

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

EMPRESAS ESTATAIS — FUNDO DE GARANTIA — DIRETORES

— Critério de aplicação da Lei n.º 6.919, de 1982, e do Decreto n.º 87.567/82 sobre extensão a diretores não empregados de empresas estatais e fundações públicas do regime do fundo de garantia do tempo de serviço (FGTS).

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Processo n.º 31.447/82

ANEXO X DA ATA Nº 90/82

Relatório e voto do Sr. Ministro Luiz Octavio Gallotti, cujas conclusões foram — por maioria — acolhidas pelo Tribunal, na Sessão Ordinária realizada em 7 de dezembro de 1982, ao dirimir dúvidas suscitadas por “diversas empresas” vinculadas ao Ministério do Interior, sobre o início da vigência da extensão do regime do fundo de garantia do tempo de serviço (FGTS) aos diretores não empregados das empresas estatais. Incluiu-se, neste anexo, o teor da declaração de voto — vencido — apresentada, na forma regimental, pelo Sr. Ministro Ewald Pinheiro (Processo n.º 031.447/82).

Em “nota” ao Sr. Procurador-Geral da Fazenda Nacional, anexada, por cópia, às fls. 24/6, o Sr. Procurador de Assuntos Tributários, com a concordância do Sr. Coordenador de Assuntos Financeiros e Tributários, emite a manifestação de que destaco os tópicos a seguir reproduzidos:

“Entretanto, a fonte do direito é a Lei n.º 6.919/81, porque somente a lei pode obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer

alguma coisa (CF, art. 153, § 2º); por conseguinte, o direito está adquirido na data do início da vigência da lei, estando o decreto competente tão-somente para determinar os procedimentos e formalidades para o exercício do direito (*faculdade de estender o regime do FGTS a diretores não empregados*) — grifo do original às fls. 25.

.....
Em suma, a fonte do direito (*faculdade*) de estender o regime do FGTS aos diretores não empregados é a Lei n.º 6.919/81, sendo a data de sua publicação (início da vigência) o marco temporal de aquisição desse direito; exercido esse direito (*faculdade*), os diretores não empregados deverão receber o mesmo tratamento destinado aos demais beneficiários do FGTS, com as derrogações determinadas pela Lei n.º 6.919/81” (fls. 26).

No esmerado parecer de fls. 27/30, a Sr.ª Diretora da Primeira Divisão da Oitava Inspeção-Geral deste Tribunal, ao referir-se à Lei n.º 6.919/81, tece-lhe atilado comentário:

“Assim, a Lei n.º 6.919/81 não criou o *direito* aos diretores de receberem o bene-

fício do FGTS e nem criou para a entidade o dever de efetuar os depósitos em nome de seus diretores não empregados. Ela apenas *facultou* à entidade a extensão de tais benefícios, não lhe estabelecendo, porquanto, nenhuma obrigatoriedade nesse sentido. Ficou, pois, a critério do administrador, no âmbito da administração empresarial privada, a concessão do benefício” (grifos do original, às fls. 28).

Do Decreto nº 87.567/82, transcreve o parágrafo único do art. 1º, para deduzir:

“8. Parece-nos, portanto, que o recolhimento dos depósitos em favor dos dirigentes de empresas estatais deveria ser efetuado a partir do momento em que a entidade pudesse exercitar a faculdade conferida por lei, ou seja, após a adoção das providências pelos representantes do Poder Público junto a cada empresa” (fls. 28).

Dáí concluir:

“12. Isto posto, parece-nos que se deva conhecer da presente consulta, para dar-lhe a seguinte resposta: a faculdade de extensão do regime do FGTS aos diretores não empregados das empresas estatais tem vigência a partir da data de publicação do Decreto nº 87.567, de 16.9.82 (DOU de 20.9.82). Porém, tal faculdade só poderá ser exercida pelas empresas públicas e as sociedades controladas, direta ou indiretamente, pela União, inclusive sociedades de economia mista, após a manifestação do representante do Governo Federal junto a tais entidades, que deverá tomar as providências necessárias para tal fim, devendo-se iniciar o recolhimento ao Fundo, em favor dos diretores não empregados de cada entidade, a partir da data em que foi exercitada, pela empresa, a faculdade conferida por lei” (fls. 29/30).

Está de acordo o Sr. Inspetor-Geral (fls. 30).

VOTO

Dispôs a Lei nº 6.919, de 2 de junho de 1981:

“Art. 1º As empresas sujeitas ao regime da legislação trabalhista poderão esten-

der a seus diretores não empregados o regime do fundo de garantia do tempo de serviço (FGTS).

.....
§ 3º A aplicação desta lei às empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e autarquias em regime especial que possuem diretores não empregados fica sujeita a normas e diretrizes expedidas pelo Poder Executivo.”

De seu turno, estatuiu o Decreto nº 87.567, de 16 de setembro de 1982:

“Art. 1º Fica estendido o regime do fundo de garantia do tempo de serviço (FGTS) aos diretores não empregados das autarquias em regime especial e das fundações sob supervisão ministerial.

Parágrafo único. Os representantes do Governo Federal junto às empresas públicas e às sociedades controladas, direta ou indiretamente, pela União, inclusive sociedades de economia mista, adotarão as providências necessárias para que essas entidades estendam aos seus diretores o regime de que trata este artigo.”

II

Já em 1969, quando me cabia a honra de exercer o cargo de procurador junto a esta Corte, tive o ensejo de sustentar que a vigência da lei carente de regulamentação só opera a partir da edição do respectivo regulamento.

Vali-me, então, do ensinamento de mestre Vicente Rao:

“218. *Leis bastantes em si e leis não bastantes em si.* Leis existem cuja disposição reveste todos os elementos necessários para a sua entrada em vigor, enquanto outras exigem, para este efeito, a criação de novas regras jurídicas, complementares, suplementares, regulamentares, exigência que ora é expressa, ora tacitamente resulta da natureza ou sentido da disposição.

As primeiras são ditas ‘bastantes em si’ (*self-executing, self-acting, self-enforcing*), as segundas, ‘não bastantes em si’. Estas, antes da entrada em vigor das normas com-

plementares, suplementares, ou regulamentares, não têm vigência, por lhes faltar o elemento necessário a sua atuação” (cf. autor citado, *O Direito e a vida dos direitos*, ed. 1960, p. 343; ed. 1976, São Paulo, *Revista Universitária*, v. I, tomo II, p. 260).

O parecer a que aludo foi acolhido pelo Plenário, ao apreciar-se, em sessão de 8.5.69, o proc. nº 33.488/69, sendo Relator o eminente Ministro Freitas Cavalcanti (cf. *DO* de 11.6.69, p. 4.988/9).

III

Na espécie agora examinada, teria sido até despiciendo invocar essa doutrina, para contrapô-la à alegação de que só na lei residiria a fonte do direito perseguido (fls. 25).

Como bem salientado pela instrução do processo (item 6 de fls. 28), a Lei nº 6.919/81 não criou direito algum em prol do diretor, tampouco obrigação exigível à entidade.

O único dever estabelecido pela lei é o do administrador do Fundo, no sentido de aceitar o produto do depósito que não tinha antes fundamento legal para receber.

IV

Os próprios diretores das empresas privadas, destinatárias em caráter originário e automático da permissão ou faculdade, não são, até hoje, titulares do direito subjetivo de adquirir o benefício.

Não atino, portanto, em como poderiam sê-lo os diretores de estatais, para aquém do decreto que lhes regulamentou esse favor, tornando-o factível.

V

Ante o exposto, acompanhando, no essencial, o pronunciamento da Oitava Inspectoria-Geral de Controle Externo, conheço da Consulta, para dar-lhe a seguinte resposta:

1) a vigência da extensão do regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço aos diretores não empregados das autarquias em regime especial e das fundações sob

supervisão ministerial corre da publicação do Decreto nº 87.567/82 (*Diário Oficial* de 20.9.82);

2) no tocante às empresas públicas, às sociedades de economia mista e outras controladas direta ou indiretamente pela União, os depósitos são cabíveis, a partir da adoção das providências cometidas aos representantes do Governo pelo parágrafo único do art. 1º do citado Decreto nº 87.567, nunca antes da vigência deste e sem recolhimento de atrasados;

3) admite-se a subsistência dos depósitos já realizados, a partir da vigência do mesmo Decreto nº 87.567, *ad referendum* dos mencionados representantes do Governo, uma vez que hajam estes expressamente homologado a providência.

TCU, 7 de dezembro de 1982. *Luiz Octavio Galloti*, Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Data venia do eminente Relator, a quem presto invariavelmente a homenagem do meu apreço e admiração pela sua cultura jurídica, fico vencido e passo a dar as razões por que o faço.

Dispõe a Constituição (art. 81, III) competir privativamente ao Presidente da República “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução”.

Dispositivo idêntico sempre existiu nas Constituições pretéritas do País (Const. de 1946, art. 87, I; Carta de 1937, art. 74, I; Const. de 1934, art. 56, 1º, e de 1891, art. 48, 1º).

A essa atribuição deferida ao Poder Executivo de expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis, é o que se chama de *poder regulamentar* e, em face dele, decorre a seguinte indagação: qual a extensão ou alcance do mesmo?

Recorro à doutrina e nela encontro a esse respeito a opinião de que o decreto que regulamenta a lei não cria, aumenta, reduz ou anula direitos ou obrigações. Ele se contém nos exatos limites da lei, nas

suas estritas fronteiras, sob pena de infringi-la e não prevalecer ou prosperar.

O insigne Carlos Maximiliano, em seus magistrais *Comentários à Constituição de 1946* (volume 2, p. 223/226), assim traça o perfil do poder regulamentar:

“É possível distinguir a lei do regulamento, desde o momento em que se note que a lei tem por objeto declarar o direito, ao passo que o regulamento tem por objeto desenvolvê-lo e adaptá-lo à sua aplicação. Por isso, a atribuição de direitos ou a imposição de obrigações à generalidade dos cidadãos é objeto da exclusiva competência da lei.”

E passa a enunciar o mestre insigne as várias restrições ao poder regulamentar, fundadas em seu próprio magistério e no de Esmein, Marnoco e Sousa, Pimenta Bueno, Ribas, Barbalho, Duguít e outros, quais sejam:

a) não cria ele direitos nem obrigações não estabelecidas implícita ou explicitamente na lei;

b) não amplia, restringe ou modifica direitos, nem obrigações nela definidos;

c) fica inteiramente subordinada à lei. Não faculta, ordena ou proíbe senão o que ela, em termos amplos, facultou, ordenou, ou proibiu;

d) não extingue direitos nem anula obrigações;

e) limita-se a desenvolver os princípios e a completar a dedução da lei, a fim de facilitar o seu cumprimento, não devendo estabelecer princípios novos;

f)

g) não revoga, nem contraria a letra nem o espírito da lei;

h)

i) *suspende ou adia a execução da lei somente quando esta o autoriza explicitamente* (grifei).

Idêntica é a lição de outro emérito jurista, Themístocles Cavalcanti, no seu *Tratado de direito administrativo* (1942, v. 2, p. 261):

“A função regulamentar é tipicamente executiva, por isso mesmo que os regulamentos acham-se subordinados à Lei, cuja execução devem prover.”

E logo adiante, no capítulo 4, ensina (p. 293 e seg.):

“O Poder Executivo, salvo em casos excepcionais, não tem a faculdade de estabelecer normas gerais criadoras de direitos; esta é função do Poder Legislativo, mas a ele compete estabelecer as condições em que a lei deve ser executada e prover a melhor maneira de tornar elevadas as suas determinações.”

E compendia a seguir os excessos que devem ser evitados na elaboração dos regulamentos (p. 294/5):

1º) criar direitos ou obrigações novas, não estabelecidos pela Lei;

2º) ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações;

3º) ordenar ou proibir o que a lei não ordena ou não proíbe;

4º) facultar ou proibir diversamente do que a lei estabelecer;

5º) finalmente, extinguir ou anular direitos ou obrigações.

E invocando Esmein, segundo o qual o regulamento é simplesmente uma prescrição, que tem por fim assegurar a execução da lei, completando-a nos seus detalhes, mas sem poder mudar ou modificar nem o texto, nem o espírito da lei, conclui o saudoso mestre que foi e continua a ser, através de suas obras, pareceres, votos e contribuições jurídicas, um dos vultos mais destacados do nosso mundo do Direito:

“Fora daí não admite a doutrina tradicional o exercício do poder regulamentar.”

Outro não é o entendimento de J. G. Menegale, no seu opulento *Direito administrativo e ciência da administração* (2. ed., p. 83-4), ao afirmar:

“À autoridade administrativa cabe, por consequência, um poder normativo subsidiário do poder normativo da autoridade legislativa (grifei).
.....

Não se cria *direito novo* no regulamento, como explicam Laband e Jellinek para caracterizá-lo em face da lei.

Não há diferença de índole especial entre a lei e o regulamento; a distinção é pura-

mente hierárquica na ordem jurídica — é só de distância em relação à Constituição, para nos valermos da teoria gráfica de Kelsen e Merkl.

.....
A nova declaração de direito, encerrada no ato regulamentar, pode ser infiel à declaração original, mas a infidelidade é fulminada... Em suma, o regulamento é subordinado à lei.”

Na mesma linha de raciocínio, coloca-se o renomado jurista Hely Lopes Meirelles, em seu esplêndido *Direito administrativo brasileiro* (4. ed., p. 100/103), quando se manifesta:

“O poder regulamentar é a faculdade de que dispõem os Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de *explicitar a lei* (grifei) para sua correta execução...
.....

Assim, o regulamento é um complemento da lei naquilo que não é privativo da lei. Entretanto, não se pode confundir *lei e regulamento*.

E para concluir a citação:

As leis que trazem a recomendação de serem regulamentadas, não são exequíveis antes da expedição do decreto regulamentar. Em tal caso, o regulamento opera como condição suspensiva da norma legal, deixando os seus efeitos pendentes até a expedição do ato do Executivo. Mas quando a própria lei fixa o prazo para sua regulamentação, decorrido este sem a publicação do decreto regulamentar, os destinatários da norma jurídica podem invocar utilmente os seus preceitos e auferir todas as vantagens dela decorrentes, desde que possa prescindir do regulamento, porque a omissão do Executivo não tem o condão de invalidar os mandamentos legais do Executivo.”

A Lei nº 6.919, de 2 de junho de 1981, regulamentada pelo Decreto nº 87.567, de 20 de setembro de 1982, estabeleceu, no art. 4º, que entraria em vigor na data da sua publicação. Não condicionou a sua vigência, total ou parcialmente, a expedição de regulamento.

Acontece que a proposta em votação não transfere apenas a vigência da lei para a data da publicação do decreto regulamentador. Quanto às empresas públicas, sociedades de economia mista e outras controladas direta ou indiretamente pela União, entende ela que as contribuições previdenciárias são devidas a partir da adoção das providências deferidas aos representantes do Governo, pelo parágrafo único do Decreto nº 87.567, nunca antes da vigência deste e sem o recolhimento dos atrasados.

Data venia do eminente Relator, a quem reitero a homenagem que lhe prestei no início desta declaração de voto, não posso sufragar esse entendimento, que defere ao arbítrio daquelas empresas e sociedades o começo da vigência da norma jurídica em questão.

A elas, que não participaram da elaboração legislativa, é que cabe dizer *se e quando* a Lei nº 6.919 vai ser executada. Teríamos então uma lei com vigência parcelada ou fracionada, ora aqui, ora ali, ora mais além, em vigor dia após dia, semana após semana, mês após mês, ano após ano.

Nem o legislador dispõe da faculdade de editar normas de tal natureza, que não se harmonizam, conciliam ou compadecem inclusive com a Lei de Introdução ao Código Civil, que estipula que, salvo disposição em contrário, a lei vigora a partir do prazo fixado naquela lei (art. 1º), prazo que não se fragmenta, dilui, secciona, divide ou reparte, sendo único e uniforme para todo o território nacional, conforme estipula o seu art. 6º ao declarar peremptoriamente que a lei em vigor terá *efeito imediato e geral* (grifei), respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Por todas estas razões, conheço da consulta e a respondo, esclarecendo que as contribuições de que trata a Lei nº 6.919/81 são devidas a partir da vigência da mesma, que ocorreu, de acordo com o seu art. 4º, na data de sua publicação oficial.

Sala das Sessões, 7 de dezembro de 1982. *Ewald S. Pinheiro*, Ministro-Relator.