos públicos, efetivada pelo artigo 243 da Lei n. 8.112/1990, deve ela ser adotada como paradigma para o caso como o dos Impetrantes, primeiro, porque eram eles servidores públicos, em face das funções típicas estatais exercidas pelas EBTUs, e, conseqüentemente, deveriam estar em disponibilidade; segundo, porque a própria lei não condicionou a recondução à existência de cargos e, portanto, no caso de emprego permanente, em que a função da estatal passou a ser exercida por órgãos da Administração direta, a transformação do cargo em emprego é a conseqüência lógica e natural.” (fl. 23).

Requerem:

“... lhes seja concedida a ordem, para determinar à Autoridade-impetrada que, para os devidos efeitos legais, declare a nulidade da

Portaria Ministerial n. 69, de 18 de março de 1999 (DOU de 22.3.1999), daquela Secretaria de Estado, e assegure a validade e eficácia da Portaria n. 698, de 29 de dezembro de 1994, do então titular do Ministério dos Transportes, bem como das Portarias n. 811, de 29 de novembro de 1994; 8.312, de 8 de dezembro de 1994; 852 e 853, ambas de 15 de dezembro de 1994, do Coordenador-Geral de Recursos Humanos da Pasta dos Transportes, publicadas, respectivamente, no DOU de 1ª de dezembro de 1994, 9 de dezembro de 1994 e 16 de dezembro de 1994, as duas últimas, reconhecendo a inexistência de ilegalidade nesses atos indevidamente tornados nulos.” (fls. 235/236).

À fl. 239 proferi decisão assim circunstanciada:

“Vistos, em inspeção.

Com o intuito de evitar tumultuária situação processual, no prazo de cinco (5) dias, esclareçam os Impetrantes o motivo da juntada em anexo à petição de fls. 235 e 236 das cópias de fls. 237 e 238. Em contrário, está criada manifesta dúvida quanto ao pedido para a petição inicial, notoriamente em relação ao pedido.

Intimem-se.” (fl. 239).

A autoridade coatora, ao prestar as informações (fls. 241/255), aduz:

“... Constatada no âmbito desta Consultoria que as multicitadas portarias ministeriais foram editadas ao arrepio da legislação, uma vez que empregados da extinta EBTU não foram beneficiados pela Lei n. 8.878/1994, o assunto foi levado à Procuradoria Geral da União, que aprovou a Nota n. 81/RMS/1998, de 10.11.1998, exarada pela Procuradoria Regional da União – 1ª Região, que concluiu:

“Vale salientar que toda a controvérsia gira em torno do contido na Portaria n. 698/1994, que determina a reiteração dos servidores relacionados nas Portarias n. 811/1994, 831/1994, 852 e 853, de 1994 (portarias em anexo). *No entanto, conforme vastamente demonstrado pelos próprios julgadores – TRF 1ª Região e STJ –, os empregados das extintas empresas Portobrás e EBTU, não foram albergados pela Lei n. 8.878/1994, restando passível de anulação as mencionadas portarias, atos de deferimento de seus pedidos de*

anistia, posto que, pode a Administração Pública, a qualquer tempo, rever seus atos, se eivados de vícios ou ilegalidade.

Diante disso, convém à Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes a apreciação da viabilidade de anulação e/ou revogação dos atos retrocitados, para que seja afastada a ilegalidade apontada.’ (grifamos).

Posteriormente, em 18 de março de 1999, foi emitido o Parecer n. 21/1999-CGJJ/Conjur/MT, da lavra da Dra. Maria Teresa R. Cunha S. Silva, aprovado pelo Sr. Consultor Jurídico e pelo Sr. Ministro de Estado dos Transportes...” (fl. 248).

Omissis

“O Parecer assinalou que os Impetrantes, face à extinção da EBTU, tiveram rescindidos seus contratos de trabalho, tendo recebido tudo que lhes garantia a Consolidação das Leis do Trabalho, inclusive levantaram o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e que o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, não se aplica aos Impetrantes, uma vez que o mesmo só beneficia servidores públicos da União, dos Estados e dos Municípios, autarquias e fundações públicas.” (fls. 250/251).

Omissis

“Verifica-se, assim, que o ato ministerial cuja nulidade estão a perseguir encontra-se alicerçado em parecer da Consultoria Jurídica deste Ministério que constatou que a ‘anistia de que trata a Lei n. 8.878, de 1994, não poderia ter sido aplicada aos ex-empregados da Portobrás e EBTU, tendo a Comissão designada para tal fim, à época, praticado ato ilegal, portanto, eivado de vício, induzindo o Sr. Ministro de Estado dos Transportes e demais autoridades desta Pasta a erro, quando editaram as portarias que deferiram os pedidos de anistia e a que os reintegrou’. (vide n. 32 do parecer).

A Portaria Ministerial n. 69/1999, vale assinalar, não foi consequência da Resolução n. 8/1999, mas, sim, do Parecer n. 21-CGJJ/Conjur/MT/1999.” (fl. 252).

Omissis

“Por fim, a situação dos servidores do Banco Central não guarda qualquer semelhança com a situação dos Impetrantes.

Face ao exposto, considerando que a Portaria n. 69/1999, do Sr. Ministro de Estado dos Transportes foi expedida em consonância com as normas legais, os seus efeitos não podem ser sustados pelo Poder Judiciário, sob pena de ingerência em matéria privativa do Poder Executivo, razão pela qual a segurança deve ser denegada ante a inexistência de direito líquido e certo.” (fl. 254).

À fl. 305 proferi a seguinte decisão:

“I – Prorrogo, por mais cinco dias, o prazo fixado no despacho de fl. 239 e para o fim proposto na petição de fl. 278. Intime-se.

II – Vencido, sem mais tardança, abra-se vista ao Ministério Público Federal.” (fl. 305).

O douto Ministério Público Federal assim opinou (fls. 207/209):

“... Os Impetrantes se apóiam em orientação jurisprudencial autorizada. Todavia, não menos correto é o posicionamento das autoridades-impetradas, que encontram respaldo em decisões do Superior Tribunal de Justiça, e.g.:

‘Mandado de segurança. Anistia. Lei n. 8.878, de 1994. Revisão de processos. Decreto n. 1.498/1995. Procedimento legítimo da Administração. O reconhecimento, em processo administrativo próprio, da anistia prevista pela Lei n. 8.878/1994, não inibe a Administração Pública de determinar a respectiva revisão, para, se for o caso, conformar a decisão aos ditames legais.

Mandado de segurança denegado.’ (STJ, Primeira Seção, MS n. 4.034/1995-DF, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 11.12.1996, por maioria).

O mandado de segurança que ora se discute não deve prosperar. Verifica-se, pela leitura da Lei n. 8.878/1994, em seu artigo 1^o, que os Impetrantes não foram demitidos nas condições ali previstas, pois sua demissão ou dispensa – visto serem celetistas – ocorreu por extinção do órgão, ocasião em que receberam todas as verbas a que faziam jus.

Realmente, não se verificou qualquer ofensa aos princípios estabelecidos na Lei de Anistia, que procurou amparar apenas aqueles que

foram dispensados por violação a dispositivo constitucional, legal regulamentar, convencional, ou por motivação política. Na realidade, o que ocorreu foi mera extinção de órgão, com pagamento das indenizações legais cabíveis.

E ainda que assim não tivesse ocorrido, o artigo 3^a da referida norma enseja ao administrador – de acordo com as necessidades e disponibilidades orçamentárias e financeiras da Administração – deferir ou não o retorno ao serviço dos empregados despedidos ‘arbitrariamente’. Ora, se assim o faz, o que dizer em relação àqueles que foram regularmente afastados, com os seus direitos reconhecidos e deferidos?

Finalmente, encerrando a questão, basta a leitura do parágrafo único do art. 2^a da lei em referência para demonstrar a iliquidez e incerteza do direito alegado. Leia-se:

‘Art. 2^a (...)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos exonerados, demitidos, dispensados ou despedidos dos órgãos ou entidades que tenham sido extintos, liquidados, ou privatizados, ...’ (fls. 208/209).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): Contempla-se que o **mandamus** tem por causa de pedir a alegação de ato timbrado por ilegalidade e abuso na edição da Portaria n. 69/1999 – cônsono o certo sumário feito pelo Ministério Público Federal, **verbis**:

“a) são ex-servidores da extinta Empresa Brasileira de Transportes Urbanos, anistiados pela Lei n. 8.878/1994 e reintegrados pela Portaria n. 698/1994-MT;

b) o Decreto n. 1.153, de 8 de julho de 1994, instituiu e regulamentou o funcionamento das Subcomissões Setoriais e Comissão Especial que analisariam os pleitos e os recursos, respectivamente, dos interessados. A decisão daquela constituída no âmbito deste Ministério, com a finalidade de apreciar pedidos dos empregados da extinta EBTU, lhes foi favorável;

c) o Ministro de Estado dos Transportes editou a Portaria n. 69/1999, tornando nulas as Portarias n. 698/1994, 811/1994, 831/1994, 852/1994 e 853/1994, que lhes havia garantido a reintegração e a anistia;

d) aquela portaria é ato ilegal e inconstitucional, posto que os atos que se pretendeu anular não podem ser invalidados, face aos seus efeitos **ex tunc**;

e) 'a reintegração ou a readmissão dos Impetrantes é um direito líquido e certo, em face dos termos da Lei n. 8.878/1994 e não fere os princípios do **caput** do art. 37 da Constituição Federal nem o seu inciso II. As anistias devem merecer interpretação ampla, de acordo com a doutrina e a jurisprudência';

f) a motivação política citada no art. 1º, inciso III, da Lei n. 8.878/1994, está satisfatoriamente demonstrada, como muito bem disse o insigne Ministro Demócrito Reinaldo, no mencionado julgamento do Mandado de Segurança n. 4.085-DF (95.0028460-0);

g) à transformação de empregos permanentes em cargos públicos, efetivada pelo artigo 243 da Lei n. 8.112/1990, deve ela ser anotada com paradigma para o caso como o dos Impetrantes." (fls. 207 e 208).

À sua vez, a digna autoridade indigitada como autoridade coatora, partindo da Lei n. 8.878/1994, das resoluções, portarias que se seguiram e compendiando precedentes, contraditou, textualmente:

(...)

"Verifica-se, assim, que o ato ministerial cuja nulidade estão a perseguir encontra-se alicerçado em parecer da Consultoria Jurídica deste Ministério que constatou que a 'anistia de que trata a Lei n. 8.878, de 1994, não poderia ter sido aplicada aos ex-empregados da Portobrás e EBTU, tendo a comissão designada para tal fim, à época, praticado ato ilegal, portanto, eivado de vício, induzindo o Sr. Ministro de Estado dos Transportes e demais autoridades desta Pasta a erro, quando editaram as portarias que deferiram os pedidos de anistia e a que os reintegrou'. (vide n. 32 do parecer).

A Portaria Ministerial n. 69/1999, vale assinalar, não foi consequência da Resolução n. 8/1999, mas, sim, do Parecer n. 21-CGJJ/Conjur/MT/1999.

O que se postula, na verdade, é que o Poder Judiciário exorbite suas atribuições, investindo-se, arbitrariamente, de competência privativa do Poder Executivo, atentando contra o princípio da independência e harmonia que entre eles deve existir, previsto no art. 2^a da Constituição, mediante a substituição do critério da Administração pelo do Juízo, que assumirá, assim e também, a direção do processo administrativo, com sério risco para o equilíbrio entre os Poderes e a vulneração da legislação que rege a matéria.

A competência do Judiciário para a revisão de atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade do ato impugnado, no sentido de verificar se o mesmo foi praticado em conformidade com a norma pertinente, sendo-lhe vedado pronunciar-se sobre a conveniência, sobre a oportunidade ou a eficiência do ato em exame, ou seja, sobre o mérito administrativo.

Em síntese, os atos administrativos sujeitam-se ao controle do Poder Judiciário apenas quanto à legalidade. Esta é condição primeira para sua validade e eficácia. É a confirmação do ato com a lei.” (fls. 252/253).

Sob as tendas dessas anotações, no tesouro da memória, põe-se à luz recente precedente desta egrégia Primeira Seção, também impetrado por ex-servidores da EBTU, na base da relação jurídico-litigiosa, quanto à impugnação à Portaria n. 69/1999, pela similitude, servindo de guia para a solução.

De efeito, constituído no MS n. 6.315-DF, o voto-condutor do v. acórdão lavrado pelo eminente Ministro Peçanha Martins, nos pontos coincidentes com o caso concreto, assinalou:

(...)

“A causa de pedir do presente **mandamus** é a declaração de nulidade ou inaplicabilidade da Resolução n. 8 e Portaria n. 69.

Examinando o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 248.064-9-DF, interposto contra o acórdão prolatado pela egrégia Primeira Seção no RMS n. 40.085-DF, a egrégia Segunda Turma do STF assentou:

‘Ementa: Agravo regimental em recurso extraordinário.

Constitucional. Administrativo. Lei n. 8.878/1994. Serviço público. Anistia. Reintegração. Anulação de ato administrativo. Ofensa a direito subjetivo. Impossibilidade. Deficiência de fundamentação e reexame da matéria fática. Irresignação apenas contra o primeiro argumento. Não-conhecimento do recurso.

Não há de ser provido o agravo quando a decisão agravada assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Lei n. 8.878/1994, que dispõe sobre a anistia concedida aos Recorridos. Portaria MT n. 698/1994. Reintegração no serviço público aos servidores anistiados. Anulação por ato superveniente. Ofensa a direito subjetivo. Presunção de legitimidade do ato anteriormente praticado. Precedente.

Agravo regimental não provido.’ (DJ de 20.8.1999, unânime, Rel. Min. Maurício Corrêa).

O voto-condutor do acórdão, examinando a invocação de perda de objeto do direito postulado pela anulação da Portaria n. 698, de 29.12.1994, pela Portaria n. 69, de 18.3.1999, publicada no DOU de 22.3.1999, esclarece:

‘Ora, tratando-se de ato administrativo superveniente, não tem ele o condão de modificar unilateralmente situação já consolidada, conforme se verifica do julgado cuja ementa transcrevo:

‘Ementa: Ato administrativo. Repercussões. Presunção de legitimidade. Situação constituída. Interesses contrapostos. Anulação. Contraditório.’

Tratando-se de anulação de ato administrativo, cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseja a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque comum à Administração e ao particular.’ (RE n. 158.543-RS, DJ de 6.10.1995).

Como vemos, o Supremo Tribunal Federal, embora não conhecendo do agravo regimental, positivou a necessidade do contraditório em processo administrativo, partícipes os beneficiários do ato pretensamente nulo ou anulável e que terão a situação jurídica modificada pelo reexame.”

(...)

“Ora, assim tendo entendido o STF na manutenção do julgado proferido por maioria pela egrégia Primeira Seção no MS n. 4.085, no qual fui vencido, e tendo opinião firmada de acordo com jurisprudência assentada na RMS n. 737, julgado pela egrégia Segunda Turma, sendo Relator o eminente Ministro Pádua Ribeiro (DJ de 6.11.1993, p. 26.653), em caso assemelhado ao presente, relatado pelo eminente Ministro José Delgado, manifestei anuência à conclusão do seu voto, concedendo a segurança (MS n. 5.283-DF, sessão de 13.10.1999).”

À minha vez, no mesmo julgamento, observei:

(...)

“... a questão que se põe neste mandado de segurança, como registrou o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, está circunscrita aos efeitos de um ato. Qual foi esse ato? A citada Portaria n. 698, de 1994. Tem efeitos em relação aos Impetrantes? Segundo ponto, esses efeitos causaram a lesão motivadora do mandado de segurança? O fundamental, quanto à portaria, é se os seus efeitos causaram, ou não, ofensa ao contraditório, ou seja, surpreendendo o administrado. É a questão que me parece mais significativa.

Noutro aspecto, é inegável que esta Seção tem a linha definitiva, pelo menos por manifestações majoritárias, da jurisprudência relembada pelo eminente Relator. Porém, não se pode esquecer que esta Seção, em casos especiais que se distinguem por peculiaridades, tem julgados diferentes. Acompanhei essa compreensão majoritária até que o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo, cuja acuidade sempre foi elogiada e reconhecida nesta Seção, escapando do comodismo, fez minucioso exame da questão de fundo, fincando traços distintivos para as situações conjunturais que foram apresentadas. Fez uma distinção básica: a portaria, em si, tem a aura da legalidade. Todavia, existem administrados que foram beneficiários por atos concretos de aproveitamento e que não podem, posteriormente, por revisões na instância

administrativa, ser alcançados por efeitos desconstitutivos de direito subjetivo incorporado ao patrimônio do administrado.”

Como reforço, sobreconcentra-se que transitou em julgado a segurança concedida no MS n. 4.085-DF, cujos fundamentos foram resumidos na ementa:

“... A Lei (n. 8.878/1994) concedeu anistia não só aos titulares de cargos efetivos, mas também, aos empregados permanentes de empresas públicas e sociedade de economia mista sob controle da União e determinou, **pari passu**, que, na hipótese de extinção ou liquidação dessas empresas, o retorno dos empregados (das empresas extintas) se daria no órgão ou entidade da Administração que lhes absorveu os serviços ou entidades. No caso, as atividades da EBTU foram absorvidas pelo Ministério dos Transportes (Portaria de n. 4/1994, DJ de 5.7.1994), cabendo-lhe suportar os ônus com a reintegração dos anistiados (da EBTU). **In casu**, ultimados os trabalhos da comissão e ratificados por decreto do Presidente da República e com parecer favorável da SAF, o Ministro de Estado dos Transportes expediu a Portaria de n. 698 (publicada no Diário Oficial), de 1994 (fazendo menção à Lei n. 8.878/1994, ao Decreto n. 1.153/1994 e Instrução Normativa n. 12/1994 e a Medida Provisória de n. 767/1994), anistiando os Impetrantes e determinando o retorno ao serviço, expedindo edital de convocação (n. 1/1995) objetivando a que os anistiados assumissem as respectivas atividades. Decretada a anistia, têm os Impetrantes o direito subjetivo de reassumirem o exercício de suas atividades (em órgão do Ministério dos Transportes que absorveu as atividades da EBTU e da Portobrás), não se lhes podendo vedar a assunção aos empregos já identificados na Portaria n. 698, citada. A Lei (n. 8.878/1994) há de ser interpretada de forma a que se lhe dê conseqüências. Impedir o retorno de empregados já anistiados, depois de a autoridade competente, após o exame acurado das situações, da existência de ‘rubrica orçamentária’ e de disponibilidade financeira e conveniência da Administração, conceder-lhes o benefício, significa a declaração de ineficácia da lei e o reconhecimento de que o Congresso Nacional teria legislado, em vão. Segurança concedida. Decisão por maioria de votos.” (Primeira Seção, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, **in** DJU de 9.12.1997, p. 64.584).

Agrega-se que, viandante, foi editada a malsinada Portaria n. 69/1999, ensejando a concessão de segurança no referido MS n. 6.315-DF, Rel. p/ acórdão o Sr. Ministro Peçanha Martins, declarando que os favorecidos pelo ato anterior (Portaria n. 698/1994), sem o exercício do direito ao contraditório, não podiam ser alcançados pelos efeitos de ato superveniente.

Por último, noticia-se que o Sr. Ministro dos Transportes, no eito dos fatos e acontecimentos delineados, editou a Portaria n. 160, de 2.6.2000, promovendo o retorno às suas atividades laborais dos empregados anistiados, que integravam os quadros da Portobrás e da EBTU (in DOU de 6.6.2000, seção 2, p.p. 2 a 5). É, sem dúvidas, ato confirmatório do direito vindicado pelos Impetrantes desta ação.

Concluída a exposição, incorporando as razões dos precedentes colacionados como fonte do convencimento, *voto concedendo a segurança*, tão-somente para conter os efeitos da *Portaria n. 69/1999*, em relação aos Impetrantes, judicialmente representados na relação processual estabelecida.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: O mandado de segurança em exame questiona ato administrativo praticado pelo Ex.^{mo} Sr. Ministro dos Transportes, em data de 22.3.1999, do teor seguinte (fls. 4/5):

“Ministério dos Transportes.

Gabinete do Ministro.

Portaria n. 69, de 18 de março de 1999.

O Ministro de Estado dos Transportes, no uso de suas atribuições, tendo em vista o que dispõe o Decreto n. 1.499, de 24.5.1995, e considerando as razões expostas no Parecer n. 21-CGJJ/Conjur/MT, da Consultoria Jurídica; considerando a infringência ao art. 37 da Constituição Federal, e considerando o que dispõe a Súmula n. 473 do egrégio Supremo Tribunal Federal, resolve:

Tornar nula a Portaria n. 698, de 29.12.1994, publicada no DOU de 30.12.1994, do então titular da Pasta dos Transportes, bem como as Portarias n. 811, de 29.11.1994; 831, de 8.12.1994; 852 e 853, ambas de 15.12.1994, do Coordenador-Geral de Recursos Humanos

deste Ministério, publicadas, respectivamente, no DOU de 1.12.1994, 9.12.1994 e 16.12.1994, as duas últimas ficando, em consequência, invalidados os seus efeitos **ex tunc**.

Eliseu Padilha.”

Afirmam os Impetrantes que a Autoridade-impetrada, ao emitir o ato acima questionado, ofendeu ao determinado pela Lei n. 8.878/1994, atingindo, conseqüentemente, direitos líquidos e certos possuídos de usufruírem do disposto na Portaria n. 698, de 26.12.1994, também expedida pelo Ministro de Estado dos Transportes da época, quando determinou (fls. 12/13):

“I. Reintegrar os servidores relacionados nas Portarias CGRH-MT n. 811, de 29.11.1994, publicada no Diário Oficial da União n. 227, de 1ª de dezembro de 1994, seção 2; 831, de 8.12.1994, publicada no DOU n. 233, ... de dezembro de 1994, seção 2; 853, de 15.12.1994, publicada no DOU n. 238, de 16.12.1994, seção 2.

II. A Secretaria da Administração Geral promoverá a lotação de servidores reintegrados, de acordo com as necessidades dos serviços e a qualificação profissional dos servidores, convocando-os, mediante portarias, no prazo de 30 dias assumirem os respectivos cargos.”

Explicitam os Impetrantes que a referida portaria, contudo, não foi executada, em razão de terem sido suspensos os seus efeitos, em data de 13.1.1995.

Alegam os Impetrantes, a respeito (fl. 13):

“Efetivamente, em cumprimento à portaria supra, que anistiou os Impetrantes, foi expedido o Edital de Convocação n. 1, de 12 de janeiro de 1995, para comparecerem ao Ministério para fim de cadastramento e assunção de suas atividades. Ocorre que, através do fax firmado pelo Chefe de Divisão daquele Ministério, datado do dia seguinte, foi sustado o Edital de Convocação n. 1/1995, de ordem do Ministério dos Transportes.”

Os Impetrantes, após defenderem o ataque ao direito líquido e certo que afirmam possuir, pedem (fls. 28/29):

“Isto posto, estando comprovada a liquidez e a certeza do direito, os Impetrantes requerem que lhes seja concedida a ordem, para que

seja declarada a nulidade da Portaria n. 69, de 18 de março de 1999, do Ex.^{mo} Sr. Ministro dos Transportes, publicada no Diário Oficial de 22 de março de 1999, e, conseqüentemente, mantida Portaria n. 698, de 29.12.1994, publicada no DOU de 30.12.1994, do então titular da Pasta dos Transportes, bem como as Portarias n. 811, de 29.11.1994; 831, de 8.12.1994; 852 e 853, ambas de 15.12.1994, do Coordenador-Geral de Recursos Humanos deste Ministério, publicadas, respectivamente, no DOU de 1.12.1994, 9.12.1994 e 16.12.1994, as duas últimas, eis que atos legais, válidos e eficazes, com a condenação nas demais cominações legais.”

O eminente Relator proferiu voto concedendo a segurança, nos termos seguintes:

“Sob as tendas dessas anotações, no tesouro da memória, põe-se à luz recente precedente desta egrégia Primeira Seção, também impetrado por ex-servidores da EBTU, na base da relação jurídico-litigiosa, quanto à impugnação à Portaria n. 69/1999, pela similitude, servindo de guia para a solução.

De efeito, constituído no MS n. 6.315-DF, o voto-condutor do v. acórdão lavrado pelo eminente Ministro Peçanha Martins, nos pontos coincidentes com o caso concreto, assinalou:

(...)

‘A causa de pedir do presente **mandamus** é a declaração de nulidade ou inaplicabilidade da Resolução n. 8 e Portaria n. 69.

Examinando o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 248.064-9-DF, interposto contra o acórdão prolatado pela egrégia Primeira Seção no RMS n. 40.085-DF, a egrégia Segunda Turma do STF assentou:

‘Ementa: Agravo regimental em recurso extraordinário. Constitucional. Administrativo. Lei n. 8.878/1994. Serviço público. Anistia. Reintegração. Anulação de ato administrativo. Ofensa a direito subjetivo. Impossibilidade. Deficiência de fundamentação e reexame da matéria fática. Irresignação apenas contra o primeiro argumento. Não-conhecimento do recurso.

Não há de ser provido o agravo quando a decisão agravada assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Lei n. 8.878/1994, que dispõe sobre a anistia concedida aos Recorridos. Portaria MT n. 698/1994. Reintegração no serviço público aos servidores anistiados. Anulação por ato superveniente. Ofensa a direito subjetivo. Presunção de legitimidade do ato anteriormente praticado. Precedente.

Agravo regimental não provido.' (DJ de 20.8.1999, unânime, Rel. Min. Maurício Corrêa).

O voto-condutor do acórdão, examinando a invocação de perda de objeto do direito postulado pela anulação da Portaria n. 698, de 29.12.1994, pela Portaria n. 69, de 18.3.1999, publicada no DOU de 22.3.1999, esclarece:

'Ora, tratando-se de ato administrativo superveniente, não tem ele o condão de modificar unilateralmente situação já consolidada, conforme se verifica do julgado cuja ementa transcrevo:

'Ementa: Ato administrativo. Repercussões. Presunção de legitimidade. Situação constituída. Interesses contrapostos. Anulação. Contraditório.'

Tratando-se de anulação de ato administrativo, cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseja a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque comum à Administração e ao particular.' (RE n. 158.543-RS, DJ de 6.10.1995).

Como vemos, o Supremo Tribunal Federal, embora não conhecendo do agravo regimental, positivou a necessidade do contraditório em processo administrativo, partícipes os beneficiários

do ato pretensamente nulo ou anulável e que terão a situação jurídica modificada pelo reexame.’

(...)

‘Ora, assim tendo entendido o STF na manutenção do julgado proferido por maioria pela egrégia Primeira Seção no MS n. 4.085, no qual fui vencido, e tendo opinião firmada de acordo com jurisprudência assentada no RMS n. 737, julgado pela egrégia Segunda Turma, sendo Relator o eminente Ministro Pádua Ribeiro (DJ de 6.11.1993, p. 26.653), em caso assemelhado ao presente, relatado pelo eminente Ministro José Delgado, manifestei anuência à conclusão do seu voto, concedendo a segurança (MS n. 5.283-DF, sessão de 13.10.1999).’

À minha vez, no mesmo julgamento, observei:

(...)

‘... a questão que se põe neste mandado de segurança, como registrou o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, está circunscrita aos efeitos de um ato. Qual foi esse ato? A citada Portaria n. 698, de 1994. Tem efeitos em relação aos Impetrantes? Segundo ponto, esses efeitos causaram a lesão motivadora do mandado de segurança? O fundamental, quanto à portaria, é se os seus efeitos causaram, ou não, ofensa ao contraditório, ou seja, surpreendendo o administrado. É a questão que me parece mais significativa.

Noutro aspecto, é inegável que esta Seção tem a linha definitiva, pelo menos por manifestações majoritárias, da jurisprudência relembada pelo eminente Relator. Porém, não se pode esquecer que esta Seção, em casos especiais que se distinguem por peculiaridades, tem julgados diferentes. Acompanhei essa compreensão majoritária até que o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo, cuja acuidade sempre foi elogiada e reconhecida nesta Seção, escapando do comodismo, fez minucioso exame da questão de fundo, fincando traços distintivos para as situações conjunturais que foram apresentadas. Fez uma distinção básica: a Portaria, em si, tem a aura da legalidade. Todavia, existem administrados que foram beneficiários por atos concretos de aproveitamento e que não podem, posteriormente, por revisões

na instância administrativa, ser alcançados por efeitos desconstitutivos de direito subjetivo incorporado ao patrimônio do administrado.’

Como reforço, sobreconcentra-se que transitou em julgado a segurança concedida no MS n. 4.085-DF, cujos fundamentos foram resumidos na ementa:

‘... A Lei (n. 8.878/1994) concedeu anistia não só aos titulares de cargos efetivos, mas, também, aos empregados permanentes de empresas públicas e sociedade de economia mista sob controle da União e determinou, **pari passu**, que, na hipótese de extinção ou liquidação dessas empresas, o retorno dos empregados (das empresas extintas) se daria no órgão ou entidade da Administração que lhes absorveu os serviços ou entidades. No caso, as atividades da EBTU foram absorvidas pelo Ministério dos Transportes (Portaria n. 4/1994, DJ de 5.7.1994), cabendo-lhe suportar os ônus com a reintegração dos anistiados (da EBTU). **In casu**, ultimados os trabalhos da comissão e ratificados por decreto do Presidente da República e com parecer favorável da SAF, o Ministro de Estado dos Transportes expediu a Portaria de n. 698 (publicada no Diário Oficial), de 1994 (fazendo menção à Lei n. 8.878/1994, ao Decreto n. 1.153/1994 e Instrução Normativa n. 12/1994 e a Medida Provisória de n. 767/1994) anistiando os Impetrantes e determinando o retorno ao serviço, expedindo edital de convocação (n. 1/1995) objetivando a que os anistiados assumissem as respectivas atividades. Decretada a anistia, têm os Impetrantes o direito subjetivo de reassumirem o exercício de suas atividades (em órgão do Ministério dos Transportes que absorveu as atividades da EBTU e da Portobrás), não se lhes podendo vedar a assunção aos empregos já identificados na Portaria n. 698, citada. A Lei (n. 8.878/1994) há de ser interpretada de forma a que se lhe dê conseqüências. Impedir o retorno de empregados já anistiados, depois de a autoridade competente, após o exame acurado das situações, da existência de ‘rubrica orçamentária’ e de disponibilidade financeira e conveniência da Administração, conceder-lhes o benefício, significa a declaração de ineficácia da lei e o reconhecimento de que o Congresso Nacional teria legislado em vão. Segurança concedida. Decisão por

maioria de votos.’ (Primeira Seção, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, *in* DJU de 9.12.1997, p. 64.584).

Agrega-se que, viandante, foi editada a malsinada Portaria n. 69/1999, ensejando a concessão de segurança no referido MS n. 6.315-DF, Rel. p/ acórdão o Sr. Ministro Peçanha Martins, declarando que os favorecidos pelo ato anterior (Portaria n. 698/1994), sem o exercício do direito ao contraditório, não podiam ser alcançados pelos efeitos de ato superveniente.

Por último, noticia-se que o Sr. Ministro dos Transportes, no ceto dos fatos e acontecimentos delineados, editou a Portaria n. 160, de 2.6.2000, promovendo o retorno às suas atividades laborais dos empregados anistiados, que integravam os quadros da Portobrás e da EBTU (*in* DOU de 6.6.2000, seção 2, p.p. 2 a 5). É, sem dúvidas, ato confirmatório do direito vindicado pelos Impetrantes desta ação.

Concluída a exposição, incorporando as razões dos precedentes colacionados como fonte do convencimento, *voto concedendo a segurança*, tão-somente para conter os efeitos da *Portaria n. 69/1999*, em relação aos Impetrantes, judicialmente representados na relação processual estabelecida.”

A linha de entendimento desenvolvida pelo eminente Relator está harmônica com o que esta Seção decidiu no MS n. 5.283-DF, da minha relatoria, cujo acórdão está composto com a ementa seguinte (fls. 325/326):

“Constitucional. Administrativo. Anistia. Ato administrativo. Revisão. Devido processo legal.

1. Os princípios informadores do ordenamento jurídico brasileiro autorizam a Administração proceder à anulação de seus próprios atos, ‘quando eivados de vícios graves que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial’. (Súmula n. 473, STF).

2. A instauração do procedimento administrativo para anular atos sob a fundamentação de terem sido praticados com vícios insanáveis deve, contudo, em homenagem aos princípios norteadores do regime político-democrático, seguir, com todo rigor, o devido processo legal (art. 5^a, LV, da CF).

3. O Superior Tribunal de Justiça, no trato da questão, ao apreciar o RMS n. 737/1990-RJ, Segunda Turma, relatado pelo eminente Ministro Pádua Ribeiro, assentou que:

‘Servidor público. Ato administrativo. Ilegalidade.

I – O poder de a Administração Pública anular seus próprios atos não é absoluto, porquanto há de se observar as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

II – Recurso ordinário provido.’ (RMS n. 737/1990, Segunda Turma, DJU de 6.12.1993).

4. Mandado de segurança concedido.” (STJ, MS n. 5.283-DF (reg. n. 1997/0053049-3), Relator Ministro José Delgado, DJ de 8.3.2000).

Posto isto, acompanho o eminente Relator, concedendo a segurança nos limites do pedido.

É como voto.

