

JUSTIFICAÇÃO E INDENIZAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO (ESTUDO DE CASO)

ANNIBAL FERNANDES

Doutor em Direito pela FADUSP. Sócio do Instituto dos Advogados de São Paulo – do IDS Cesarino Jr. Membro fundador da Academia Nacional de Direito do Trabalho e do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário. Autor de várias obras.

Servidor da previdência social, que é bacharel em Direito desde (...), foi Estagiário e após, Advogado Autônomo. Exerce agora o cargo de Procurador em Autarquia Federal, até a presente data.

Pretende requerer ao INSS o *reconhecimento* do exercício de atividade de filiação obrigatória, no período de 1973 a junho de 1980 (segurado autônomo).

No período de 1973 – 1980 exerceu regular e comprovadamente a advocacia, com filiação e autônoma, na qualidade de estagiário e advogado. O enquadramento do profissional liberal era, *ex vi* da Lei nº 5.890/73 Classe II. O tempo de estagiário, na Classe I.

Informando verbalmente que reconhecera o tempo de serviço, a Autarquia entendeu que o período de 1973 – 1980 haveria de ser *indenizado* em base de cálculo *atualizada*... Isto é, com índices de 1997; nada menos. Isto importa em R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais). Estriba-se a autoridade na Ordem de Serviço – OS – 55/96, reportando-se ainda o teor de RBPS – Regulamento de Benefícios da Previdência Social, arts. 198 a 207... Assim, repita-se que, para a autarquia, a *Certidão de tempo de Serviço*:

- a) – fica condicionada à *indenização* de contribuição;
- b) - e o cálculo para tal se faz por uma hipotética *remuneração atual*,

Ante o exposto, o caso deve ser examinado nos seguintes aspectos:

- 1) Contribuintes que sempre tiveram a mesma situação jurídica podem ser tratados desigualmente, ou seja, com a introdução do parágrafo 1º ao artigo 45 da Lei nº 8.212/91, o segurado *Empresário, Autônomo e Equiparados* não estariam sofrendo a *capitis diminutio* de um longo prazo de 30 anos?
- 2) Se a Lei não pode produzir efeitos sobre situações pretéritas, como pode a Administração exigir recolhimento de valor obtido por meio de critérios atuais?
- 3) A que Regulamento se refere o parágrafo 3º, do art. 45 da Lei nº 8.212/91 (acrescentado pela Lei nº 9.032/95), já que a Lei nº 9.032/95 ainda não foi regulamentada? Seria o Decreto nº 612/92?
- 4) Poderão as alíquotas do período de débito, em que estavam a vigor as normas do art. 13 da Lei nº 5.890/73, serem substituídas?

E como ficam o fato gerador e a base de cálculo?

E SUA NATUREZA

O seguro social, no Brasil e em alguns países, denominado de *Previdência*, tem como notas típicas:

- 1) é social porque é obrigatório (*Reggi*);
- 2) também é social por cobrir riscos, hoje denominadas *contingências sociais*, ou seja, o que, atingindo o indivíduo transcende à pessoa e afeta, diretamente ou não, à comunidade;
- 3) as contingências cobertas são expressas com a flexibilidade das Normas da OIT, na Convenção nº 102 – Norma Mínima;

- 4) nas legislações nacionais, as contingências são relacionadas, sob a forma de *numerus clausus* e/ou lista aberta;
- 5) o custeio tem natureza tributária, ou, de toda sorte, constitui *Relação administrativa*, resultando em ser rigorosamente *ex lege*; (de tipicidade fechada, *vide* Ives Gandra);
- 6) destarte, as normas tributárias sempre se fazem presentes, mesmo que aplicadas analogicamente...
- 7) absurdo criar *exação* sem assento em lei; por igual, presentes o instituto da *decadência* – categoria geral que permeia ramos do Direito.
- 8) a isonomia, tanto como o tratamento desigual devem ser, em tema social, tratados “*in granu salis*”. A abrupta e irreal sem suporte nos fatos – discriminação entre empresário, autônomo e equiparados, diante dos demais segurados, agride o senso comum, por não ter base nos fatos. Eis por quê:

Conforme o MTb, em estatísticas de uma década (hoje a situação está agravada), a massa de comerciantes brasileiros (v. gr.) *empresários* do comércio tinham ganho inferior aos trabalhadores da indústria (fonte: MTb, 1985). Motivo: *empresário comerciante* é expressão que abrange desde o *birosqueiro* até poderosos chefões do comércio atacadista. Estes últimos, por certo, não estão aflitos com a possibilidade de não se aposentarem.

Os trabalhadores autônomos seguem essas pegadas. Em nossa obra *O Trabalhador Autônomo* (Atlas 1982 e 1988), enfatizamos que a massa – isto é, a *maioria absoluta* – dos obreiros independentes era constituída por subempregados, obreiros sem qualificação, eventuais e assemelhados. O acatado DIEESE – quantificou essa brutal realidade..., pois bem, pesquisas são da década de 80; de lá para a atualidade, só fez piorar (*vide* também a publicação do MPAS, contendo estudos e debates do Grupo Tarefa para Reforma da Previdência, realizadas durante o Governo Sarney – edição MPAS, Brasília).

Esse o supedâneo fático da realidade empresarial dos autônomos. As *camadas médias* da população, inclusive advogados, médicos, engenheiros, servidores públicos, especialmente do judiciário, militares, têm perdido renda. O fato é notório, está na imprensa; a TV o mostra etc. Ninguém o nega.

A existência de um longuíssimo prazo trintenário tem o objetivo de procrastinar ou burlar a aposentação. Fica malferido um direito humano fundamental.

A sempre autorizada *Marly A. Cardonne* refere-se ao direito aos benefícios, aplicado pelo Judiciário, como *direito humano*, pois o Brasil se omitiu na ratificação da Convenção nº 102, da OIT, Norma Mínima da Seguridade Social. (in *Arquivos do IBDS Cesarino Jr.*, v. 24, 1966, p.66).

O dispositivo trintenário fere o art. 5º, I, da Constituição de 88. Por isso, é nula a cláusula trintenária, não existe para o direito.

RETROATIVIDADE

A lei somente produz efeitos futuros. Quando possa retroagir deve obedecer ao disposto no artigo 5º da Constituição:

XXXVI – A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada...

Não pode, assim, retroagirem efeitos da lei norma inconfundível com Medida Provisória, decreto e atos de inferior hierarquia – em *desfavor* da pessoa. Amauri Mascaro Nascimento (*O Direito do Trabalho na Constituição*, SP, Saraiva) opta por considerar o *ato jurídico perfeito* como gênero, sendo espécies o *direito adquirido* e a *coisa julgada*.

A situação jurídica consolidada (o ato jurídico perfeito...) não permite modificação posterior, seja por lei e, com maior razão, por ato de inferior hierarquia. Regulamento decretino e/ou ODS, são nesse parâmetro, *são um nada jurídico*.

Os *textos legais*, ainda que produzidos *regularmente* pelo Congresso, se colidem com cláusula pétrea da Constituição, e se tornam inexistentes para o mundo jurídico.

LEI Nº 8.212/91

Pelas razões acima expostas, estamos em que não há regulamentação. E se for baixada, estará eivada do vício da norma superior inválida.

Pelo mesmo raciocínio, alíquotas, bases de cálculo e que tais, não podem retroagir. Os acréscimos, por igual.

A *decadência* não é instituto do direito tributário apenas. Junto com a *omissão* da autoridade pertence ao regime administrativo. Se a autoridade se omite ou deixa de providenciar (lançamento, no caso), deixa de existir o tributo ou a exação (v: *Curso de Direito Administrativo*, Lúcia B. Valle Figueiredo, SP, Malheiros, 2ª ed., p. 142).

A jurisprudência sumulada do ex TFR (nº 106) prevê o período decadencial de cinco anos, com fulcro em decreto de 1932, *ainda vigente*.

Como a notória atividade autônomo do consulente ocorreu entre 1973 e 1980, correram cinco anos. A autoridade, ao exigir para recolhimento de débito alvejado pela decadência, praticou, ainda, o crime de *excesso de exação*, na forma prevista pela inovação legal de 1990 (*deveria saber* que a exigência é ilegal. (v. *Código Penal e sua Interpretação Judicial*, Alberto Silva Franco *et alii* – 5ª ed., SP, RJ, em especial, Rui Stocco, p. 3.042).

SOLUÇÕES

Ante as informações fornecidas no caso e o explanado neste escorso, estamos em que:

- 1) o prazo trintenário especial para autônomo e equiparados fere a *isonomia*, sendo, pois, nulo;
- 2) A lei não pode retroagir para criar gravames, quando há situação jurídica consolidada (ato jurídico perfeito *in gener*, na feliz dicção de *Amauri M. Nascimento*). Os dispositivos legais que retroagem padecem do vício da inconstitucionalidade, sendo *nulos*;

- 3) Regulamentos e *tutti quanti* de nível infralegal em nada sanam as inconstitucionalidades já apontadas;
- 4) Não se pode retroagir com aplicação de novas alíquotas a fatos geradores pretéritos.
- 5) Enfim, no caso em tela, fixe-se dois aspectos:

5.1) operou-se a *decadência* para lançamento de contribuição;

5.2) a autoridade, que deve, *ex officio*, conhecer a regra concernente à *decadência*; ao exigir o pagamento, incide em *excesso de exação*.

Enfim, é despiciente discutir qual fato gerador ou alíquotas quando consumada a *decadência* (período de 1973 a 1980, análise em 1997...).