PREVIDÊNCIA SOCIAL
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

ISSN 0104-9607

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO INSS

VOL. 6
N. 3

1999 OUT – DEZ

ARTIGOS, PARECERES, MEMORIAIS,
TESES, PEÇAS PROCESSUAIS,
JURISPRUDÊNCIA.

EXPEDIENTE

Publicação trimestral da Procuradoria Geral do INSS

Editor Responsável
***M**arcos **M**aia **J**únior*

Diretor
***H**élder **A**denias de **S**ouza*

Secretário Editorial
***J**oão **M**. de **L**. **K**uze*

Conselho Editorial

Titulares
Marcos Maia Júnior
Hélder Adenias de Souza
Ivan Ferreira de Souza
Sérgio Luís de C. M. Corrêa
Roberto R. M. Nobre Machado
Indira Ernesto Silva

Suplentes
Ayres Lourenço de Almeida Filho
Adriana Maria de Freitas Tapety
Bruno Mattos e Silva
Cláudio Renato do Canto Farág

Editoração Eletrônica
Assessoria de Comunicação Social/MPAS

Solicitação de registro encaminhada ao INPI pelo Ministério da Previdência e Assistência Social.

Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS
Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO INSS

Volume 6 — Número 3

1999 : OUT / DEZ

Brasília
Janeiro/2000

© 1999 – Ministério da Previdência e Assistência Social

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

Tiragem: 8.000 exemplares

Edição: Procuradoria Geral do INSS
SAS Quadra 2, Bloco "O", 5º andar
Tel.: (061) 226-7449 / 226-0837 / 313-4814
Fax: (061) 313-4740
CEP: 70070-907 – Brasília–DF

e-mail: pgeral@insstelecom.gov.br

Informações: Secretário Editorial
Fone: (061) 313-4814

Distribuição: Assessoria de Comunicação Social/MPAS
Esplanada dos Ministérios, Bloco F, 8º andar
CEP: 70059-900 – Brasília-DF

Impresso no Brasil / *Printed in Brazil*

V. Trimestral

Revista da Procuradoria Geral do INSS

Órgão Oficial da Procuradoria Geral do INSS

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca. Seção de Processos Técnicos – MTE

R454 Revista da Procuradoria Geral do INSS. 1993 – Trimestral. Brasília, MPAS/ INSS, 2000.

188 p.

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

CDD–341.67

SUMÁRIO

EDITORIAL 5

DÍVIDA ATIVA 6

PÁGINA LIVRE 7

ARTIGOS

— ASPECTOS DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO NO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO
★ *José Neri da Silveira* 11

— JURISPRUDÊNCIA
★ *Luiz Vicente Cernicchiaro* 23

— RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO
★ *Joana Carolina Lins Pereira* 25

— IPTU — SISTEMA DE ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS, FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E AUTONOMIA MUNICIPAL
★ *Luiz Claudio Portinho Dias* 40

— A REFORMA DO JUDICIÁRIO E A DEMANDA DE LEGITIMIDADE QUE O QUESTIONA
★ *Láurence Raulino* 45

— A EXIGIBILIDADE DA CONTRIBUIÇÃO DENOMINADA SALÁRIO-EDUCAÇÃO
★ *Rubem Aranovich* 49

— DOS RECURSOS EM MATÉRIA CAUTELAR (LIMINAR) (RECURSOS EM MEDIDAS ACAUTELATÓRIAS)
★ *Reis Friede* 57

— DIREITO PREVIDENCIÁRIO. SENTENÇA SUJEITA A REEXAME NECESSÁRIO. EFICÁCIA MANDAMENTAL. CUMPRIMENTO IMEDIATO. IMPOSSIBILIDADE. MEIOS DE DEFESA E FUNDAMENTOS JURÍDICOS
★ *Hildo Nicolau Peron* 83

— CONSIDERAÇÕES SOBRE A DEFINIÇÃO DE “ERROS DE CÁLCULO” E “INEXATIDÕES MATERIAIS” (ART. 463 DO CPC) NOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO MOVIDOS CONTRA ENTES PÚBLICOS
★ *Nazareno César Moreira Reis* 91

— SIGILO BANCÁRIO: O DIREITO À PRIVACIDADE E A SUA APLICAÇÃO NA COBRANÇA DA DÍVIDA ATIVA DO INSS
★ *Flávio Mondaini* 98

Peças Processuais

— EXECUÇÃO FISCAL. Pedido do INSS, firmado pela Procuradora FERNANDA STEINER SCHOEDER, para ... liberação dos lotes ...; nova avaliação dos imóveis ...; e expedir mandado de reforço de penhora, 120

— Decisão do DR. OSNI CARDOSO FILHO, Juiz Federal da 3ª Vara da Circunscrição de Florianópolis/SC, deferindo pedido do INSS/SC, formulado pela Procuradora Fernanda Steiner Schoeder nos autos de Execução Fiscal. 123

— Sentença do DR. FREDERICO JOSÉ PINTO DE AZEVEDO, Juiz Federal Substituto da 2ª Vara de Pernambuco, julgando improcedente MS da Cooperativa de Serviços e Administração de Créditos – COSAC. 124

Jurisprudência

— Processual Civil. Preparo de recurso no dia seguinte ao do encerramento do expediente bancário. Art. 511/CPC. STJ. 131

— Processual Civil. Preparo de recurso no dia seguinte ao do encerramento do expediente bancário. Arts. 172 e 184, § 1º, II, do CPC. STJ.. 131

— Constitucional. Assistência à saúde. Competência do SUS. O INSS não integra o SUS. TRF. 132

— Processual Civil. Execução Fiscal. Fraude à Execução. STJ 135

— Embargos de Declaração. Equivoco manifesto. Efeitos infringentes. Alteração. Percentual. Auxílio-acidente. Incidência da lei nova. Impossibilidade. STJ 142

— Embargos de divergência. Processual e Previdenciário. Benefício de manutenção. Conversão em URV. Lei 8.880/94. STJ. 144

— Previdenciário. Revisão de Proventos. Inaplicabilidade do INPC. TRF 146

— ADIn n. 2.024-2/DF. Governador do Estado do MS (Reqte.). Congresso Nacional (Reqdo.). Previdência Social. Ocupantes exclusivamente de cargos em comissão/cargo temporário/emprego público. STF — Tribunal Pleno 149

Atos Normativos

— Lei Complementar nº 95, de 26.02.98. Dispõe sobre elaboração, alteração e consolidação das leis, ... e 160

— Decreto nº 2.954, de 29.1.99. Estabelece regras para a redação de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo. 165

Editorial

Estamos publicando na seção *Atos Normativos* o Decreto nº 2.954, de 29 de janeiro de 1999, bem como divulgando mais uma vez a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que "dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, … e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona".

O decreto mencionado foi editado, pelo Senhor Presidente da República. "tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 95, … e considerando a necessidade de controle de juridicidade e legitimidade dos atos normativos, assim como a uniformização dos atos e procedimentos administrativos".

A Administração Pública Federal, com esses diplomas passa a ser detentora de preciosas ferramentas para bem elaborar suas leis e demais atos normativos. Com isso, "a arte de redigir leis" pode ser expressada com base em indicadores técnicos e legais. Só para ilustrar, é de ser dito que o aludido Decreto, ao dispor sobre a Técnica Redacional, afirma que "as disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, …".

A importância da LC nº 95 e do Decreto nº 2.954 na vida administrativa brasileira, em especial na federal, é de tal ordem que não é demais conclamarmos nossos leitores a relerem o Editorial da edição do Vol. 5 / N. 2 desta Revista, onde tivemos a oportunidade de trazer à colação comentários valiosos de tratadistas do tema Técnica Legislativa, como Pinto Ferreira, Vitor Nunes Leal e Driedger, sendo deste último o aconselhamento, feito em seu *A New Approch to Statutory Construction* (29 Com. B. Ver. 838/843, 1951), de que "A redação de projetos de lei deve ter a precisão da engenharia, a minudência e a coerência da arquitetura, pois é a arquitetura da lei."

Que o ano de 2000 se constitua num marco a indicar o início de uma fase na história da administração pública brasileira de respeito e prática irrenunciáveis aos princípios revelados pelos prefalados diplomas legais!

DÍVIDA ATIVA DO INSS. ARRECADAÇÃO. As UFs contribuíram (R$), individualmente, no 4º trimestre de 99 (OUT / NOV / DEZ), com os quantitativos seguintes:

UF	OUT	NOV	DEZ	UF: TT.TRIM.
AC	181.135,94	0.00	197.171,56	378.307,50
AL	324.844,08	332.994,08	374.112,33	1.031.950,49
AM	613.971,53	840.253,94	1.076.995,40	2.531.220,87
BA	3.936.658,37	3.905.191,64	2.487.100,01	10.328.950,02
CE	2.549.619,50	1.652.066,00	1.459.946,81	5.661.632,31
DF	0,00	907.000,00	907.000,00	1.814.000,00
ES	1.158.586,54	1.317.084,50	1.455.272,45	3.930.943,49
GO	2.925.946,35	1.905.597,03	1.789.699,70	6.621.243,08
MA	1.064.889,01	1.182.765,08	1.057.867,58	3.305.521,67
MG	8.419.008,72	11.013.425,78	6.241.519,95	25.673.954,45
MS	1.450.634,00	0,00	1.497.054,00	2.947.688,00
MT	1.646.235,50	1.503.881,78	1.694.688,14	4.844,.805,42
PA	1.056.986,05	537.807,20	536.356,28	2.131.149,53
PB	1.366.906,28	1.106.974,27	1.276.392,01	3.750.272,56
PE	2.465.479,99	100.565,72	6.157.507,88	8.723.553,59
PI	571.851,34	77.359.412,95	38.612.265,17	116.543.529,46
PR	8.387.453,28	17.059.540,61	5.463.607,35	30.910.601,24
RJ	7.240.232,54	7.731.032,95	6.677.171,39	21.648.436,88
RN	1.379.847,77	1.455.367,58	1.430.196,60	4.265.411,95
RO	319.452,93	169.218,83	728.360,77	1.217.032,53
RS	6.659.022,24	9.464.165,27	7.521.378,90	23.644.566,41
SC	4.276.014,64	1.837.293,60	4.027.802,02	10.141.110,26
SE	227.346,20	270.591,92	367.781,06	865.719,18
SP	29.936.838,31	45.665.589,47	12.076.949,62	77.679.377,40
TO	368.979,39	0,00	315.295,51	684.274,90
TOTAIS	**88.527.940,50**	**187.317.820,20**	**105.429.492,49**	**371.275.253,19**

TOTAL ARRECADADO EM 1999 = R$1.307.617.345,13

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. A Anpprev e a LTr Editora, através de convênio, lançaram no mercado editorial INTRODUÇÃO AO DIREITO PREVIDENCIÁRIO. Trata-se de uma ferramenta indispensável aos operários do Direito Previdenciário, forjada por 17 expoentes dessa matéria: Antônio Augusto Catão Alves, Carlos Domingos Mota Coelho, Celecino de Carvalho Filho, Celso Barroso Leite, Cláudia Maria Costin, Eliana Calmon, Geraldo Magela da Cruz Quintão, Gilmar Ferreira Mendes, Lilian Castro de Souza, Luiz Alberto Warat, Marco Maciel, Meire Lúcia Gomes Monteiro, Ricardo Regueira, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Wagner Balera, Wladimir Novaes Filho e Wladimir Novaes Martinez.

MARCOS MAIA É ENTREVISTADO PELO JORNAL ANASPS. O Procurador-Geral do INSS concedeu entrevista ao Jornal Anasps (Ano 6 — nº 39 — Outubro/99) e afirmou, entre outras coisas, que —

— "O Plano de Carreiras dos Procuradores está sendo elaborado pela Secretaria Executiva e pela Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social e em breve deverá ser encaminhado à Casa Civil da Presidência da República".

— "A PROCURADORIA DO INSS é responsável por mais de um milhão e seiscentas mil ações em todo o País. … Por determinação do Ministro Waldeck Ornélas, a principal missão que tenho frente à direção da Procuradoria Geral do INSS é a de informatizar rapidamente os vários setores, principalmente o da cobrança da Dívida Ativa. …".

— "Quando assumi o cargo de Procurador-Geral encontrei vários projetos, alguns em andamento e outros em planejamento. O projeto mais interessante que está em pleno funcionamento é o de acompanhamento dos grandes devedores, nos principais Estados, e a Procuradoria vem atuando em conjunto com a fiscalização, não dando trégua a esses devedores. Eu citaria ainda dois projetos que serão implementados em curto prazo e que seguramente darão bons resultados. Maior acompanhamento e agilização da cobrança das contribuições previdenciárias nas ações trabalhistas e a recuperação e levantamento dos depósitos judiciais em favor da Previdência Social."

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. O Dr. Gilmar Ferreira Mendes é o novo Advogado-Geral da União. Sua nomeação ocorreu (26.1.2000) em decorrência da exoneração do Dr. Geraldo Magela da Cruz Quintão, que assumiu o Ministério da Defesa.

TESTE DE CONHECIMENTOS.

1. Políbio viveu no século II a.C. Grego de nascimento, foi deportado para Roma depois da conquista da Grécia. A Antigüidade clássica, além dos textos de Platão e Aristóteles, nos legou, segundo Norberto Bobbio, uma terceira obra fundamental para a teoria das formas de governo: o Livro VI da História de Políbio.

   Políbio era filósofo ou historiador?

   _____

2. Foi Platão, Aristóteles ou Políbio quem disse, referindo-se à constituição romana, que "Deve-se considerar a constituição de um povo como a causa primordial do êxito ou do insucesso de todas as ações"?

   _____

3. Além da INALIENABILIDADE, IMPENHORABILIDADE e NÃO ONEROSIDADE, qual a outra característica dos bens públicos?

   _____

4. Os bens públicos podem passar da condição de inalienáveis para a de alienáveis?

---

5. Além dos bens de uso comum do povo e dos bens de uso especial, qual é a outra espécie de bens públicos?

---

6. Em qual espécie de bens públicos se enquadram os mares, rios, estradas, ruas e praças?

---

7. Como se chamam os bens públicos que integram o patrimônio da pessoa jurídica de direito público interno?

---

8. Como se chama a doutrinadora de Direito Administrativo que a par da classificação dos bens públicos positivada pelo Código Civil, propõe uma divisão de BENS PÚBLICOS DO DOMÍNIO PÚBLICO DO ESTADO (os de uso comum do povo e os de uso especial) e de BENS PÚBLICOS DO DOMÍNIO PRIVADO DO ESTADO (bens dominicais)?

---

9. Com arrimo no Código Civil, no Decreto nº 22.785, de 31.05.33 — art. 2º —, no Decreto-lei nº 710, de 17.09.38 — art. 12, parágrafo único —, no Decreto-lei nº 9.760, de 05.09.46 — art. 200 — e na Súmula nº 340, do STF, é possível afirmar-se que os bens públicos — seja qual for a classificação — podem ser adquiridos por usucapião?

_____

10. É correto afirmar-se que os bens de domínio das Autarquias seguem a mesma natureza jurídica dos bens das respectivas entidades estatais que as criaram?

_____

NR: **1ª)** As questões foram formuladas pelo Secretário Editorial da Revista, sendo que as 8 últimas o foram com base no "REGIME JURÍDICO DOS BENS PÚBLICOS", artigo de *Flávio Mondaini,* publicado na edição do Vol. 6/N. 2 desta Revista.

2ª) Os leitores que desejarem formular questões devem entrar em contato com o Secretário Editorial — (61) 313.4814.

Respostas às questões formuladas no Teste desta edição (Vol.6/N.3): 1 = Historiador. 2 = Polibio. 3 = Imprescretibilidade. 4 = Poder. 5 = Dominicais. 6 = Uso comum do povo. 7. = Dominicais. 8. = Maria Silvia Zanella Di Prieto. 9. = Não. 10 = Sim.

ASPECTOS DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO NO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

José Néri da Silveira *

SUMÁRIO: — 1. Notas básicas do sistema adotado com a República: primado da Constituição e independência do Poder Judiciário. A força normativa da Constituição: significado. A administração e a legalidade. 2. Independência do Poder Judiciário. Sentido da "judicial review". O Judiciário na República. Atributos incidentais ou inerentes ao Poder Judiciário. 3. Constituição e processo: relação de implicação. 4. O processo como instrumento de ação política estatal e a justiça social. A Fazenda Pública em Juízo e a figura do bem comum. O critério da ação do Poder Público, ainda em Juízo, há de ser, exclusivamente, o do bem comum, inspirado pelos ideais de justiça social. Conseqüências. 5. Importância da jurisdição e a finalidade do processo. 6. Acesso efetivo de todos à jurisdição. Defensoria Pública. Direitos sociais. 7. A Fazenda Pública, como parte, na relação processual e sua representação judicial. A atividade de consultoria jurídica. Funções essenciais à administração da justiça: significado, natureza das funções do advogado público e sua autonomia funcional. Procuraturas constitucionais. A Fazenda Pública e os recursos processuais de natureza extraordinária. 8. Encerramento.

1. A supremacia da Constituição e a independência do Poder Judiciário são notas básicas do sistema americano que nos serviu de modelo com a implantação da República, faz mais de um século.

A consolidação da democracia, das instituições jurídicas e políticas pressupõe a força normativa da Constituição, que a todos há de submeter e para todos os poderes impõe limites. Sendo ela o fundamento e o primado da ordem jurídica e das instituições políticas, não pode ceder seu império a razões de conveniência ditadas pela conjuntura, pela realidade de fatos presentes, por vezes, suscetíveis de rápida transformação, ou por modelos desenhados na concepção ou mesmo na execução de planos de ação político-administrativa, que com a Constituição não guardem conformidade. Decerto, não é cabível visualizar um Estado abstrato e, de forma teórica, longe de realidade social e histórica, no instante em que se cuida de fazer, como é necessário, eficaz a normatividade da Constituição. Nesse sentido, acentuou, admiravelmente, Konrad Hesse, ex-Presidente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha: "Todos os interesses momentâneos — ainda quando realizados — não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância se revela incômoda (*in* "A Força Normativa da Constituição", tradução de Gilmar Ferreira Mendes, ed. Sérgio Antônio Fabris, p. 21).

Não é menos exato também que a adaptação da Lei Fundamental a uma certa realidade não pode suceder, corretamente, sem que se compreenda sua vontade, a qual, definida, há de ser força ativa a orientar as manifestações do Poder, na ação dos principais responsáveis pela aplicação da ordem constitucional, quanto os comportamentos dos cidadãos.

De outra parte, não mais é, hoje, cabível falar-se num inevitável antagonismo entre a Administração e a legalidade. Se a Administração, no seu agir cotidiano, é simultaneamente dominada, como sinala Jean Cruet, pelo cuidado duplo e contraditório de respeitar aos textos legislativos e de obedecer, entretanto, às necessidades naturais de sua função própria, de seu quase incontrolável anseio de expandir-se, — cumpre considerar que, nesta era da evolução jurídica e política do mundo ocidental, integrou-se, definitivamente, a Administração num processo, com inequívocas características de irreversibilidade, segundo o qual a autoridade executiva se submete ao império da lei. Uma autêntica vocação de respeito às instituições legislativas importa estar inserida nos próprios fluxos de atividades do Poder Público, a ponto de tender este, espontaneamente, a fórmulas, expressas ou larvadas, de autolimitação. A racionalização do poder, colimando substituí-lo, enquanto fato metajurídico, pelas regras do direito escrito, é, também, iniludivelmente, fenômeno constante da moderna evolução constitucional. Todo o poder, que se pretenda consolidar, já implica, como condição de sua continuidade, na existência de limites. Foi asseverado por ilustre publicista francês que "todo poder se embebe de direito, no instante mesmo em que instaura nova ordem positiva de direitos". É, assim, que a fisionomia contemporânea do Estado de Direito retrata progressiva influência do processo jurídico nos domínios da Administração Pública. Firma-se, cada vez mais, a convicção de que o ato administrativo não pode, útil e validamente, ser praticado pelo Estado, senão nos limites demarcados pelo complexo normativo, em conformidade com a moral da instituição e no sentido do interesse público. A seu turno, o regime democrático autêntico pressupõe o desempenho do poder sob o signo da responsabilidade.

2. Noutro plano, o postulado da independência do Judiciário manifesta-se, por primeiro, na prerrogativa eminente de que esse Poder está revestido, pela Constituição, para proceder à revisão das leis e dos atos normativos e de governo, diante da Lei Fundamental, anulando-os quando com esta incompatíveis.

Os estudiosos do regime americano, de mais de dois séculos, asseveram que, na virtude que exibe a Constituição de 1787 para dominar crises, reside a sua extraordinária contribuição ao constitucionalismo, cumprindo ver, na "judicial review", a fórmula que acaba por garantir à ordem constitucional a estabilidade dela exigida. Ademais disso, a competência para operar, acerca da lei, a chamada "judicial review", revela manifesto "poder político", porquanto, se este existe no órgão que faz a lei, importa entender, inafastavelmente, estar presente, por igual, no órgão que dispõe de império para declarar-lhe a invalidade. Daí resulta, outrossim, a compreensão de que a função judiciária, segundo esse sistema, não se pode considerar como atividade estritamente jurídica. No controle sobre os atos do Legislativo e do Governo evidencia-se o caráter político de que está investido o Judiciário, no desempenho da competência para proclamar a inconstitucionalidade ou invalidade de tais atos. Ora, essa função política do Judiciário, que, em ditos

limites, se revela, numa democracia, onde consagrado o controle judicial da constitucionalidade das leis e atos do governo, traz, em si, ínsita a nota da independência.

Campos Sales, então Ministro da Justiça do Governo Provisório, em documento histórico do Judiciário brasileiro, que é a Exposição de Motivos ao Generalíssimo Deodoro da Fonseca, propondo a criação e organização da Justiça Federal, (o que se veio a concretizar no Decreto nº 848, de 11/10/1890, depois incorporado, em seus preceitos gerais, na Constituição de 1891), proclamava: "A função do liberalismo do passado (…) foi opor um limite ao poder violento dos reis; o dever do liberalismo na época atual é opor um limite ao poder ilimitado dos parlamentares. Essa missão histórica incumbe, sem dúvida, ao Poder Judiciário, tal como o arquitetam poucos povos contemporâneos e se acha consagrado no presente decreto". E, adiante, anotava: "A magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do poder legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica". Noutro passo, asseverou: "Aí está posta a profunda diversidade de índole que existe entre o poder judiciário, tal como se achava instituído no regime decaído, e aquele que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esfera da sua autoridade para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando, ao mesmo tempo, o livre exercício dos direitos do cidadão. É por isso que na grande União Americana com razão se considera o poder judiciário como a pedra angular do edifício federal e o único capaz de defender com eficácia a liberdade, a autonomia individual. Ao influxo de sua real soberania desfazem-se os erros legislativos e são entregues à austeridade da lei os crimes dos depositários do Poder Executivo."

Nesse sentido, SEABRA FAGUNDES, em conferência pronunciada em 1952, analisando o Judiciário, na República, anotou:

> "Vínhamos, em 1891, do Império, onde a Justiça não tinha nenhuma expressão política. Era um poder que se limitava a dirimir as controvérsias do direito privado, de modo que os atos da Administração Pública escapavam, por inteiro, ao seu controle. E, de chofre, pela instituição da República, o Poder Judiciário foi elevado a plano de excepcional importância na vida política do país. Atribuiu-se, ao lado da função que já era sua, de mero dirimidor das questões de ordem privada, uma outra, de maior importância: a de guardar os direitos individuais contra as infrações decorrentes de atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, inclusive e notadamente quando esses atos afetassem textos constitucionais. Isto eqüivalia, de certo modo, a fazê-lo fiador da seriedade mesma do regime como construção política, pois ao declarar a prevalência da Lei Suprema em face de atos legislativos ou administrativos que a afetavam, o que fazia o Judiciário era preservar as próprias instituições republicanas, pela contenção dos demais poderes nas suas órbitas

estritas de ação e pela garantia ao indivíduo da sobrevivência dos seus direitos, fossem quais fossem as prevenções contra eles armadas."

No Brasil, dessa maneira, a manifestação do Judiciário, como poder político, pelo controle dos atos do Legislativo e do Executivo, ou como entre os autores americanos se denomina essa técnica de controle, "judicial control" (CHARLES BEARD) ou "judicial review" (EDWARD CORWIN), conforme descrita por MARSHALL, em 1803, em MARBURY versus MADISON, esse aspecto da independência institucional do Judiciário é, sem dúvida, obra da República, seguindo-se, no particular, também, a inspiração da célebre fórmula — "beyond all reasonable doubt" (acima de toda a dúvida razoável), como condição para declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato executivo.

Em tal sentido, os atributos incidentais ou inerentes ao Poder Judiciário, nessa linha institucional, que, entre nós, se instalou com a República, são assim anotados por EDWARD S. CORWIN, *verbis*: "Um deles é a faculdade de interpretar o direito em vigor, seja a Constituição, quer as leis do Congresso ou os precedentes judiciais, com uma autoridade que obriga, constitucionalmente, ambos os ramos do Governo". Noutro passo, acrescenta: "Intimamente ligado a esse atributo do poder judiciário existe outro, o de proferir 'decisões finais'. Quando se confia a um tribunal dos Estados Unidos a determinação de uma questão, seja de direito ou de fato, sua decisão só pode ser revista, constitucionalmente, por um tribunal de instância superior, e não pelos outros dois ramos do Governo ou pelos seus órgãos (*in* "A CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA E SEU SIGNIFICADO ATUAL, tradução de Lêda Boechat Rodrigues, p. 162/165). COOLEY, à sua vez, anotou: "Os diversos departamentos governamentais são iguais em dignidade e em autoridade que é coordenada, não podendo nenhum deles submeter o outro a sua jurisdição, nem a privar de qualquer porção de seu poder constitucional. Mas o poder judiciário é autoridade suprema na interpretação da Constituição e na interpretação das leis e as suas interpretações devem ser aceitas e observadas pelos outros departamentos". Não cabe, diante da decisão judicial definitiva, opção dos que lhe são destinatários, — quer se cuide de particulares, quer de detentores de poder, — no sentido do acatamento, ou não, do julgado. Por sua natureza, o que se contém na sentença judicial, desde que esta se torne irrecorrível, no âmbito do Poder Judiciário, constitui, na ordem democrática, comando incontrastável, tornando-se, pois, fora de propósito, qualquer indagação ou perplexidade sobre se a autoridade executiva ou legislativa ou o particular por mais poderoso seja cumprirá a decisão judicial.

3. De outro lado, não é admissível pensar em uma ordem constitucional democrática sem ter presente o processo, na medida em que tal instrumento é indispensável à administração e realização da justiça, à busca da verdade nos conflitos de interesses, bem assim enquanto meio de efetiva garantia da liberdade, da defesa dos direitos violados ou ameaçados e, ainda, de ação política estatal. De igual modo, não é cabível visualizar o processo, senão a partir das linhas fundamentais que o ordenamento constitucional lhe confere, da conformação que o Estatuto Maior empresta a seus institutos básicos e ao respectivo funcionamento. Como anotou HABSCHEID, "Os sistemas políticos se refletem na norma constitucional e têm um efeito direto sobre as bases do direito processual" (*in* "As bases do direito

processual civil, nº 1, esp. p. 119). Na esteira desse pensamento, escreve CÂNDIDO DINAMARCO: "O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de cultuar. Os princípios que ela inclui não podem ter no presente a mesma extensão e significado de outros tempos e regimes políticos, apesar de eventualmente inalterada a formulação verbal. O que há de perene nos princípios é a idéia-mestra que cada um contém; e eles são sujeitos a variações histórico-culturais e políticas no tempo e no espaço, no tocante à sua extensão e à interpretação que merecem dentro de cada sistema constitucional" (*apud* A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO, 2ª ed., p. 32/33). Noutro passo, observa o ilustre mestre paulista: "O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamadas; ele é, por assim dizer, o microcosmos democrático do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade" (op. cit., p. 26).

4. Nos dias em curso, o processo, em realidade, na condição também de eficaz instrumento de ação política estatal, não pode deixar de receber o influxo do universal reclamo de justiça social, que é a tônica de nossa época, e se põe entre os objetivos fundamentais da República, ao pretender "construir uma sociedade livre, justa e solidária", afirmando "a dignidade da pessoa humana" (Constituição, arts. 2º, III, e 3º, I). A existência de instrumentos, que tornem reais — e não meramente simbólicos — os direitos do cidadão comum, é imperativo de um Estado Democrático de Direito, tal como o concebe a Constituição de 1988.

Essa assertiva merece particular consideração quando se verifica a posição da Fazenda Pública em Juízo. Com efeito, conquanto, tecnicamente, se deva ter como reduzida, na batalha judicial, à condição de simples parte a entidade de direito público, submetida aos efeitos das decisões favoráveis ou contrárias, inequívoco se torna, porém, que as exigências do bem comum, que lhe incumbem imediatamente promover, hão de emprestar sempre a seus atos conteúdo e destinação transcendentes ao simples interesse de particular litigante na ordem civil, situando-os, em princípio, numa perspectiva do interesse público, pois, como magnificamente ensinou o saudoso professor gaúcho, Ruy Cirne Lima, "o fim — e não a vontade — domina todas as formas de administração". Refletindo-se, assim, nessa liça judiciária, de forma preponderante, as relações de tensão permanente entre o Estado e o particular, entre o poder e a liberdade, a figura do bem comum exsurge, aí, de maneira imediata e ostensiva, e não apenas por forma mediata, consoante sucede, de ordinário, nas contendas entre particulares. Se, de um lado, é de asseverar não ser possível o florescimento da vida democrática, sem a garantia dos direitos dos cidadãos contra o Estado, de outra parte, profunda meditação e grave responsabilidade se propõem, no instante em que, dentre outros, com a aplicação da lei, pelo Judiciário, têm suspensa a eficácia ou são anulados atos praticados pelas autoridades executivas, de largo alcance, numa visão do bem comum. Também imenso cuidado se impõe, na mesma perspectiva, em relação aos desamparados da fortuna, que são tão numerosos a pleitear direitos, previdenciários ou de qualquer outra espécie, inclusive, de natureza trabalhista, para que não ocorra, em virtude de sua desproteção econômica, lesão ao princípio

da efetiva igualdade no processo, entre as partes, ao longo da luta judiciária que travem com as entidades de direito público.

Crescem de ponto observações, neste domínio judiciário, quando se visualiza a utilização de recursos processuais pelas entidades públicas ou mesmo a sujeição da sentença ao duplo grau de jurisdição. Não é possível, numa ordem de justiça social, imponha o Estado, ao indivíduo que lhe pede, com inteira razão, prestações de natureza alimentar, o sacrifício de aguardar largo tempo pelo julgamento de medidas processuais ou de recursos interpostos, por vezes, apenas, no cumprimento, pelo representante da Fazenda Pública, de mero dever de ofício, eis que as decisões recorridas, acerca de questão de direito, estão baseadas em pacífica jurisprudência dos Tribunais Superiores e assim sem qualquer viabilidade de lograrem êxito os apelos. A formulação do juízo de conveniência para interposição de recursos pela Fazenda Pública, no embate judiciário com particulares, a respeito de determinadas matérias, não se pode sujeitar a critérios idênticos aos dos indivíduos, quando entre si ligitam. É que o critério da ação do Poder Público, ainda em Juízo, há de ser, exclusivamente, o do bem comum, inspirado pelos ideais de justiça social. Da mesma forma, o princípio legal da submissão da sentença desfavorável à Fazenda Pública ao obrigatório duplo grau de jurisdição não mais se justifica, com a amplitude vigorante, especialmente, quanto a certas questões e também em função do valor da causa. Em realidade, o patrocínio dos litígios das entidades públicas, efetuado por procuradores ilustrados, tem condições, hoje, de produzir, de forma geral, trabalho eficiente, lúcido e vigilante. Nada justifica, pois, a esta altura, se congestionem pautas de julgamento dos tribunais, máxime federais, com o exclusivo reexame de sentenças que deram, *ad exempla*, pela improcedência de execuções fiscais relativas a tributos, contribuições e multas por infrações administrativas ou disciplinares, de pequeno valor, em que o acerto da decisão foi, desde logo, admitido pelo defensor da Fazenda Pública, em não manifestando recurso. Permanecem, penhorados, entretanto, até se reapreciem esses feitos, em reexame de ofício, longo tempo já fluído, os bens, inclusive móveis, que, não raro, se deterioram em depósitos públicos, com inequívoco gravame injusto aos executados indevidamente. Por igual, não tenho como admissível, nas demandas em que se postulam prestações de natureza alimentar, de pequeno valor, subam os autos a Corte de recursos, apenas, porque sujeita a sentença contrária à Fazenda Pública, ao duplo grau obrigatório de jurisdição, quando a justiça do decisório convence o legítimo representante da entidade pública. Em matéria trabalhista, é necessário se autorizem os que representam a pessoa administrativa reclamada a transigir, ainda que para tanto pré-fixados limites, em função do valor da causa, possibilitando-se, dessa sorte, conforme é da essência do procedimento trabalhista, o acordo para pôr fim imediatamente ao litígio, com a entrega do que devido ao reclamante, cujo contrato de trabalho com a entidade pública se rescindiu. Atualmente, sobem à Corte competente de segundo grau, em números significativos, tais reclamações, em alta percentagem, tão-só, por força do reexame de ofício, amargando, desprotegidos da fortuna, o não recebimento do que lhes cabe por justiça e possui caráter alimentar, com a natural demora dos julgamentos, cujos resultados, de outra parte, na maioria dos casos, em nada favorecem às entidades públicas que ainda arcam com o ônus da correção monetária e juros de mora.

5. De outra parte, tornada predominante a concepção publicística do processo, não apenas cresceu de ponto a importância da jurisdição no quadro das funções do Estado, alçada à eminência de prerrogativa da soberania nacional, como a finalidade do processo deixou de ser a mera proteção dos direitos subjetivos e do interesse exclusivo dos litigantes, passando a garantir ou a atuar o direito objetivo, o que se afirma de interesse do Estado e não apenas dos particulares.

Nessa linha do pensamento político, recolhido pelo constitucionalismo pátrio e expresso na independência institucional e funcional do Judiciário, como Poder do Estado, aumentaram as atribuições do juiz, na cena judiciária, que deixou de ser espectador quase inerte da batalha judicial, cabendo-lhe, ao contrário, impulsionar o andamento das causas, determinar provas, reprimir a má conduta das partes, conhecer, ex-officio, de circunstâncias, até então dependentes de alegação do interessado. E nada parece, todavia, ter ocorrido, em prejuízo da imparcialidade do magistrado, como se supunha na quadra em que exacerbado individualismo reduzia a limites estreitos a área de atividade do juiz. Cumpre, nesse sentido, antes de tudo, ter presente que o que bem interessa é a verdade na decisão final. Na condução do processo, contribui, desse modo, o magistrado para que, da atuação do direito objetivo, ocorra, quanto possível, a realização efetiva da justiça, no desate das controvérsias. Não é possível, ademais, deixar, aqui, de ter presente esta lição de ADA PELLEGRINI GRINOVER, em seu "Processo Constitucional em marcha", p. 8, item 2:

> "Desse modo, as garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se, de garantias exclusivas das partes em garantias da jurisdição, e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente".

6. Noutra perspectiva, não é possível, por igual, pensar em uma ordem democrática, sob a égide da justiça social, sem assegurar a tutela jurisdicional a todos os cidadãos, afastada qualquer discriminação, notadamente, de fortuna. A garantia, em concreto, do acesso efetivo à jurisdição, por todos, como contemplada no art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, para defesa de seus direitos e da liberdade, quando violados ou ameaçados, constitui, de tal sorte, postulado central dessa ordem, que aos Poderes do Estado cumpre diligenciar na plena consecução. Assume, no particular, por isso mesmo, especial relevo a norma do inciso LXXIV do art. 5º, da Constituição, ao estipular que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos", o que se completa com o art. 134 e parágrafo único, da Lei Magna de 1988, quando prevêem a Defensoria Pública como "instituição essencial à função jurisdicional do Estado", incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados,

na forma do art. 5º, LXXIV", e sua organização "em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais".

Acerca desse tema, MAURO CAPPELLETTI anota que o acesso à justiça pode, hoje, ser encarado como o requisito fundamental — "o mais básico dos direitos humanos" — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos" (*in* "ACESSO À JUSTIÇA", 1978, MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, tradução de Ellen Gracie Northfleet, p. 12).

Em verdade, superada está a época em que o direito ao acesso à proteção judicial significava, essencialmente, o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma demanda, não constituindo preocupação do Estado, neste plano, afastar a "pobreza no sentido legal" — a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a Justiça e suas instituições. Nessa linha, observa MAURO CAPPELLETTI: "A justiça, como outros bens, no sistema do laissez faire, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo, à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva" (op. cit., p. 9). À medida, entretanto, em que a visão individualista dos direitos, refletida nas "declarações de direitos", dos séculos XVIII e XIX, foi se modificando, com o movimento no sentido de se reconhecerem, também, os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos, assegurando-se, nas modernas constituições, entre outros, os direitos ao trabalho, à saúde, à previdência social, à assistência social, à segurança material e à educação, — o direito ao acesso efetivo à justiça vem logrando particular atenção, como de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua concreta reivindicação.

7. De outra parte, no que concerne à Fazenda Pública, institucionalizaram-se, em nível constitucional, as atividades de representação judicial e consultoria jurídica da União Federal, dos Estados e do Distrito Federal (Constituição, arts. 131 e 132; ADCT, art. 69). Conferiu-se distinto relevo, na ordem vigente, aos órgãos dessa representação, cumprindo sua execução se faça por servidores integrantes de carreiras que hão de possuir o nível de agentes do Estado, cujo ingresso nas classes iniciais ocorra, mediante concurso público de provas e títulos. Previu, à sua vez, o § 3º do art. 20, da Lei Complementar nº 73/1993, ao dispor sobre a organização da Advocacia-Geral da União, e diante da regra do art. 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988, que as Procuradorias e Departamentos Jurídicos das autarquias e fundações públicas federais são órgãos àquela vinculados.

Não obstante a integração da Advocacia-Geral da União e das Procuradorias dos Estados e Distrito Federal no âmbito do Poder Executivo, sujeitos seus órgãos e agentes aos graus de hierarquia em lei consignados, de acordo com a organização administrativa de cada uma dessas entidades federadas, certo é que se qualificam

tais atividades entre as "funções essenciais à administração da justiça", ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem assim da advocacia enquanto profissão liberal, não as enquadrando a Constituição, no Título III — "Da Organização do Estado", Capítulo VII, sobre "Administração Pública, mas, sim, no Título IV — "Da Organização dos Poderes", Capítulo IV, logo após a disciplina, nos primeiros Capítulos, acerca dos três Poderes. Em razão disso, como agente do Estado de Direito e com ele intimamente comprometido, desde sua investidura, as funções do advogado público são inconfundíveis com as de "procurador do governante", não lhe sendo lícito agir consoante conveniências pessoais de quem quer que seja, desde logo, em homenagem aos princípios da impessoalidade e moralidade a que obedecerá a administração pública, de acordo com o art. 37 da Constituição. Nessa linha, assinalou, com propriedade, a ilustrada professora Carmen Lúcia Antunes Rocha: "o advogado público é sempre um fiscalizador da aplicação do Direito, não podendo acolher o que eventual administrador quer, mas o que o Direito determina, em cumprimento estrito ao princípio constitucional da juridicidade" (*in* Anais da XVI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, p. 123).

A natureza das funções do advogado público vem ensejando, entretanto, reflexões em várias perspectivas.

Num sentido, afirma-se que o sistema constitucional lhe garante autonomia funcional. Derly Barreto e Silva Filho, acerca "das funções essenciais à justiça", destacadas dos Poderes do Estado pelo texto fundamental, observa que assim a Carta Política "objetivou criar outras instâncias de controle de adequação formal e material do ato administrativo (ou do projeto de ato) dos ditames da legalidade, legitimidade e licitude, instâncias essas funcionalmente desvinculadas das referidas esferas do Poder Público". E acrescenta: "A plenitude, a eficácia e a própria efetividade dessa atividade exercida pelos advogados públicos dependem da liberdade, da independência e da autonomia de que eles gozem". "Em vista disso", conclui: "parece válida a assertiva: ou o advogado público, no seu mister, possui autonomia funcional ou a função que ele exerce não é essencial à justiça" (*in* Rev. de Informação Legislativa, 1998, nº 140, p. 71, *apud* "O controle da legalidade diante da remoção e da inamovibilidade dos advogados públicos").

O professor Josaphat Marinho, a esse respeito, anotou: "Como o advogado particular, o advogado representante do Estado, de órgão público, propriamente dito, ou de instituição assemelhada, deve ser independente — e não simples mandatário da vontade do poder dirigente —, para resguardar as prerrogativas profissionais e da classe, consoante estipulado no diploma estatutário (Lei nº 2415, art. 87, VII). Vale dizer que também não lhe cabe cumprir ordem, mas oficiar nos processos judiciais ou administrativos, com autonomia de deliberação, respeitado o direito ou o interesse sob sua guarda profissional. A medida de sua atuação encontra-se na lei e no amparo do patrimônio ou do interesse público, e não no arbítrio ou no preconceito dos agentes da Administração" (*in* Advocacia Pública, Rev. da Procuradoria Geral do Estado, São Paulo, vol. 21, p. 14-15, dez. 1983).

Acerca do tratamento dispensado, pelo constituinte de 1988, às denominadas "funções essenciais à Justiça", o ilustre Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em ensaio de merecimento científico, publicado em 1991, em sua obra "Constituição e Revisão — Temas de Direitos Políticos e Constitucionais", ed. Forense, p. 242/243, anota:

"Embora não se constituam essas funções tratadas no Capítulo IV, do Título IV, da Constituição, num "quarto Poder", não obstante a opinião dos que assim o entendem, é inegável que o *status* constitucional guarda a mesma dignidade dos demais, aplicando-se-lhes, por compreensão, a regra da independência e da harmonia, expressa no art. 2º, em tudo o que couber, dadas as idiossincrasias das quatro diferentes funções disciplinadas naquele capítulo.

Observe-se, porém, que não se trata de *funções auxiliares*, mas de funções essenciais, vale dizer, tão imprescindíveis quanto as demais reguladas no mesmo Título IV, da *Organização dos Poderes*.

Essa essencialidade à Justiça, ressalte-se, não se deve entender que seja referente apenas à ação do Poder Judiciário, ou seja, à "Justiça" no estrito sentido orgânico, referida especificamente à função jurisdicional do Estado, mas, na verdade, estendida à ação de todos os Poderes do Estado, enquanto digam respeito à legalidade e à legitimidade. Está entendida a "Justiça", portanto, no seu sentido mais amplo, como a finalidade última do Estado Democrático de Direito, sem nenhum qualificativo parcializante que possa restringir o âmbito de atuação da advocacia geral dos interesses constitucionalmente garantidos.

A essencialidade deve entender-se, assim, como dirigida à totalidade das instituições que atuam no Estado, tanto as propriamente estatais quanto às de vigência na sociedade."

Noutro passo, acrescenta:

"Como se verá a seguir, no cerne dessas funções essenciais à Justiça, está a defesa intransigente das múltiplas variedades de interesses que o homem desenvolve individual ou coletivamente, dentro ou fora do Estado, mas que necessitam e necessitarão sempre de proteção: do Estado, pelo Estado, para o Estado e até contra o Estado. São, em conseqüência, tipos variados de ministérios da advocacia dos interesses."

A Lei Magna regula, nas três Seções do Capítulo IV em referência, o que se tem denominado de **procuraturas constitucionais**, como em outro magnífico trabalho as examinou o ilustre Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, considerando as categorias de interesses defendidos e a constitucionalização dos órgãos para sua atuação. Anota, nesse sentido, que cada uma de tais procuraturas exerce "atribuições consultivas e postulatórias, todas bem definidas nos arts. 127, 129, 131, 132, 133 e 134, da Constituição". E acrescenta: "O primeiro conjunto de interesses abrange, basicamente, dois importantes subconjuntos: os interesses difusos da defesa da ordem jurídica e do regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput, da Constituição), detalhados em rol de funções (art. 129 da CF), em relação aberta, pois pode ser acrescida de outras funções desde que compatíveis com a finalidade institucional (art. 129, IX). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a advocacia da sociedade, e a procuratura que a tem a seu cargo é o Ministério Público, em seus ramos federais, distrital federal e estaduais. O segundo conjunto de interesses são os interesses públicos, assim entendidos os estabelecidos em lei e cometidos ao

Estado, em seus desdobramentos políticos (União, Estado e Distrito Federal). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a advocacia de Estado (art. 131, para a União, e 132, para os Estados e Distrito Federal) e as procuraturas que a têm a seu cargo são a Advocacia Geral da União (órgão coletivo) e os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (órgãos singulares). O terceiro conjunto de interesses são individuais, coletivos e até difusos, mas todos qualificados pela insuficiência de recursos daqueles que devam ou queiram defendê-los: são os interesses dos necessitados (art. 5º, LXXIV, da Constituição). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a advocacia dos necessitados e a procuratura que a tem a seu cargo é a Defensoria Pública, federal, distrital e estadual (art. 134, da C.F.)" (*in* Rev. da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vol. 36, p. 24).

A partir dessas considerações, em torno da posição dos titulares da representação judicial e extrajudicial da Fazenda Pública, como exercentes de funções essenciais à Justiça, não é possível deixar de ter presente, como antes se anotou, que o critério da ação do Poder Público e de seus agentes, ainda quando em juízo, há de ser, exclusivamente, o do bem comum, inspirado nos ideais da justiça social. Ora, a prestação jurisdicional célere põe-se entre as coordenadas do bem comum que ao Estado importa realizar. De outra parte, pelo princípio da harmonia entre os Poderes do Estado, um espírito de superior compreensão entre o Executivo e o Judiciário deve ao primeiro impulsionar, em ordem a que a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, acerca de questões do interesse imediato da Administração, seja por esta, por intermédio de seus órgãos competentes de consulta jurídica e de representação judicial, também seguida e observada. Nessa linha, ad exemplum, não há admitir, em face dos interesses superiores da justiça social, determinações administrativas no sentido de os defensores da Fazenda Pública interporem recurso especial ou recurso extraordinário, ou ambos, em todos os casos de decisões desfavoráveis dos Tribunais locais. Assegurado o duplo grau de jurisdição, com os recursos voluntários interponíveis, compreendo nada justifica que órgãos centrais de consulta ou assessoramento jurídico de sistemas, ou diretivos, no plano da Administração, centralizada ou descentralizada, deixem de ter em conta a jurisprudência assente, por vezes, em súmulas ou decisões iterativas e conhecidas do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunais Superiores, para aconselhar ou determinar, não obstante isso, se interponham recursos, de natureza extraordinária, com manifesto caráter protelatório da entrega do quantum devido ao particular, compelido a litigar com a Fazenda Pública. É que, consoante acima observei, a formulação do juízo de conveniência sobre a interposição de recursos pela Fazenda Pública, atento aos interesses maiores do bem comum, no embate judiciário com particulares, a respeito de certas matérias, notadamente daquelas de natureza alimentar ou previdenciária, não se pode sujeitar a critérios idênticos aos dos indivíduos, quando entre si litigam.

Releva, ainda, no ponto, considerar que esses recursos, assim interpostos, sobrecarregam, inutilmente, em desserviço à administração da justiça a todos, as pautas das Cortes Superiores, que hão de julgar, com total perda de tempo, matérias que as Fazendas Públicas lhes submetem, em recursos desnecessários e imprestáveis, resultando, por vezes, ainda, pesados acréscimos aos erários, em virtude de correção monetária e juros.

Postas a Advocacia-Geral da União e as Procuradorias dos Estados, em nível constitucional, como exercentes de funções essenciais à Justiça, certo está, também, esse aspecto deve ser objeto de profunda reflexão dos responsáveis pela defesa das Fazendas Públicas. Os interesses maiores da celeridade na prestação jurisdicional; do patrocínio das causas atento aos ideais do bem comum que ao Estado impende realizar, em quaisquer circunstâncias; da conveniência de não tardar o Estado mais do que o necessário na entrega do devido aos cidadãos ou a seus servidores, tudo isso compõe aspectos do universo de valores que o Estado-litigante não pode desconsiderar na formulação de seus juízos de conveniência e ação, quando se põe em relação processual. Ao conferir a Constituição a condição de função essencial à Justiça às atividades de representação judicial e de consultoria jurídica, cumpre daí extrair conseqüências de profundo sentido, também no plano da administração da justiça, notadamente em face da notória expressão dos feitos das Fazendas Públicas nos fantásticos números das estatísticas judiciais de nossos dias.

8. Tais as rápidas notas que quero aqui deixar, na abertura deste evento da maior importância para os círculos jurídicos do país — O VII Congresso Nacional dos Procuradores da Previdência Social — quando também, por certo, os problemas da previdência social estarão em debate, por intermédio de juristas e técnicos especializados nesses temas da maior atualidade e do superior interesse da Nação, como são os ilustres Procuradores da Previdência Social. Conforme registrou, de forma precisa, L.G. do Nascimento e Silva, "a previdência social, além de ter por base a justiça social, é informada por uma doutrina e uma técnica que a tornam sobremaneira específica, representando um campo de conhecimento humano no qual só se movimentarão com desembaraço aqueles que houverem estudado a fundo as suas premissas" (*in* 'A Previdência Social e o Novo Papel do Estado, *apud* Revista LTr, ano 43, p. 7 e ss.).

Agradecendo, ainda uma vez, a amabilidade do convite honroso, a todos desejo pleno sucesso neste magnífico conclave. Muito obrigado.

Palestra proferida, em Canela, RS., a 25.10.1999, na abertura do VII Congresso Nacional dos Procuradores da Previdência Social.

---

* Ministro do Supremo Tribunal Federal.

❖ ❖ ❖

JURISPRUDÊNCIA

***L**uiz **V**icente **C**ernicchiaro **

A interpretação jurídica recorre a várias fontes para extrair o significado de norma. A Escola da Exegese, pelas razões políticas que a impulsionaram, conferiu especial importância aos trabalhos legislativos; com isso, buscava captar a vontade do legislador. Em contrapartida, a fim de manter-se a pureza da separação dos poderes, encarou com desconfiança a interpretação judicial. Aliás, Rousseau sintetizou a orientação com as seguintes palavras: "Le juge est la bouche de la loi". O magistrado, então, deveria ater-se ao comando legislativo. Caso contrário, acrescentou, criaria outra norma, invadindo, sem legitimidade, a elaboração da lei em sentido formal. Influência dessa colocação encontra-se, não obstante mais aberta, na Lei de Introdução do Código Civil, cujo art. 4º relaciona o procedimento a ser tomado pelo juiz, quando a lei for omissa. Com isso, o Judiciário é posto em colocação secundária (**in** "Jurisprudência II", procuro evidenciar a impropriedade dessa indicação). Justifica-se apenas no quadrante de "interpretação formal". Perde, entretanto, a razão de ser quando se busca ajustar a lei ao Direito. Os tratados de Direito Penal, projetando, aliás, os livros clássicos de Filosofia e de Teoria Geral do Direito, explicam que a jurisprudência não é obrigatória, não vincula o juiz, dado resultar do conjunto de decisões e cada processo com suas características. Quando muito, acrescentam, atua como sugestão para o magistrado. Não teria, pois efeito vinculante. Quanto a essa particularidade (válida para todas as áreas dogmáticas), o eminente ministro Sepúlveda Pertence, no exercício da presidência do Supremo Tribunal Federal, lançou a idéia da Súmula Vinculante. Sempre enfatizou, não traduziu idéia de impedir a criatividade do juiz, nem impor a ditadura dos tribunais. Em visando a acelerar os julgamentos, nos casos repetitivos, impunha-se fixar entendimento a ser obedecido pelas instâncias inferiores. A reação, como é notório, de modo geral, não encontrou o respaldo dos magistrados, ao fundamento de afetar a independência do julgamento. A polêmica está posta e, certamente, ganhará novas manchetes no amplo e penoso debate a respeito da reforma do Poder Judiciário.

Certo, indiscutível, a decisão proferida no litígio entre *A* e *B* não vincula o julgamento do processo que envolva *C* e *D*. (Não confundir vinculação com inspiração, orientação para outro processo).

Essa conclusão, entretanto, deve ser repensada em Direito Penal. Sabe-se, nesse setor jurídico, por força constitucional, impera o princípio da retroatividade benéfica. Lei posterior ao fato, se de qualquer modo favorecer o réu, configura exceção ao princípio da *lex posterius.* Aplicar-se-á sempre, incondicionalmente.

Imagine-se a seguinte hipótese: *A* e *B* são denunciados como participantes do crime X. *A*, citado pessoalmente; *B*, por edital; porque *A* estava preso, houve desmembramento da ação, correndo, pois, dois processos. *A* é condenado; não obstante esgotar todos os recursos, não consegue modificar a sentença. *B*, também, condenado posteriormente. Num dos recursos, porque a composição do tribunal mudara, passou a interpretar a lei de modo diverso (mais favorável ao réu). É, então, absolvido, ou tem amenizada sua situação.

Coloca-se, agora, esta indagação: *A* poderá invocar o acórdão relativo ao processo de *B*?

Urge deixar de lado o conceito meramente formal de jurisprudência (simples soma de decisões judiciais) e entendê-la materialmente, ou seja, conforme o conteúdo do julgado.

O tribunal, quando interpreta a lei **a**, confere-lhe o entendimento **x**; no momento em que muda o significado, atribui-lhe o sentido de **y**. A lei, então, apesar de inalterada na expressão material, passa a expressar outro significado. Se mais favorável ao delinqüente, indiscutível, deve ser aplicada retroativamente. Insista-se, e aqui reside particular importância, a lei continua (formalmente) a mesma. Ideologicamente, contudo, evidencia outra expressão. Em se tornando mais favorável ao réu (ou condenado), cumpre incidir, imediatamente. Quando a Carta Política enuncia o comando atrás mencionado, evidente, não pensa a lei na sua estrutura gramatical. Evidente, como a luz do dia, importa o significado. Não há lei sem significado!

Em face disso, impõem-se aplicar o entendimento histórico hodierno às relações jurídico-penais regidas pela respectiva lei.

Os tribunais, notadamente o Supremo Tribunal Federal, quanto à Constituição da República, e o Superior Tribunal de Justiça, relativamente à legislação infra-inconstitucional, ao firmar entendimento, dizem o Direito. Certo, pode ser modificado. Ter-se-á, pois, sucessão (ideológica) de lei no tempo. Se assim não for entendido, estar-se-á fazendo mero raciocínio formal de hermenêutica. A grande missão do Judiciário (dar justiça — conferir expressão axiológica à lei) não pode ser reduzida a mero jogo de xadrez, vazio de significado!

---

* Ministro do Superior Tribunal de Justiça, aposentado. Professor-titular da Universidade de Brasília. Autor do livro “Questões Penais”.

❖ ❖ ❖

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

Joana Carolina Lins Pereira *

1. Introdução. Decisões antagônicas dos tribunais acerca da responsabilidade civil do Estado. Principais controvérsias.

A egrégia Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar determinado litígio acerca da responsabilidade civil do Estado, assim decidiu[1]:

> "2. Ao receber o menor estudante, deixado no estabelecimento de ensino da rede oficial para as atividades de aprendizado, a entidade pública se investe no dever de preservar a sua integridade física, havendo de empregar, através dos mestres e demais servidores, a mais diligente vigilância para evitar qualquer conseqüência lesiva, que possa resultar do convívio escolar.
>
> E responde, no plano reparatório, se, durante a permanência no interior da unidade de ensino, o aluno vem, por efeito de inconsiderada atitude de colega, a sofrer violência física, restando-se lesionado de forma irreversível."[2] (AC nº 40.147/1, rel. Des. Arthur de Godoy, v.u., julg. 24.10.84)

O mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo, no entanto, através de sua egrégia Sexta Turma, decidiu, ao julgar caso bastante semelhante, em sentido diametralmente oposto. Confira-se o seguinte excerto, extraído do acórdão[3]:

> "O recurso visa à reforma da sentença que julgou improcedente ação proposta por professora que teve a perda de um olho atingido por pedra arremessada por aluno, durante a saída dos estudantes da escola rural do bairro Ponte Alta. Entendendo que a Administração foi omissa, a apelante insiste na indenização que teria apoio no 107 da carta revogada.
>
> (…)
>
> O fato não pode ser atribuído a qualquer funcionário. Fosse o autor funcionário ou servidor, a responsabilidade seria até independente da apuração de culpa, ou simplesmente objetiva.
>
> Contudo, na questão vertente, cuida-se de fato absolutamente imprevisível. Ninguém espera que uma desavença entre menores impúberes possa gerar dano igual ao sofrido pela apelante.

---

1 *In* FEDERIGHI, Wanderley José: *Responsabilidade Civil do Estado nos Tribunais*. São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito – LEUD, 1994, p. 300-1.

2 No caso, o aluno teve perda total da visão do lado esquerdo.

3 *In* FEDERIGHI, Wanderley José. Ob. cit., p. 301-2.

Em suma, os envolvidos nada têm a ver com o Estado.

(…)

Posto isto, negam provimento ao recurso para que subsista a sentença apelada por seus próprios e bem deduzidos fundamentos." (AC nº 119.087/1, rel. Des. Alexandre Loureiro, v.u., julg. 14.12.89)

Buscamos demonstrar, através da transcrição dos arestos, os quais revelam posições antagônicas dentro de um mesmo Tribunal, o quão tormentosa e controversa tem sido a temática da responsabilidade civil do Estado, mormente no que concerne aos casos de conduta omissa do mesmo.

As questões de responsabilização civil do Estado encontram-se longe de atingir uma solução unânime. Ora se considera a omissão do Estado como *causa* do dano, a ensejar a responsabilização deste; ora se a considera como simples *condição* do resultado, não interferindo na "cadeia causal" causadora do dano ao particular. Outro aspecto a merecer atenção, do exame das decisões pretorianas, é que, não raro, os tribunais julgam estar aplicando a teoria objetiva da responsabilidade, quando, na verdade, estão a aplicar a teoria subjetiva[4].

Devemos salientar, de início, não constituir nossa pretensão, em absoluto, formular uma doutrina geral, válida para todos casos. As demandas que envolvem o tema da responsabilidade civil – seja entre Estado e particular, seja apenas entre particulares – comportam soluções específicas, tendo em vista as distintas nuanças que os elementos *causa*, *dano* e *nexo de causalidade* podem conferir a cada situação.

Nosso objetivo, destarte, prende-se ao exame dos aspectos genéricos da extensão da responsabilidade do Estado por conduta omissa, analisando quais as teorias a serem aplicadas quanto (a) à natureza da responsabilidade, (b) ao nexo causal. Cumpre frisar – reiteramos – que nem a fixação de linhas gerais acerca da responsabilidade civil do Estado afastará as divergências encontráveis em nossos pretórios. O fato causador do dano, as circunstâncias que o cercaram e a natureza do dano sofrido sempre exigirão soluções casuísticas, precedidas de exaustiva dilação probatória.

Não podemos nos furtar de, inicialmente, fazermos um breve incurso no historiar da evolução da doutrina e jurisprudência quanto ao tema da responsabilidade civil do Estado. Mencionado capítulo de nosso trabalho, longe de constituir mera curiosidade histórica, fornecerá os subsídios necessários à compreensão da dimensão atual da responsabilidade do Estado, para ambas as situações de atos comissivos e omissivos.

Superada a fase histórica, passaremos a discorrer, propriamente, quanto à responsabilidade civil do Estado por conduta omissa.

No decorrer da exposição, examinaremos, além da posição da doutrina, os caminhos escolhidos pela jurisprudência (aspecto este de fundamental importância, por demonstrar, como já vimos, a riqueza e natureza controversa da temática enfocada).

---

[4] Conforme oportuna observação de Manoel Caetano Ferreira Filho, *in* "Da Responsabilidade Civil do Estado". *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 25, n. 100, out./dez 1988, p. 334-5.

2. Evolução da teoria da responsabilidade civil do Estado

O estudo da responsabilidade civil do Estado imprescinde de uma análise, ainda que breve, de sua evolução histórica, desde os períodos do "*The King can do no wrong*" aos dias atuais, onde prevalecem os sistemas jurídicos cujo regime de responsabilidade estatal é baseada no risco administrativo.

2.1. Da irresponsabilidade do Estado

A assertiva "*The King can do no wrong*", a que nos referimos ainda há pouco, marca o período da irresponsabilidade civil do Estado. Fundava-se o entendimento na idéia de que este, por representar o Direito, não cometeria erros.

Os administrados, no entanto, não ficavam sob total desamparo. Poderiam, no caso de culpa ou dolo do agente do Poder Público, acionar tal agente, a quem caberia o pagamento da indenização. Dita solução, como é de se esperar, não convinha, posto que, com freqüência, o agente causador do dano era insolvável, incapaz de reparar o prejuízo[5].

2.2. Teoria da responsabilidade subjetiva com base na culpa civilista

A teoria da irresponsabilidade estatal, pelo visto, não poderia subsistir. Conforme exposto no item precedente, o funcionário causador do dano, não raro, não possuía condições de reparar o prejuízo, razão pela qual se fez sentir a necessidade de responsabilizar o Estado pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causassem a terceiros.

O julgamento pioneiro, de que temos notícia, no qual resultou proclamada a responsabilidade civil do Estado, foi proferido na França, em 1873. Trata-se do julgamento conhecido como "Caso Blanco", que teve lugar no Tribunal de Conflitos daquele país.

Em princípio, tomaram-se do Direito Civil os elementos para instituição da responsabilidade do Estado. As noções de dano, nexo de causalidade e culpa, emprestadas da doutrina civilista, passaram a constituir fundamento para a responsabilização do Poder Público. Nosso Código Civil de 1916, inclusive, dispondo acerca de matéria estranha ao Direito Privado, traz, ainda, em seu artigo 15, a seguinte previsão:

> "As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano".

O dispositivo susotranscrito exprime bem a doutrina civilista da responsabilidade baseada na culpa. A reparação, de acordo com o preceito,

---

[5] Insta salientar que, no Brasil, jamais imperou a irresponsabilidade total do Estado. Entendiam nossos pretórios que este último (o Estado) era solidariamente responsável, com o servidor faltoso, pela reparação do dano.

somente seria cabível quando o funcionário agisse culposamente ("de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei"). O ônus da prova, destarte, era incumbência da vítima, a quem cumpria, inclusive, individualizar o servidor faltoso. O fundamento da responsabilidade estatal, conforme bem sintetizado por Manoel Caetano Ferreira Filho[6], era a culpa pessoal, individual, dos funcionários.

Fazia-se, ainda, na época, a distinção entre atos de império e atos de gestão. Aqueles, de que constituem exemplos a expedição de um decreto de desapropriação pelo Poder Executivo e a edição de uma lei pelo Poder Legislativo, porque praticados com fundamento na soberania estatal, não ensejariam responsabilidade no caso de dano a terceiro.

2.3. Teoria da responsabilidade subjetiva com base na culpa publicista (a "faute du service" dos franceses)

A jurisprudência, mais uma vez evoluindo à frente da legislação, e percebendo que os contornos da responsabilidade civil estatal não poderiam ser os mesmos da existente no Direito Privado, passou a adotar a teoria da responsabilidade civil, não mais baseada na culpa civilista, mas na culpa publicista.

Mencionada teoria substituiu a culpa pessoal do agente pela culpa do serviço público. Elaborada na França, pelo Conselho de Estado, baseia a responsabilidade no funcionamento irregular do serviço público, independentemente de identificação do funcionário faltoso. É a teoria da *faute du service*.

A "culpa" do serviço público (*faute du service*) poderia restar caracterizada de três maneiras: mau funcionamento do serviço, não funcionamento ou tardio funcionamento.

2.4. Teoria da responsabilidade objetiva

A teoria da responsabilidade objetiva do Estado dispensa a demonstração de culpa, já que tem por fundamento o risco administrativo. Consagrou-se em nosso ordenamento desde a Constituição de 1946, estando prevista na atual Carta Magna em seu artigo 37, § 6º.

Baseia-se no risco que a atividade administrativa produz em relação aos administrados, de modo que, havendo um dano, é suficiente que a vítima comprove o prejuízo e o nexo de causalidade, prescindindo da caracterização de culpa. De acordo com a mencionada teoria, inclusive, o dano pode até ser conseqüência de uma atividade lícita do Estado.

Especificaremos, com mais minúcias, as distinções entre a responsabilidade objetiva e a subjetiva com base na culpa publicista no item 3.2.3.

3. Responsabilidade por ato comissivo e omissivo

A teoria adotada quanto à responsabilidade civil do Estado por conduta omissa – cumpre de logo ressaltar – não é a mesma teoria aplicável à

[6] Ob. cit., p. 326.

responsabilização por atos comissivos. Conforme adiante veremos, inclusive, o artigo 37, § 6º, da atual Constituição da República, é de aplicação restrita a este último caso, sendo incorreta a sua invocação nos casos de responsabilidade por omissão estatal.

3.1. O artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Amplitude restrita aos atos praticados pelos agentes do Estado

Não é demais transcrever, para melhor compreensão do raciocínio, o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, toante à responsabilidade civil do Estado:

> "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa" (grifamos).

Citado dispositivo, consoante voz unânime da doutrina e jurisprudência, consagra a responsabilidade civil *objetiva* do Estado. A vítima se encontra, por força do cânone constitucional, dispensada do ônus da prova da culpa da Administração, cabendo-lhe apenas comprovar o nexo causal entre o ato desta e o prejuízo sofrido.

Insta salientar, contudo, que o dispositivo somente se reporta aos danos causados *pelos agentes* das pessoas jurídicas de direito público ou pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Não alcança as situações em que o dano tenha decorrido de atitude de terceiro ou de fatos provenientes de caso fortuito ou força maior.

Afirma-se, destarte, e com razão, que o artigo 37, § 6º, da atual Carta Política, não alcançaria as hipóteses de omissão estatal, tendo em vista que, nestes casos, o dano não decorre, propriamente, da atitude de um agente do Estado, *mas da atitude de um terceiro* (a omissão estatal apenas contribui para o resultado). A conduta omissa do Estado não é causadora (direta) do dano; este é decorrência de ato de terceiro. Por tal razão, é dizer, porque o dano à vítima não foi conseqüência (direta) da conduta omissa do agente estatal, inaplicável o multicitado dispositivo da Carta Magna.

Assim, porque inaplicável o artigo 37, § 6º, da CF/88, às hipóteses de omissão do Estado, incabível a teoria da responsabilidade objetiva, baseada no risco administrativo.

3.2. Fundamentos da responsabilidade civil por omissão do Estado

Dada a inaplicabilidade do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, e, conseqüentemente, da teoria do risco administrativo, aos casos de responsabilidade civil por omissão do Estado, cumpre-nos perquirir qual teoria tem sido, em nossos pretórios, invocada.

3.2.1. A responsabilidade civil por omissão do Estado é subjetiva

Porque inaplicável o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, instituidor da responsabilidade objetiva, aos casos de omissão do Estado, depreende-se que a

responsabilização do mesmo somente poderá ser invocada se sua inação houver sido *culposa*. É dizer, a responsabilidade civil do Estado por conduta omissa é *subjetiva*.

Mencionado posicionamento já mereceu o referendo de nossos mais renomados administrativistas, a exemplo de Hely Lopes Meirelles[7] e Celso Antônio Bandeira de Mello[8]. É deste último, inclusive, a esclarecedora lição que passamos a reproduzir[9]:

> "53. Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo" (grifos inexistentes no original).

A teoria não poderia ser a objetiva, destarte, porque esta admite responsabilização até mesmo quando o dano é decorrente de atuação lícita do Estado. Nos casos de omissão, o Estado não é o verdadeiro autor do dano (o qual decorre de atividade de terceiro); assim, somente poderá ser invocada a sua responsabilidade caso esteja obrigado a impedir que o dano ocorra, é dizer, no caso de ilegalidade da sua omissão.

Cumpre adiantar, inclusive, que não se poderá invocar a responsabilidade estatal quando haja "impossibilidade real de impedir o dano mediante atuação diligente do Estado"[10]. Vale dizer, como a responsabilização do Estado somente ocorre quando sua omissão caracteriza uma atitude ilícita, não haverá responsabilidade da Administração se a mesma houver utilizado suas possibilidades e seu aparato técnico no limite máximo e, ainda assim, não tiver sido capaz de impedir o dano[11].

A Administração somente poderá ser responsabilizada por aqueles danos que estava razoavelmente obrigada a impedir[12]. A grande problemática está em que, não raro, os tribunais condenam a Administração, em virtude de omissão sua, por danos que não estava obrigada (sequer razoavelmente) a evitar. Transforma-se o Estado em verdadeira companhia de seguros.

---

7 *In Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª edição, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 562.

8 *In Curso de Direito Administrativo*. 6ª edição, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 515-9.

9 Ob. cit., p. 515.

10 ABIB, Guadalupe Maria Jungers: "Responsabilidade Patrimonial do Estado por Danos Causados a Terceiros – Omissão no Serviço Público – Responsabilidade Subjetiva – Considerações". *BDA – Boletim de Direito Administrativo*. Abril/97, p. 260.

11 ABIB, Guadalupe M. J. Ob. cit., p. 260.

12 Cf. acórdão do STF no RE nº 130.764-1/PR, rel. Min. Moreira Alves, julg. 12.5.92, DJ 7.8.92, *in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Nova série, vol. 32, n. 90, abril/junho 1993, p. 82.

3.2.2. Culpa civilista ou culpa publicista?

Diante da afirmação de que a responsabilidade do Estado, nos casos de omissão, seria subjetiva, baseada na culpa, cumpre indagar: tratar-se-ia da culpa civilista ou da culpa publicista (a *faute du service* dos franceses)? E, ainda: a se admitir a culpa civilista, estar-se-ia admitindo a repristinação do artigo 15 do Código Civil Brasileiro, outrora invocado para justificar a responsabilidade subjetiva do Estado?

A questão é de relevância, haja vista que, na hipótese de ser adotada a teoria da culpa civilista, terá a vítima o ônus de provar que houve culpa por parte de determinado agente (identificável) da pessoa jurídica estatal. Por outro lado, em sendo adotada a teoria da culpa publicista, bastará que se demonstre a ineficiência do serviço – que o serviço não funcionou, ou que funcionou mal ou tardiamente –, independentemente da culpa de determinado agente em particular. A teoria da culpa publicista admite a denominada *culpa anônima*, atribuível à Administração como um todo, sem se exigir individualização do culpado pela omissão estatal.

A doutrina e a jurisprudência deixam transparecer certa divergência a propósito do assunto. Carlos Mário da Silva Velloso[13], reportando-se à lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, sustenta que a responsabilidade do Estado por omissão poderá ser invocada até no caso de culpa anônima, é dizer, no caso em que o serviço não tenha funcionado, ou tenha funcionado mal ou tardiamente. Mostra-se, destarte, partidário da responsabilidade com base na culpa publicista. José Cretella Júnior, de seu turno, defende que a omissão deve configurar imprudência, negligência ou imperícia[14], culpa civilista, portanto. Também Hely Lopes Meirelles[15] afirma, expressamente, que se deve observar o princípio geral da culpa *civil*.

O Supremo Tribunal Federal, buscando harmonizar as divergentes posições acerca da matéria, assim se pronunciou:

> "EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO. MORTE DE PRESIDIÁRIO POR OUTRO PRESIDIÁRIO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA PUBLICIZADA. 'FAUTE DE SERVICE'. C.F., ART. 37, § 6º.
>
> I. — A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde

[13] *In* "Responsabilidade Civil do Estado". *Ciência Jurídica*. N. 42, novembro/dezembro 1991, p. 21.

[14] *In Tratado de Direito Administrativo*. Vol. VIII, Rio de Janeiro, Forense, 1970, p. 210.

[15] Ob. cit., p. 562.

> que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. II. — Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III. — Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica — a 'faute de service' dos franceses. IV. — Ação julgada procedente, condenado o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência da 'faute de service'. V. — R.E. não conhecido." (Recurso Extraordinário nº 179.147/SP, rel. Min. Carlos Velloso, julg. 12.12.97, DJ 27.2.98, p. 00018 – grifamos.)

Dos lúcidos fundamentos do acórdão deduzimos que, para fins de se ensejar a responsabilidade civil da Administração por conduta omissiva, faz-se mister a caracterização da culpa da mesma, nas modalidades negligência, imperícia ou imprudência. O que não se exige, contudo, é a identificação do funcionário faltoso; é dizer, admite-se a culpa anônima, a *faute du service* dos franceses.

Em última instância, conforme pudemos verificar, a teoria adotada é a da culpa publicista.

Nem se poderia, efetivamente, pretender invocar o artigo 15 do Código Civil Brasileiro. Tal representaria um retrocesso. Referido preceito, assim entendemos, não foi recepcionado pelo regime constitucional já em 1946. A Carta Magna promulgada no mencionado ano, ao instituir a responsabilidade objetiva, não mais poderia conceber a permanência da doutrina civilista da culpa. Quando muito, admitiria a teoria publicista da culpa (a *faute du service*), aplicável, unicamente, conforme adrede salientado, aos casos de conduta omissiva do Estado.

3.2.3. Distinção entre risco administrativo e "faute du service"

No intuito de aperfeiçoar a compreensão do raciocínio empreendido no presente trabalho, no qual se afirma que a responsabilidade civil por omissão do Estado seria arrimada, não na teoria objetiva (risco), mas na teoria da culpa publicista, cumpre deixá-las (as teorias) com suas características bem extremadas.

As teorias do risco administrativo e da *faute du service* partem de distintos fundamentos. A primeira, como o próprio nome está a indicar, tem como fundamento o risco que a atividade pública gera para os administrados; a segunda, a culpa (ainda que anônima) da Administração.

Na *faute du service*, a falta do serviço pode ser de três ordens: não funcionamento, mau funcionamento ou funcionamento tardio do serviço. Em todos os casos, todavia, exige-se uma falta da Administração (culpa), exige-se uma inobservância da lei por parte da mesma. Seu fundamento último é aquele que preconiza que, dada a violação a direito subjetivo de indivíduo, deve ser a reparação correspondente.

No risco administrativo, diversamente, seu fundamento último é o princípio da solidariedade social: o dano injustamente sofrido por um deve ser repartido entre todos os membros da comunidade (há uma repartição dos ônus). Daí a obrigação do Estado de reparar.

Segundo a teoria da *faute du service*, é preciso restar caracterizada a culpa da Administração, apesar de não se exigir a identificação do agente faltoso. O dano, contudo, tem que ser conseqüência de uma atitude ilícita. Na aplicação da teoria do risco administrativo, por outro lado, não se exige que o dano tenha decorrido de um ato ilícito. O ato pode ter sido perfeitamente legal; configurado o dano, todavia, tem-se a obrigação estatal de indenizar.

3.2.4. O ônus da prova

Questão tormentosa, no que diz respeito à responsabilidade do Estado por conduta omissiva, é a pertinente ao ônus da prova.

Consoante adrede ressaltado, a teoria adotada, nos casos de omissão, é a teoria da culpa publicista, da *faute du service*. Quadra perquirir, no presente item, a quem cabe o ônus da prova quando invocada tal doutrina.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento vetusto datado de 1958[16], onde se discutia acerca de danos causados por omissão policial, pontificou que caberia ao Estado comprovar a ausência de culpa ou a impossibilidade de debelar o movimento multitudinário que ocasionara os danos.

Arnoldo Wald[17], em comentários ao indigitado aresto, sublinha que, em casos que tais, a falta do serviço não necessita ser provada, "presumindo-se pelo simples fato do mau funcionamento do aparelho administrativo". A ocorrência do dano – acrescenta – "comprova, por si só, que os serviços não funcionaram ou funcionaram mal, caracterizando, assim, a falta de serviço que justifica a indenização". Conclui, alfim, que a Administração somente se exonera fazendo prova da ocorrência de força maior.

Pedimos vênia para discordar do brilhante advogado.

Impugnamos, inicialmente, a assertiva de que a mera ocorrência de dano bastaria para comprovar que o serviço público funcionou mal, ou não funcionou. Consoante ressaltado em oportunidade anterior, não há responsabilidade da Administração se a mesma não estava razoavelmente obrigada a impedir o dano, é dizer, se, de acordo com a expectativa comum da sociedade, não fosse possível exigir razoavelmente da Administração a contenção do dano ocorrido. É desarrazoado exigir da Administração, *v.g.*, o patrulhamento de todos os trechos das rodovias federais, simultaneamente. Assim, não se pode presumir mau funcionamento do serviço a partir de um acidente ocorrido, em localidade longínqua, entre um veículo e animais que, irregularmente, seguiam pela pista, mercê da impossibilidade material de dispor de uma patrulha para cada trecho da rodovia.

---

[16] Referido por Arnoldo Wald *in* "Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado". *Revista de Informação Legislativa*. Ano 30, n. 117, janeiro/março 1993, p. 8-10.

[17] Ob. cit., p. 21.

Entendemos, destarte, que cabe à vítima o ônus da prova da "falta do serviço" (*faute du service*), isto é, de que o serviço funcionou mal, funcionou tardiamente, ou não funcionou. São da mesma opinião Carlos Mário da Silva Velloso[18] e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello[19].

Quadra transcrever, finalmente, a fim de corroborar o entendimento aqui esposado, excerto de *recente* acórdão do STF. Confira-se:

> "RESPONSABILIDADE CIVIL — ESTADO — MORTE DE POLICIAL MILITAR — ATO OMISSIVO 'VERSUS' ATO COMISSIVO.
>
> Se de um lado, em se tratando de ato omissivo do Estado, deve o prejudicado demonstrar a culpa ou o dolo, de outro, versando a controvérsia sobre ato comissivo — liberação, via laudo médico, do servidor militar, para feitura de curso e prestação de serviços —, incide a responsabilidade objetiva." (RE 140.270/MG, rel. Min. Marco Aurélio, julg. 15.4.96, DJ 18.10.96, p. 39859 – grifamos.)

4. A omissão do Estado não pode ser sempre considerada causa do evento danoso

Examinada a natureza da responsabilidade civil do Estado por omissão, a qual, conforme exposto, é subjetiva, cumpre-nos, na fase seguinte da exposição, analisar o aspecto pertinente ao nexo de causalidade.

O nexo de causalidade, sabemos, é o vínculo entre a causa (ato ou fato natural) e o dano. É o nexo causal que atribui a responsabilidade, haja vista que, para fins de se identificar o responsável, é mister apurar quais foram os fatos que causaram o prejuízo à vítima. Vale dizer, a identificação do responsável somente se faz possível quando se caracteriza o *liame* entre o ato praticado e o dano sofrido.

No que pertine ao estudo da responsabilidade por omissão do Estado, afigura-se de suma relevância o estudo da relação de causalidade, mercê da freqüência dos casos em que se atribui ao ente estatal o dever de indenizar determinado dano sem que a atuação do mesmo tenha sido *causa* do resultado. O Estado, constantemente, é alçado à categoria de segurador universal, sendo obrigado a indenizar por um dano que não possuía obrigação razoável de impedir.

Destarte, faz-se mister o estudo da teoria adotada pelo nosso ordenamento a propósito do nexo de causalidade, perquirindo quais as espécies de causas que podem ser consideradas ensejadoras do prejuízo à vítima.

4.1. Causa e condição

Em vários acórdãos de nossos tribunais acerca da temática central do presente trabalho, a omissão do Estado é reputada *causa* do dano. No entanto,

[18] Ob. cit., p. 20.

[19] *Apud* VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Ob. cit., p. 13.

alguns estudiosos do assunto, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello[20], argúem que a omissão jamais poderia ser considerada causa, mercê de apenas indiretamente estar ligada ao dano; argumentam que a omissão pode ser entendida, no máximo, como *condição* do evento danoso.

A doutrina do mencionado administrativista foi recepcionada em acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo[21] cujo excerto a seguir transcrevemos:

> "Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, transcrita por Maria Helena Diniz ('Curso de Direito Civil Brasileiro', 1º vol., 8ª ed., p. 130), 'no caso de dano causado por comportamento comissivo de pessoas que exercem função pública, ainda que eventual, episódica ou transitoriamente, a responsabilidade do Estado é objetiva. Há, portanto, uma relação entre o dano e seu produtor, pois o art. 37, § 6º, da Carta Constitucional fala em prejuízo causado pelo agente público. Da distinção entre 'causa' e 'condição' decorrem fundamentais conseqüências para o correto entendimento do referido dispositivo. Causa é o evento que produz um efeito, e condição, o acontecimento cuja ausência permite a produção do efeito; não gera o efeito, mas sua presença é impediente dele. Donde: sua ausência permite a produção do efeito. O art. 37, § 6º, reporta-se a comportamento comissivo do Estado, pois só uma atuação positiva pode gerar, causar, produzir um efeito. A omissão pode ser uma condição para que outro evento cause o dano, mas ela mesma (omissão) não pode produzir o efeito danoso. A omissão poderá ter condicionado sua ocorrência, mas não o causou. Portanto, no caso de dano por comportamento omissivo, a responsabilidade do Estado é subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não-individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente" (grifamos).

Este posicionamento, entretanto, é refutado por Toshio Mukai. Defende o mesmo[22] que "as obrigações, em direito, comportam causas, podendo elas ser a lei, o contrato ou o ato ilícito". Destarte, prossegue, "causa, nas obrigações jurídicas (e a responsabilidade civil é uma obrigação), é todo fenômeno de transcendência jurídica capaz de produzir um poder jurídico pelo qual alguém tem o direito de exigir de outrem uma prestação (de dar, de fazer ou não fazer)". Conclui, alfim, que "o comportamento omissivo do agente público, desde que deflagrador primário do dano praticado por terceiro, é a causa e não simples condição do evento danoso".

Não nos filiamos, sem ressalvas, a qualquer das correntes expostas. Em nosso entender, ambos os raciocínios apresentados não podem ser considerados absolutos. Esclareçamos…

---

[20] Ob. cit., p. 516-7.

[21] *In* LINS, Paulo Sérgio da Costa (org.): *Responsabilidade Civil do Poder Público*. Rio de Janeiro, Esplanada, ADCOAS, 1995, p. 100-1.

[22] *Apud* LAZZARINI, Álvaro: "Responsabilidade Civil do Estado por Atos Omissivos dos seus Agentes". *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo – RJTJESP*. Vol. 23, n. 117, março/abril 1989, p. 16.

Conforme salientado por Toshio Mukai, as obrigações podem ter por *causa* a lei, o contrato ou o ato ilícito. Descartadas as hipóteses de contrato (haja vista que aqui se examina, tão-somente, a responsabilidade aquiliana, ou extracontratual) e da lei (mercê de ser inaplicável, conforme já exposto, o artigo 37, § 6º, da Constituição da República), concluímos que *a responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva somente pode se caracterizar quando decorrente de ato ilícito*. Com efeito, consoante exaustivamente salientado, trata-se de responsabilidade subjetiva, exigindo a caracterização da culpa.

Destarte, para que uma omissão do Estado possa constituir causa de uma obrigação (obrigação de indenizar, responsabilidade civil), deve se configurar como um ato ilícito. Ausente a ilicitude, é dizer, não caracterizada a omissão como um ato ilícito, perde esta (a omissão) a qualidade de causa da obrigação de indenizar. A conduta omissiva não será causa do dano; configurará, quando muito, condição para ocorrência do mesmo.

Não poderíamos, destarte, subscrever sem reproches o entendimento contido no acórdão supratranscrito, já que o mesmo defende ser a omissão estatal, sempre, mera condição do dano, jamais causa. Também o posicionamento de Toshio Mukai, *data maxima venia*, merece reparos, mercê de nem sempre constituir a omissão do Estado um ato ilícito (a ilicitude somente se configura, reiteramos, quando presente a culpabilidade).

E quando poderíamos atribuir à omissão estatal a pecha de ato ilícito, quando estaria caracterizada a culpabilidade? Quando a omissão estatal representar descumprimento de lei; quando a conduta do Estado, deixando de atender mandamento legal, importar em dano a alguém.

É imprescindível, no entanto, que a obrigação possa ser *razoavelmente* exigida do Estado. É dizer, não podemos condená-lo a pagar indenização pela ocorrência de dano que não poderia razoavelmente impedir. O Estado não é onipresente, não se pode exigir do mesmo uma atuação materialmente impossível.

4.2. Teoria adotada, no âmbito da responsabilidade civil, a propósito do nexo de causalidade. O artigo 1.060 do Código Civil Brasileiro

A teoria da relação de causalidade adotada pelo nosso ordenamento quanto à responsabilidade civil não comporta interpretação por demais dilargada do que possa ser considerado causa do evento danoso.

Diversamente do que se possa a princípio imaginar, não foi adotada, no âmbito da responsabilidade civil, a teoria da equivalência das condições. De acordo com a mencionada teoria, de ampla aceitabilidade na esfera do Direito Penal, todo fato que contribui para o resultado constitui causa; preconiza-se a desnecessidade de se determinar, no encadeamento de fatos anteriores ao evento danoso, qual deles seria a causa imediata do prejuízo[23]. É conhecida, ainda, como teoria da *conditio sine qua non*.

[23] PEREIRA, Caio Mário da Silva: *Responsabilidade Civil*. 6ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 78.

A teoria adotada quanto ao nexo de causalidade da responsabilidade civil, em nossa ordem jurídica, é a do dano direto e imediato (ou teoria da interrupção do nexo causal). Tal ilação resulta evidente da análise do artigo 1.060 do Código Civil Brasileiro. Segue transcrição literal do dispositivo:

> "Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato" (grifamos).

Referido preceito integra o Capítulo XIV, do Título II, do Livro III, do Código Civil, concernente às perdas e danos. Do seu teor se infere que, no que pertine à indenização – e a responsabilidade civil, em última análise, nada mais representa que uma indenização paga em virtude de dano causado a alguém –, somente devem ser consideradas as perdas e os danos decorrentes *direta e imediatamente* da atitude omissiva do responsável.

Destarte, havendo mais de um fato anterior ao evento danoso, somente podem ser considerados causa aqueles direta e imediatamente responsáveis pelo prejuízo. *Causa* do dano é apenas o fato que contribuiu, direta e imediatamente, para a sua efetivação.

A se admitir a omissão do Estado como sendo sempre *causa* do dano, a ensejar a responsabilização estatal, estar-se-á abrindo ensanchas a que se exija do mesmo a qualidade da onipresença, o dever de velar pela segurança dos cidadãos *onde quer que* se encontrem. A omissão do Estado somente pode ser considerada causa, conforme adrede salientado, quando tiver sido culposa e, ademais, quando houver, direta e imediatamente, causado o prejuízo.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal não diverge daquele aqui exposto, conforme deflui do acórdão proferido no R.E. nº 130.764-1/PR, rel. Min. Moreira Alves, julg. 12.5.92, DJ 7.8.92[24]. No indigitado julgamento, restou afirmado que "Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no art. 1.060 do CC, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva" (grifos nossos).

5. Conclusão. A responsabilidade do Estado por omissão policial

A temática pertinente à responsabilidade da Administração por conduta omissiva, consoante ressaltado no início da exposição (e demonstrado no decorrer da mesma), comporta divergências em vários de seus subtemas. Uma das discussões mais instigantes, e que ainda resta inconclusa, é a que diz respeito à responsabilidade do Estado em virtude de omissão policial.

Deixamos para abordar referida questão nesta análise conclusiva mercê da relevância que apresenta, sendo uma das questões mais freqüentes, em termos de responsabilidade civil estatal, no dia-a-dia do Judiciário. À vista de todos os

[24] *In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Nova série, volume e número citados, p. 75.

aspectos abordados no presente, ousamos dar a nossa opinião a respeito, sem qualquer pretensão de extirpar, ou sequer reduzir, a controvérsia já existente.

Celso Antônio Bandeira de Mello, a propósito, defende que só há responsabilidade do Estado por omissão policial quando a Polícia recebe chamado de socorro e, nada obstante, deixa de enviar com presteza a proteção pedida, ou, ainda, no caso de agentes policiais relapsos que assistem à ocorrência inertes[25]. Autores há, no entanto, que consideram a omissão policial apta a ensejar a responsabilidade do Estado ainda que a autoridade encarregada não tenha sido solicitada[26]. Defendem que a polícia preventiva é uma atividade espontânea da Administração, que independe de solicitação de quem quer que seja.

Pensamos, *data maxima venia* de opiniões divergentes, que razão assiste ao Celso Antônio Bandeira de Mello. A responsabilidade do Estado por omissão, conforme vimos, somente pode ser invocada no caso de culpa (responsabilidade subjetiva). Exige-se a demonstração de culpa do serviço (*faute du service*, prescindindo da demonstração de culpa pessoal do agente), numa das seguintes modalidades: mau funcionamento do serviço, tardio funcionamento ou não funcionamento.

A *faute du service*, todavia, somente se caracteriza quando o serviço prestado deixa de atender à expectativa comum da sociedade, é dizer, somente cabe falar em responsabilidade quando a Administração deixa de cumprir dever ao qual estava razoavelmente obrigada. Equivocam-se, em nosso entender, aqueles julgados que exigem reparação em virtude de dano que o Estado não poderia razoavelmente impedir. Desborda das raias do bom senso responsabilizá-lo por dano que havia verdadeira impossibilidade física de conter.

É fisicamente impossível – e razoavelmente inexigível –, por exemplo, imaginar que possa haver policiamento em cada trecho das cidades, imaginar que possa haver recrutas aptos a combater o crime a toda hora e em qualquer lugar. Sistema policial nenhum do mundo possui um efetivo capaz de tal proeza.

Afigura-se-nos incongruente, destarte, o responsabilizar-se o Estado por omissão policial, quando era razoavelmente inexigível a presença da proteção naquele momento. Por outro lado, se havia policiais nas redondezas e omitiram-se os mesmos em socorrer, ou se deixaram de ser tomadas providências mediante chamado de socorro, a culpa do serviço é evidente, a acarretar a necessária reparação por parte do Estado.

O exemplo que utilizamos nessas conclusões – a omissão policial – serviu-nos para sintetizar os princípios que regem a responsabilidade civil por omissão da Administração Pública. Visamos, aqui, não a colocar um ponto final sobre o tema, mas a expor o nosso ponto de vista sobre as diretrizes que devem orientá-lo.

De se ressaltar, à guisa de conclusão, que o constante evoluir doutrinário e jurisprudencial a propósito da responsabilidade do Estado, a par de conferir-lhe maior encanto, representa maior incentivo à pesquisa e divulgação de novos trabalhos.

---

[25] Ob. cit., p. 517.

[26] É a opinião de Álvaro Lazzarini. Ob. cit., p. 19. Segundo o mesmo, também seria partidário de tal entendimento Mário Masagão.

BIBLIOGRAFIA

ABIB, Guadalupe Maria Jungers: "Responsabilidade Patrimonial do Estado por Danos Causados a Terceiros – Omissão no Serviço Público – Responsabilidade Subjetiva – Considerações". *BDA – Boletim de Direito Administrativo*. Abril/97, p. 259-261.

AGUIAR DIAS, José de: *Da Responsabilidade Civil*. Vol. II, 10ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1995.

BAHIA, Saulo José Casali: *Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro, Forense, 1995.

CRETELLA Jr., José: *Tratado de Direito Administrativo*. Vol. VIII, Rio de Janeiro, Forense, 1970.

FEDERIGHI, Wanderley José: *Responsabilidade Civil do Estado nos Tribunais*. São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito – LEUD, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano: "Da Responsabilidade Civil do Estado". *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 25, n. 100, out./dez 1988, p. 323-336.

LAZZARINI, Álvaro: "Responsabilidade Civil do Estado por Atos Omissivos dos seus Agentes". *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo – RJTJESP*. Vol. 23, n. 117, março/abril 1989, p. 8-26.

LINS, Paulo Sérgio da Costa (org.): *Responsabilidade Civil do Poder Público*. Rio de Janeiro, Esplanada, ADCOAS, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes: *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª edição, São Paulo, Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de: *Curso de Direito Administrativo*. 6ª edição, São Paulo, Malheiros, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva: *Responsabilidade Civil*. 6ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1995.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (org.): *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Nova série, vol. 32, n. 90, abril/junho 1993, p. 75-96.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva: "Responsabilidade Civil do Estado". *Ciência Jurídica*. N. 42, novembro/dezembro 1991, p. 9-26.

WALD, Arnold: "Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado". *Revista de Informação Legislativa*. Ano 30, n. 117, janeiro/março 1993, p. 5-22.

* Procuradora do INSS em Recife/PE. Mestranda em Direito.

❖ ❖ ❖

IPTU — SISTEMA DE ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS, FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A AUTONOMIA MUNICIPAL

***L**uiz **C**laudio **P**ortinho **D**ias **

O imposto sobre a propriedade territorial urbana, em sua origem, dividia-se em dois tributos distintos: o imposto predial e o territorial. A unificação só veio com a Carta de 1946, que passou a denominá-lo de imposto predial e territorial urbano, de competência dos Municípios[1] (art. 24, inc. II).

Na Carta de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, estabeleceu-se (arts. 157 e 160, inc. III, respectivamente) que a propriedade deveria cumprir função social, norma programática esta que foi repetida pela Carta atual, em seu art. 5º, inc. XXIII. E, avançando no tema, o ordenamento constitucional vigente autorizou o Município a instituir o sistema de alíquotas progressivas (art. 156, § 1º).

A possibilidade de sua implementação, no atual contexto jurídico, é matéria que tem suscitado calorosos debates na doutrina e jurisprudência nacionais — uns contrários, outros favoráveis —, com ponderosos argumentos de ambas as partes.

O Pretório Excelso, em recentes julgados, firmou precedentes no sentido de que a única interpretação possível ao critério de alíquotas progressivas é aquela que leva em conta sua finalidade extrafiscal, ou seja, de assegurar o cumprimento da função social da propriedade (art. 182, § 2º), obedecidos os requisitos previstos no § 4º desse art. 182. Com base nisso, a Suprema Corte vem julgando inconstitucionais todas as leis municipais que prevêem a progressividade, ao argumento de que a sua aplicabilidade está condicionada à edição da lei federal.

Nesse sentido, é ilustrativo o seguinte precedente da Corte:

> "**IPTU. Progressividade.** No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real. Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico). A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4º do artigo 182 é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no artigo 156, I, § 1º. Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se inconstitucional o subitem 2.2.3 do setor II da Tabela III da

[1] Até a Constituição de 1891 o imposto era de competência dos Estados (art. 9º, item 2);

Lei 5.641, de 22.12.89, no município de Belo Horizonte." (STF – Pleno – RE 153.771-0-MG, Rel. Designado o Min. Moreira Alves, DJ 5.9.97, INFORMATIVO STF nº 82)[2].

Em que pese o respeito e consideração que temos pelas decisões da Corte Suprema, não é esse o nosso modo de ver a questão. Não que sejamos contrários a esta tese — que, inclusive, nos parece a mais acertada —, mas sim pelo fato de não acreditarmos que esses argumentos sejam suficientes para paralisar, *"sub conditio ex interpositio legislatoris",* a competência impositiva conferida à municipalidade, que teria de esperar pela "boa vontade" do legislador federal, para exercitar seu poder tributante em relação à propriedade territorial urbana. Isso, s.m.j., não se afigura consentâneo com a índole de nossa Constituição e nem com o status conferido ao Município no atual sistema federativo brasileiro[3].

Num primeiro momento, não podemos discordar dos argumentos vitoriosos no Supremo Tribunal Federal, levando-se em consideração principalmente a inequívoca natureza real do imposto e a finalidade específica de "assegurar o cumprimento da função social da propriedade".

Primeiro, porque a natureza do tributo não comporta o argumento de que a progressividade se faz necessária, para dar cumprimento ao princípio da capacidade contributiva, insculpido no art. 145, § 1º, da Carta[4]. No caso, o lançamento é feito exclusivamente em consideração às características do bem imóvel tributado, sendo a base de cálculo o seu valor venal (art. 33 do CTN). Destarte, a progressão de alíquotas em consideração a esta base de incidência importaria, num só momento, em afronta aos princípios da isonomia (arts. 5º e 150, II, da CF/88)[5] e da não-utilização de imposto com efeito de confisco (art. 150, IV,

---

[2] O Plenário da Corte decidiu por maioria de votos, restando vencido o Min. Carlos Velloso, com combativa atuação durante o julgamento, que incluiu uma calorosa troca de argumentos com o Min. Francisco Rezek.

[3] O Município, na Carta de 1988, foi alçado a posição sobranceira na composição da federação brasileira. Não que anteriormente lhe fosse negada importância ou participação ativa nos destinos da sociedade, mas pela linha descentralizadora do poder que norteou nosso constituinte. Aliás, obteve tal reconhecimento e prestígio, a ponto de alguns renomados autores terem-no classificado como ente federativo de 3º grau, o que tem gerado alguma polêmica doutrinária. Mas o que se sabe ao certo é que, nos termos dos arts. 1º e 18 da Constituição de 1988, o Município é Pessoa Jurídica de Direito Público Interno, dotado de autonomia política, legislativa, administrativa e financeira.

Nesse sentido a opinião de Pinto Ferreira: *"A Constituição de 1988 realizou ainda uma autêntica revolução municipalista, não somente resguardando a autonomia dos Municípios pela eletividade dos seus órgãos, como ainda ampliando sua força econômica e financeira, dando-lhes assim maior vitalidade"* (Curso de Direito Constitucional, 8ª edição, Saraiva, 1996, p. 267).

[4] Em que pese nossa posição, é extremamente interessante a idéia do Min. Sepúlveda Pertence de tomar o valor do imóvel como presunção absoluta, **juris et de jure**, da capacidade contributiva do proprietário (RE 153.771-0-MG, fls. 569).

[5] Elizabeth Nazar Carraza (Progressividade e IPTU, Juruá, 1992, p. 65) entende que a progressividade, nesse caso, serviria exatamente para conferir respeito a tal princípio. Todavia, segundo nosso modo de pensar, o que presta reverência à regra isonômica, por certo, é o

da CF/88), tendo em vista a atribuição de montante excessivo para o imposto, desgarrada da natural razoabilidade[6].

No tocante à finalidade específica de garantir o cumprimento da função social da propriedade, Ives Gandra Martins resume, com perfeição, esta ilação, dizendo que:

> *"No concernente ao IPTU, apenas para assegurar a função social da propriedade, é possível a aplicação do referido princípio (…).*
>
> *(…)*
>
> *Em outras palavras, a regra geral do § 1º do art. 145 vincula-se à regra específica do princípio da progressividade e, no sistema brasileiro, está relacionada apenas a dois impostos, a saber: o IR, de forma ampla e de forma limitada, o IPTU.*
>
> *Pensar de forma diversa é entender que o constituinte, sobre ser repetitivo, prolixo e desconhecedor da técnica legislativa, seja, fundamentalmente, um contumaz defensor das contradições, ao dizer que tanto os imóveis que cumpram a sua função social quanto aqueles que não a cumpram, seriam punidos pelo princípio da progressividade, punição expressa para estes e implícita para aqueles. Mais do que isto: apesar de ter gasto espaço e palavras com a explicação dos casos em que o princípio da progressividade poderia ser aplicado, haveria de se entender que, além daqueles casos expressos, em todos os outros casos, o princípio da progressividade poderia ser aplicado.*
>
> *Pelo exposto, à luz da Constituição de 1988, somente pode haver progressividade do IPTU com a alteração da alíquota no tempo, desde que as propriedades urbanas: a) não sejam edificadas; b) não cumpram sua função social; c) estejam situadas em áreas definidas no plano diretor; d) seu proprietário, apesar de compulsoriamente instado a parcelar ou a edificar, não o faça assinalado por lei; e) haja lei federal que defina função social.*
>
> *Nesses casos, somente, o IPTU poderá ser progressivo, no tempo"* [7].

Na mesma linha, o raciocínio do Ministro Francisco Rezek, durante debate acirrado com o Min. Carlos Velloso, no julgamento do Recurso Extraordinário supramencionado:

> *"Eminente Ministro Velloso, figure V. Exa. a cidade ideal; pense num lugar de dimensões reduzidas, primorosamente administrado ao longo de décadas, onde poderíamos dizer que neste momento histórico todos os imóveis urbanos*

---

fato de o imposto cobrado do imóvel de maior valor venal — na mesma alíquota — ser mais custoso ao contribuinte do que aquele cobrado do imóvel de menor valor. Com isso, s.m.j, estar-se-á a tratar desigualmente contribuintes em situações desiguais, como manda o princípio.

6 Interessante, nesse ponto, a lição de Ives Gandra Martins, no sentido de que *"… a falta de lei definindo o confisco não impede que o contribuinte suscite provimento jurisdicional necessário para proteger-se, pleiteando o reconhecimento da insconstitucionalidade de lançamento, sempre que as exigências fiscais desnaturem o tributo por sua excessividade, indo além daquilo que se atribuir com razoabilidade"* ("O Princípio da Progressividade no IPTU", parecer incluso na obra "Direito Constitucional Interpretado", RT, 1992, p. 213).

7 "Comentários à Constituição do Brasil", Saraiva, 6ª Vol., Tomo I, p. 549-552.

obedecem às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor. Reconheceríamos, também, que nesse município ideal todas as propriedades urbanas cumprem sua função social à luz do § 2º do art. 182. V. Exa. entende que ainda assim esse imposto pode ser progressivo à luz do § 1º do art. 156? A que título, se já assegurada a função social da propriedade?" (RE 153.771-0-MG, fls. 547).

Concordaríamos inteiramente com a tese do festejado tributarista, que, como se viu, encontrou inteira acolhida pela Augusta Corte, não fosse pelo fato de acreditarmos que o Município possui competência legislativa também para definir o que seja a função social da propriedade.

O art. 30 da Carta Constitucional foi claro por demais ao estabelecer como competências legiferantes municipais os assuntos de interesse local (inciso I) e o suplemento da legislação federal e estadual, no que couber (inciso II). Por óbvio, o Município somente poderá agir, suprindo omissões legislativas dos demais entes federados, quando se tratar de assunto de interesse local. E dentre esses figura, por certo, a capacidade tributária impositiva que lhe é atribuída explicitamente pelo art. 156, inc. I, da CF/88[8]. Nesses termos, é manifesta a possibilidade de o Município suprir a ausência temporal da lei federal requisitada pelo art. 182, § 4º, da CF/88, desde que não contrarie seu comando[9].

Entender de forma diversa, talvez, fosse negar aplicação ao princípio da autonomia Municipal, tendo em vista a dependência deste, para instituir e aplicar o sistema de alíquotas tributárias progressivas — em imposto de sua exclusiva competência —, de lei federal que viesse a definir a caracterização do termo função social da propriedade[10]. Nem a União, e muito menos os Estados (sob pena de intervenção federal — art. 34, incs. IV e VII, "c", da CF/88), podem interferir no exercício da competência tributária dos Municípios, sem que isso importe em

---

[8] Nesse sentido também Roque Antonio Carraza, "Curso de Direito Constitucional Tributário", 11ª edição, Malheiros, 1998, p. 124: *"Como corolário disto, cada Município, por seu Legislativo, dirá livremente o que é de seu peculiar interesse. Esta matéria, conforme já demonstramos, não pode ser prefixada, porque os Municípios diferem entre si, e o que é de peculiar interesse de um poderá não ser de outro; e vice-versa. Caberá ao Judiciário, se acionado, coactar eventuais excessos, neste setor. Nem mesmo ele, porém, haverá de considerar como não sendo assuntos de interesse do Município os atinentes à instituição e arrecadação dos tributos de sua competência…".*

[9] Segundo Pinto Ferreira: *"O art. 30 em seu inc. II preceitua caber ao Município suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, o que não ocorreria na Constituição anterior.* ***Agora o Município pode suprir as omissões e lacunas da legislação federal e estadual, embora não possa contraditá-las****" (Curso…, Op. Cit., p. 271).*

Na mesma linha Celso Ribeiro Bastos: *"… Mesmo em assuntos sobre os quais nenhuma competência possuía o Município, pode ele agora suprir omissões da legislação federal e estadual, obviamente sem violentá-la. Ainda assim, na verdade, parece possível dar expressão legislativa aos interesses locais, suplementando uma normatividade heterônoma, que por essa via torna-se possível de receber dispositivos que a modelem mais adequadamente ao atingimento de seus desígnios, tomando em linha de conta as particularidades dos diversos entes locais."* ("Curso de Direito Constitucional", 19ª edição, Saraiva, 1998, p. 312).

[10] A esse argumento Ives Gandra Martins responde, afirmando que é matéria que pertine à União (própria do Dir. Econômico) e sustentando ilógico e irracional a coexistência de 5.000

quebra da princípio federativo, agredindo cláusula pétrea de nossa Carta Constitucional (art. 60, § 4º, inciso I). E essa intromição, em nosso modo de ver, compreende também a omissão legislativa[11].

Como ensina o Prof. Roque Antonio Carraza:

> *"Os Municípios têm o direito subjetivo à autonomia e, destarte, ao pleno e livre exercício de suas competências tributárias… (…). Portanto, pondo ponto a este raciocínio, estudar a competência tributária sem levar em consideração a autonomia dos Municípios é correr o sério risco de deixar sem resposta questões da mais alta relevância jurídica."* [12].

Aliás, nunca é demais salientar que as normas programáticas — como essa que trata da função social da propriedade — possuem força jurídica autonôma, independentemente da integração legislativa. Assim, apesar de sua não-auto-executoriedade, vinculam a todos os órgãos concretizadores do direito, como diretivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição)[13]. Não estamos, é claro, querendo dispensar a caracterização da função social da propriedade por lei formal (art. 97 do CTN e 150, I, da CF/88). Pelo contrário, está-se buscando a flexibilização do dispositivo constitucional, através de interpretação tão ou mais sistemática que aquele efetuada pela Augusta Corte, como forma de assegurar — a um só tempo — o efetivo cumprimento da função social da propriedade — até hoje um mero programa constitucional — e o princípio da autonomia Municipal.

Dessa forma, parece-nos possível viabilizar aos Municípios o exercício pleno de sua competência tributária, sem prejuízo das garantias e dos direitos individuais dos cidadãos-contribuintes.

---

conceitos diversos de função social. *"Data venia"*, não podemos concordar, pois entendemos que não se trata exclusivamente de matéria de direito econômico. Ademais, mesmo que assim fosse, a regra do art. 30, incisos I e II, conferiria *"legitimatio"* ao Município. Por fim, tendo em vista as peculiaridades de cada municipalidade, é até recomendável que cada uma tenha a sua própria definição do que seja necessário para que a propriedade atenda sua função social, ressalvando-se sempre a primazia da norma federal, que venha a disciplinar o tema, como norma de caráter geral. Aliás, é exatamente esta a leitura que fazemos do art. 182, § 2º, da CF/88, que preceitua, para que se cumpra a função social, o atendimento às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

[11] Observe-se, nesse ponto, a impossibilidade de o Município suscitar o controle abstrado de inconstitucionalidade por omissão da norma solicitada pelo art. 182, § 4º, da CF/88, tendo em vista o rol casuístico do art. 103 da Carta Política. Sem levar em conta, ainda, a quase inoperância da ADIn por omissão em nosso atual sistema de jurisdição constitucional, diante da ausência de sanção para o descumprimento do comando sentencial pelo poder legislativo, que não pode, nunca, ser coactado a legislar.

[12] Curso…, Op. Cit., p. 127.

[13] Nesse sentido a lição de J.J. Gomes Canotilho, "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", Livraria Almedina, p. 1050/1051.

---

* Procurador do INSS e membro do IBAP (Instituto Brasileiro de Advocacia Pública).

❖ ❖ ❖

A REFORMA DO JUDICIÁRIO E A DEMANDA DE LEGITIMIDADE QUE O QUESTIONA

***L**áurence **R**aulino* ***

1. Considerações iniciais

No século II a.C., ao teorizar sobre o controle recíproco dos poderes, Políbio concluiu que a primeira causa do êxito ou do insucesso de um povo deve ser procurada em sua constituição, segundo registro de Norberto Bobbio na sua obra "A Teoria das Formas de Governo" **(1)**. O mesmo Bobbio, no entanto, adiante observou, ponderando: "*... hoje não nos inclinamos tanto a admitir que a causa fundamental do êxito ou do fracasso de um povo seja sua constituição"* **(2)**.

Ainda segundo Bobbio, na mesma obra, "... *o que Políbio evidencia claramente, para afirmar a excelência de uma constituição, é o que chamaríamos de seu* **mecanismo**. *A teoria de Políbio é uma teoria dos mecanismos constitucionais que tornam possível uma forma de governo estável — por isso preferível a qualquer* outra" **(3)** — grifou-se.

Na reforma do Judiciário ora em discussão no Congresso Nacional, por outro lado, aquela genial criação de Políbio — relativa ao controle recíproco dos poderes, que na idade moderna tornou-se o tema central das teorias constitucionalistas, através da expressão que a identifica, "*balance of power*" — que Montesquieu aperfeiçoou em seu clássico e fundamental "*L' Esprit des Lois*", foi, num certo aspecto, razoavelmente contemplada, seguindo a nossa tradição republicana, com a formulação constante do Substitutivo da deputada Zulaiê Cobra Ribeiro — a digna relatora do projeto, da proposta do "Conselho Nacional de Justiça" (art. 103 — A da PEC nº 96 — A e seus apensos), embora o mesmo, por si só, não seja suficiente para atender às exigências técnicas e políticas de uma sociedade aberta e democrática, expressas no dia-a-dia de suas lutas e anseios.

Por conta de sua timidez, de outro ângulo, aquele Substitutivo fará com que persista, já no nível constitucional — que evidencia em seu art. 93, I, da Carta Magna, uma contradição de natureza jurídica e política insuperável no processo de escolha dos juizes ante o princípio da emanação popular de todo o poder, inscrito no art.1º, parágrafo único, do texto constitucional — a histórica demanda de legitimidade questionando o Poder Judiciário, caso não se promova, nesta oportunidade ímpar em que se discute sua reforma, uma alteração profunda e radical no processo de escolha dos juizes, para fazer valer neste processo o princípio da emanação popular que preside os mesmos processos no âmbito do Executivo e do Legislativo.

2. Alguns aspectos do Substitutivo da Relatora

No concernente à teoria do controle recíproco dos poderes — que no últimos duzentos anos de história vem se apresentando, indubitavelmente, como uma verdadeira base dogmática para a democracia, o Substitutivo Zulaiê Cobra, embora observando-o rigorosamente como princípio fundamental que é — na forma inscrita em nossa Carta Magna, em seu art. 2º, pouco propõe em favor da expansão e do aprofundamento da nossa ordem democrática — ressalvada a referida manutenção daquele princípio, muito discutida e questionada ao longo desses onze anos de experiência da Constituição de 5 de outubro de 1988.

Com efeito, nessa oportunidade ímpar que é a discussão da Reforma do Judiciário — enfatizamos, quando a sociedade assiste perplexa aos lamentáveis escândalos divulgados pela mídia envolvendo integrantes do Poder — ora objeto de investigação por uma Comissão Parlamentar de Inquérito, a ilustre Relatora da PEC, ao procurar atender aos reclamos da sociedade organizada em relação ao mesmo, vem apresentar como proposta de encontro a isso um "Conselho Nacional de Justiça" nada eclético, como consta da Seção II-A, art. 103-A, do seu Substitutivo.

Cabe registrar, entretanto, não obstante, o louvável acerto da ilustre relatora da PEC em manter em seu Substitutivo os parágrafos 6º e 7º do dispositivo que trata do CNJ, assim versando, respectivamente:

> .....
>
> *"Junto ao Conselho oficiarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil."*
>
> *"A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça."*
>
> .....

Embora já tendo apresentado nossas considerações iniciais, acima, e avançado um pouco na nossa modesta e despretenciosa apreciação do assunto "Reforma do Judiciário", devo registrar que o faço apenas movido pelo inalienável e exclusivo interesse de minhas preocupações de cidadania, ainda que isto importe em um gesto ousado do simples profissional do direito — advogado que sou.

Não obstante, há que ser abordado o assunto objeto da segunda parte do título destas considerações.

3. A demanda de legitimidade que questiona o Judiciário

O nosso grande intelectual e dedicado historiador José Honório Rodrigues, em sua clássica obra "Conciliação e Reforma no Brasil" **(4)**, observa que foi a partir da Carta de 1934 que inscreveu-se no texto constitucional a declaração de que "todo o Poder emana do Povo e em seu nome é exercido". A primeira constituição republicana, portanto, teria ignorado este princípio em seu texto.

A "Constituição Cidadã" de 1988, por outro lado, já inscreveu a declaração como princípio fundamental, assim versado:

> "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."(Art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal).

Referido princípio constitucional, todavia, que resulta nos desdobramentos fixados nos arts. 27, § 1º, 28, *caput*, 29, I, 45, *caput*, 46, *caput*, e 77, *caput*, da Carta de 88, com o estabelecimento de eleições para os legislativos e executivos dos Municípios, Estados, Distrito Federal e União, esbarra no insuficiente e restrito princípio do concurso público de provas e títulos para o cargo inicial de juiz, estabelecido em seu art. 93, I, como se o mesmo cargo se destinasse a um funcionário público qualquer, e não a um integrante de um dos Poderes da República.

A nossa tradição republicana não consagrou o sufrágio popular para o cargo de juiz, como o fez para os integrantes dos outros dois poderes. Há aí toda uma cultura difusa e sedimentada ao longo dos cento e dez anos de república se opondo fortemente a isso, com justas e relevantes razões, sejamos honestos.

Com efeito, não obstante a notável conquista de espaço político pela sociedade civil nos últimos quinze anos, deve-se reconhecer que ainda são relevantes as objeções a uma mudança dessa ordem se cogitada hoje, pois do passado permanecem os ecos de registros que os nossos pensadores e juristas fizeram por cima de observações do tipo daquela que Stuart Mill apresentou no ano de 1861 em sua clássica obra "Considerações Sobre o Governo Representativo", assim versada, na tradução de Manoel Innocêncio de Lacerda Santos Jr. **(5)** : "*De todos os funcionários do governo, os que menos deveriam ser nomeados pelo sufrágio popular são os juizes. Ao mesmo tempo em que suas qualidades especiais e profissionais não podem ser avaliadas pelo povo, não existem outros funcionários para os quais a imparcialidade absoluta e a total falta de ligação com políticos ou facções de partidos seja de tão grande importância.*"

É certo ainda hoje que as *qualidades especiais e profissionais* dos juizes *não podem ser avaliadas pelo povo*, mas a inserção deste no processo de escolha dos mesmos poderia ser feita pela via indireta, sem qualquer vinculação partidária, como admite o parágrafo único do art.1º da nossa Constituição, que se aplica, inclusive, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (art. 101, parágrafo único), do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, parágrafo único), do Superior Tribunal do Trabalho (art. 111, § 1º), e também no âmbito do Superior Tribunal Militar (art. 123, *caput*).

Para o cargo inicial da carreira, o concurso público de provas e títulos, na forma estabelecida no art. 93, I, da Constituição, há que se convir — por inúmeras razões que nos furtaremos de comentar, deve ser mantido, mas inserido, como etapa prévia, no processo de escolha que hoje se aplica aos membros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores.

No caso dos juizes e desembargadores dos Tribunais Estaduais, o processo de escolha passaria pelas Assembléias Legislativas dos estados, enquanto que no caso dos juízes federais de primeira e segunda instâncias, a escolha passaria pela Câmara Federal, observando-se sempre o princípio estabelecido no art. 93, I, da Constituição, para os cargos iniciais da carreira, que seria inserido no amplo processo de escolha que ora nos atrevemos em sugerir, numa ousadia de cidadania

que simplesmente busca fazer valer o sagrado princípio inscrito no parágrafo único do art.1º da nossa Carta Magna.

Se acolhida nossa modesta e despretenciosa sugestão, na forma exposta acima ou por outra que melhor opere o princípio inscrito no parágrafo único do art. 1º da nossa Carta, será definitivamente extinta a *demanda de legitimidade que questiona o Poder Judiciário* aí, neste preciso ponto, aparentemente tão obscuro e insignificante, mas apenas aparentemente, pois na verdade histórica o mesmo é inquestionavelmente relevantíssimo para a cidadania e para a coerência política e jurídica de uma Constituição.

4. CONCLUSÃO

O princípio da emanação popular do poder, consagrado no art.1º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil, há de se acreditar, **não pode nem deve ser apenas um adereço jurídico**, mas **um concreto e real comando que se imponha a quaisquer abstrações destinadas a um tipo de evocação que a ordem democrática não mais admite neste fim de século.**

Assim, portanto, ficam aqui as nossas modestas sugestões aos Ilustres Senhores Parlamentares, e, em especial, à digna e não menos ilustre Relatora da Proposta de Emenda à Constituição nº 96-A, Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro.

Referências bibliográficas:

(1) – Editora Universidade de Brasília, 2ª edição, 1980

(2) – ibidem

(3) – ibidem

(4) – Editora Nova Fronteira, 2ª edição, 1982

(5) – Editora Universidade de Brasília, 1981

* Procurador do INSS e Escritor.

❖ ❖ ❖

A EXIGIBILIDADE DA CONTRIBUIÇÃO DENOMINADA SALÁRIO-EDUCAÇÃO

***R**ubem **A**ranovich* *

SUMÁRIO: 1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES. 2. DA CONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO DIANTE DA CONSTITUIÇÃO PRETÉRITA. 3. DA RECEPÇÃO DO SALÁRIO-EDUCAÇÃO. 4. A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. 5. DA DESNECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. 6. A PRESCINDÊNCIA DA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS E DA LEI Nº 9.294/96 7. A INEXISTÊNCIA DE VÍCIO FORMAL. 8. CONCLUSÃO.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A partir da edição da MP nº 1.518 de outubro de 1996 começaram a surgir em todo território nacional discussões acerca da exigibilidade da contribuição denominada salário-educação. O surgimento da medida provisória despertou em muitos o senso de que teria a contribuição sido indevida, ao menos no período compreendido entre a Carta Pretérita e a edição do instrumento normativo. Outros demonstraram insurgência contra a própria medida provisória, tendo também sido levantada a tese de que a contribuição seria inconstitucional diante da Carta de 67. Com a edição da Lei 9.294/96 a discussão recrudesceu. Após essa lei sobreveio nova medida provisória (nº 1.565/97), por diversas vezes reeditada, que também não sanou as controvérsias. Igual sorte assiste a sua substituta no assunto, a MP nº 1.608/97.

É com esses contornos normativos que o salário-educação tem sido exigido dos contribuintes, lançando os contribuintes os mais diversos argumentos contra a contribuição.

Com o devido respeito àqueles que sustentam tese contrária, pensamos que a contribuição sempre foi devida no cenário nacional, desde a sua criação até os dias de hoje.

Para a demonstração do nosso entendimento, passamos a uma análise daqueles que consideramos os mais freqüentes argumentos lançados.

Diversos são os argumentos que tem sido trazidos a juízo no intento de eximirem os contribuintes do pagamento do salário-educação. Entre eles se pode destacar como os melhores:

a) O salário-educação era inconstitucional frente a Constituição de 1967;
b) O salário-educação não foi recebido pela novel Constituição por contrariar o art. 25, I;
c) É vedada a utilização de medida provisória para a regulamentação do salário-educação;

d) O salário-educação só poderia ter sido regulado por lei complementar, a teor do art. 146, III, CF;

e) Houve vício formal na Lei 9.424/96 que editou o salário-educação.

Das cinco teses, a que consideramos decisiva é a alegação de inconstitucionalidade diante da CF de 1967, sendo que as outras, com o devido respeito dos seus ilustrados partidários, são menos consistentes.

Ademais, superada a questão da constitucionalidade diante da ordem anterior, o que possibilita a recepção da contribuição (sem qualquer ofensa ao art. 25, I, do ADCT) pela nova carta, as teses 3, 4 e 5 perdem a importância, conforme se demonstrará.

Feitos esses breves comentários, adentramos em uma sucinta demonstração das razões pelas quais entendemos que as teses lançadas contra a contribuição não tem possibilidade de êxito.

2. DA CONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO DIANTE DA CONSTITUIÇÃO PRETÉRITA

Alguns autores sustentam que o salário-educação feriria a CF de 67, posto que o Decreto 1.422/75 delegara a decreto do poder executivo a faculdade de fixar a alíquota a ser exigida. Por esse fundamento entendem que estaria violado o princípio da legalidade tributária (art. 19, I).

A erronia dessa tese reside no fato de visualizar a contribuição para o salário-educação com os olhos da CF de 1988. Ocorre que a contribuição para o salário-educação diante da Carta anterior não era tributo, aliás, nem mesmo após a Emenda nº 8 de 1977, o que entendem alguns causídicos, confundindo-a com a contribuição previdenciária. **O fundamento para a instituição da contribuição para o salário-educação era o art. 178 da CF de 67, dispositivo que estava fora do sistema tributário da carta pretérita e, portanto, fora do alcance do princípio da legalidade tributária**. Cabe destacar que o STJ já chancelou em sede de EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA que o FGTS sempre teve natureza de contribuição social e, portanto, fora do alcance das normas tributárias, mesmo antes da EC nº 8/77.

> 1. O FGTS não tem a mesma natureza jurídica das contribuições previdenciárias, isto sim, **compatibilizando-se com aquelas de feição social**, portanto, **não espelhando tributos**, sujeitando-se ao prazo prescricional trintenário. **Assim compereende-se mesmo para o interregno anterior à EC 8/77.**
>
> 2. **Precedentes do STF e STJ**.
>
> 3. Embargos acolhidos.
>
> (**Embargos de Divergência** nº 35.124, Primeira Seção, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Julgado em 10 de setembro de 1997 e publicado no DJ de 03.11.97, p. 56205.

Ora, o FGTS possuía na CF anterior o mesmo "status" do salário-educação, ou seja, tratava-se de **contribuição social,** elemento cuja autorização constitucional

situava-se fora da esfera compreendida no Sistema Tributário. Veja-se, portanto, que a exação não se sujeitava ao sistema tributário nacional como ocorre na ordem jurídica vigente, por força do art. 149 da CF de 1988. A contribuição previdenciária, ao contrário, diante da redação da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, estava autorizada no inc. I do § 2º do art. 21 (contido no sistema tributário) apenas tendo abandonado essa posição após a edição da EC nº 8/77.

Aliás, o **Supremo Tribunal Federal** já examinou diversas vezes a alegada existência de caráter tributário na contribuição diante da Carta Pretérita, em especial, através do seu Plenário, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 83.662-RS, filiando-se majoritariamente ao entendimento que a contribuição não possuía tal caráter. Prevaleceu a posição do Min. Moreira Alves que apontou a ausência de compulsoriedade, posto que o art. 178 facultava ao devedor optar pela prestação mais benéfica, o que incompatibilizava a contribuição com o art. 3º do CTN.

Cabe destacar que a obrigação criada pelo art. 178 era de que as empresas mantivessem o ensino primário gratuito de seus empregados e dos filhos destes, entre os sete e os catorze anos, alternativamente a essa obrigação colocava-se a possibilidade de concorrer para aquele fim mediante a contribuição denominada salário-educação.

Por outro lado, na ótica da Constituição anterior, era possível ao executivo até mesmo editar Decretos autônomos, sem qualquer lesão a esfera da legalidade. Quanto a isso, confira-se a lição do inolvidável HELY LOPES MEIRELLES:

> *"Regulamento é ato administrativo geral e normativo, expedido privativamente pelo Chefe do Executivo (federal, estadual e municipal), através de decreto, com o fim de explicar o modo e forma de execução da lei (regulamento de execução), ou prover situações não disciplinadas em lei (**regulamento autônomo ou independente**)."*
>
> *(Hely Lopes Meirelles, 5ª edição atualizada, 1977, RT, p. 101 e 102)*

Ademais, conforme se pode ver o Decreto 1.422/75 traçou em seu bojo todos os critérios para a fixação do valor que deveria ser arrecadado, deixando para o executivo apenas a **explicitação** do valor nominal, o que deveria ser feito através da manipulação da alíquota. Não houve, pois, qualquer instituição, exigência ou aumento. Além disso, não é lógico que se diga que quem podia tratar de tema regulado por lei, desde que houvesse inércia legislativa, não pudesse obedecer a comando do próprio legislativo complementando norma por ele editada e segundo padrões por ele estabelecidos. Entender o contrário seria impugnar o consagrado princípio de "Quem pode o mais, pode o menos".

Por derradeiro, assinale-se que é inconcebível que se vício houvesse, nossos eminentes tributaristas teriam silenciado por mais de vinte anos quanto ao apontado vício.

3. DA RECEPÇÃO DO SALÁRIO-EDUCAÇÃO

Questão que muitos tem trazido a lume como pedra angular na inexigibilidade do salário-educação é o art. 25, I, do ADCT, impeditivo da sua recepção, seja

porque a contribuição era regulada por Decreto-lei, seja porque sua alíquota era fixada por decreto do executivo. Fala-se em decorrência de ofensa aos artigos 150, I, da CF, e e 34, § 1º, do ADCT.

O artigo 25, I, do ADCT não nos trouxe nenhuma novidade e, aliás, sua interpretação já foi desvendada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme os julgados abaixo colacionados:

> **EMENTA: Quota de Contribuição sobre a exportação de café – DL. 2.295/86. Inteligência do art. 25, I do ADCT/88.**
>
> **Entendeu a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal que a regra do artigo 25,I, do ADCT revogou tão somente a delegação conferida ao IBC para alteração de alíquota, mantendo-se a exigência fiscal legitimamente instituída pelo Decreto-lei 2.295/86, recepcionado pela nova Carta (RE 191229-SP, DJ 13.09.96).** (destaquei)
>
> **A decisão foi proferida no RE-209301/SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, publicado no DJU de 19.12. 97, votação unânime.**
>
> **EMENTA. EXPORTAÇÃO DE CAFÉ. QUOTA DE CONTRIBUIÇÃO. DL 2.295/86. ART. 25,I, DO ADCT/88.**
>
> **Trata-se de exigência fiscal legitimamente instituída pela União, sob o regime da EC 01/69, para intervenção no domínio econômico, por meio de decreto-lei que foi recebido pela nova Carta, com ressalva apenas da delegação nele contida, em favor do extinto Instituto Brasileiro do Café, para fim de fixação da respectiva alíquota (art. 25, I, do ADCT), de resto, impossível de ser exercida, em face da extinção da autarquia.** (destaquei)
>
> **Recurso conhecido e provido.**
>
> **(Recurso Extraordinário, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, Julgado em 04/06/96, votação unânime)**

Assim, revogada está apenas a autorização para o Poder Executivo continuar a alterar a alíquota por decreto, sem prejuízo, porém da recepção do último decreto que fixou a alíquota como lei ordinária.

Vê-se, pois, que nenhum óbice especial criado por parte desse dispositivo a recepção da contribuição. Essa se regerá pelas normas atinentes ao direito intertemporal. Dentro dessa linha, ensina CELSO RIBEIRO BASTOS que:

> *"A única exigência para que o direito ordinário anterior sobreviva debaixo da nova Constituição é que não mantenha com ela nenhuma contrariedade, não importando que a mantivesse com a anterior, quer do ponto de vista material, quer formal. Não que a nova Constituição esteja a convalidar vícios anteriores. Ela simplesmente dispõe* 'ex novo'. ***O que se quer dizer é que o fato de uma norma ter sido aprovada por um direito inferior à lei, mas que sob o regime antigo tinha força de lei, não é óbice para que continue em vigor debaixo da Constituição nova que exige lei formal para tanto****".*
>
> (Curso de Direito Constitucional, de acordo com a Constituição de 1988, ed. Saraiva, 1990, p. 116, autor citado). Grifo nosso.

E o mestre prossegue ensinando que " *No nosso direito até hoje temos em vigor atos normativos com força de lei, embora tivessem sido aprovados à época (período imediatamente anterior à constitucionalização de 1934) por meros decretos*". No mesmo sentido, se põe a jurisprudência. Diversas súmulas do STF e do STJ versam sobre temas que foram editados por meros decretos do Poder Executivo, como a 102 do STJ e a 121 do STF. Destaque merece a chamada "Lei de Usura" que, na verdade é um " Decreto de Usura" (Decreto nº 22.626, de 07 de abril de 1933). Veja-se, portanto, que para que esses temas tivessem sido objeto de súmulas é pressuposto óbvio que eram integrantes do sistema jurídico.

Assim, não há qualquer lesão ao princípio da legalidade e em especial o da legalidade em matéria tributária (art. 150, I, CF).

4. A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS

Quanto a alegação de que o salário-educação não poderia ter sido tratado por medida provisória, igualmente não pode ser aceita, eis que o STF já decidiu que relevância e urgência é matéria de caráter político a ser apreciada pelo Executivo e Legislativo, portanto, apenas *excepcionalmente* passível de apreciação pelo Poder Judiciário. Nesse sentido ADIns 162-DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, 14.12.89; 1.397-DF, Rel. Min. VELLOSO, RDA 210/294; ADIn 1.647-PA, Rel. Min. Velloso.

É farto o leque de outras contribuições cujo trato se deu por medida provisória, sem a repulsa do STF, com o que se vê que o trato tributário é assunto relevante urgente na visão daquela Corte.

Desta forma, sendo matéria já decidida pelo Pretório Excelso que é quem tem competência para dar a última palavra, nos escusamos de maiores comentários.

Por outro lado, o art. 246 da CF, com redação da EC nº 6/95, também não é óbice, posto que a MP 1.565/97 apenas *modificou* a disciplina regulamentadora do salário-educação dada pela Lei 9.424/96, e isso não se confunde com dar regulamentação a dispositivo ainda não regulamentado, que foi o real objeto de vedação buscado pelo legislador.

Veja-se, aliás, que a EC nº 14/96 ao alterar a redação original do § 5º do art. 212 não tocou na exigibilidade legal da contribuição nos termos em que o constituinte originário previu, mas apenas suprimiu a possibilidade de os empresários deduzirem a aplicação realizada no ensino fundamental de seus empregados e dependentes. Ora, dessa pequena alteração, não se afigura legítima a invocação de que possa incidir o art. 246 da CF.

5. DA DESNECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR

Da mesma forma, não pode ser acolhida tal ponderação, uma vez que o salário-educação tem fonte na própria Constituição, no art. 212, § 5º, onde se pede apenas **lei**. Ensina SACHA CALMON NAVARRO COELHO que quando constituição pede lei complementar ela o faz expressamente" (Comentários à Constituição de 1988, Sistema Tributário, 4ª ed.; Editora Forense, autor citado, p. 113.)

Por outro lado, ensina MISABEL ABREU DERZI invocando a lição de ALIOMAR BALEEIRO que o art. 146, IIII, da CF, é dispositivo voltado apenas para a orientação do legislador na edição de normas gerais, não exigindo a edição de lei complementar para a criação de tributo ou contribuição social, assim como para a fixação de base de cálculo ou alíquota.

> "…*E, finalmente, aduz Baleeiro que a norma geral não decreta tributo, nem lhe fixa alíquota. Isso cabe exclusivamente à lei ordinária da pessoa de Direito Público competente para instituí-lo (RE nº 74.464, Pleno, RTJ 65/194 citando precedentes: RE nº 72.508, 72852, 73.181,74.507,… " (Aliomar Baleeiro, Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, 7ª ed. Atualizadora Misabel Abreu Machado Derzi, Forense,1997, p.106*)

No mesmo sentido entende PAULO DE BARROS CARVALHO sustentando que o legislador complementar apenas poderá valer-se do art. 146, III, *a*, da CF para a definição de tributos e suas espécies se for para *dispor sobre conflitos de competência*. O douto baseia sua tese em interpretação sistemática adotada na CF/67 que continua válida sob a égide da CF/88, eis que edificada sobre os mesmos fundamentos. (Curso de Direito Tributário, Editora Saraiva, 5ª edição, 1991, autor citado, p. 139 e 140).

Seguindo a linha de que a necessidade de lei complementar para os fins da alínea *a* do inc. III do art. 146, da CF *é exclusivamente voltada aos impostos* se põe LEANDRO PAULSEN. Esclarece que apenas, excepcionalmente, quando a Constituição expressamente exige lei complementar, como no caso da competência residual da União para a criação de contribuições para o custeio da Seguridade Social, é que tal veículo é necessário. O referido autor apóia suas conclusões em manifestações do Supremo Tribunal, tais como as proferidas no Recurso Extraordinário nº 146.733/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES e no Recurso Extraordinário nº 138.284/CE, Rel. Min. VELLOSO. (Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, Livraria do Advogado Editora, 1998, autor citado, p. 45).

Existe, ainda, uma outra linha de partidários da necessidade da edição de lei complementar invocando art. 195, § 4º, da CF. Ocorre que essa tese parte da premissa falsa de confundir a denominada contribuição para o salário-eduçação com as contribuições para a Seguridade Social. A contribuição social em questão tem natureza geral, inconfundível com aquele tipo especial de contribuição social. Note-se que a contribuição para o salário-educação possui fonte própria de fundamentação constitucional (art. 212, § 5º), conforme já ressaltado, da mesma forma as demais contribuições sociais gerais, cuja fonte é o art. 149, CF, também podem ser editadas exclusivamente por lei ordinária, apenas respeitados os ditames gerais da legislação complementar.

6. DA PRESCINDÊNCIA DA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS E DA LEI 9.294/96 PARA O TRATO DO SALÁRIO-EDUCAÇÃO

Ademais, ainda que se pudesse admitir que a medida provisória não fosse o instrumento idôneo para o trato do assunto, ou que esse devesse ser regulado por lei complementar, o que só se admite para se poder prosseguir a argumentação, tal em nada alteraria a exigibilidade da contribuição.

Cabe referir que se assim fosse, efetivamente a MP que tratou do salário-educação teria sido inconstitucional, fosse por violação do art. 62 da CF, fosse por invadir esfera reservada constitucionalmente a lei complementar. Disso querem alguns extrair o efeito de que, embora a contribuição pudesse ter sido recebida, teria restado indevida a partir da edição da MP até eficácia da Lei 9.424/96.

Contudo, não se pode pensar assim. Isto porque a inconstitucionalidade é um vício que atinge a norma a partir da sua edição. Nesse sentido, confira-se a lição de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 18ª edição, p. 30). Assim, "em termos práticos", é como se a norma inconstitucional não tivesse existido, pelo que não teria revogado a norma a ela antecedente. Nesse particular, cabe frisar que **não se trata de repristinação da norma revogada**, mas de desconstituição de qualquer efeito produzido pela norma revogadora. Nesse sentido, diversos precedentes do STF e dos Tribunais Federais Regionais quando da análise da exigibilidade do Finsocial e do PIS, entre os quais o proferido em sede de Embargos de Declaração interpostos no Recurso Extraordinário nº 151162, Embargante a União Federal, Embargada Tassi Turismo Ltda e outros, Relator o Ministro MOREIRA ALVES, assim ementado:

> EMENTA:
>
> Embargos de declaração. Embargos recebidos em parte, para, a fim de não haver duvida a respeito, declarar que a procedência da ação, quanto ao pedido alternativo e sucessivo **de que os Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88 não podem ser aplicados as embargadas, não as exime de recolherem o PIS na forma prevista na Lei Complementar nº 7/70**.

No mesmo sentido decisões dos Tribunais Regionais da 2ª, 3ª, 4ª (Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 950439984-3/RS, 2ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Juiz Vilson Darós, DJU 04.10.95; Apelação Cível nº 71627/SP, 4ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Juiz Homar Cais, DJU 22.08.95, p. 53.367; Apelação Cível nº 43866/RJ, 2ª Turma do TRF da 2ª Região, Rel. Juiz Rogério Vieira de Carvalho, DJU 31.08.95, p. 56.043;

Desta forma, **a contribuição uma vez recebida pela CF de 1988 continuaria a ser exigida com base na legislação a ela anterior, independentemente da MP e até mesmo da Lei 9.294/96**. Aliás, cabe referir que exigibilidade da contribuição pela MP se deu nos mesmos termos da legislação antecedente, ou seja, sob a alíquota de 2,5% sobre a folha de salários.

7. A INEXISTÊNCIA DE VÍCIO FORMAL

Antes de mais nada, cabe ressaltar que é irrelevante a ocorrência de vício formal na Lei 9.426/96, posto que ainda que tal ocorresse a contribuição continuaria a ser exigida com base na legislação anterior à CF, conforme já demonstrado.

Por outro lado, inexistiu qualquer vício, mas mera correção de linguagem sem qualquer prejuízo, uma vez que apenas houve a substituição.

A correção apenas quis deixar bem claro que a contribuição não deveria incidir sobre o "pro labore" ou remuneração de autônomos.

Ademais, cabe referir que não é apontada qualquer ampliação da exigência da contribuição por parte da alteração do Senado. Veja-se que o que era vedado ao Senado era que desse outra redação ao texto de modo a possibilitar que o âmbito da exigência fosse aumentado ou restringido. Nesse sentido não é apontado em qualquer comentário que com a alteração procedida isso tivesse ocorrido. Assim, a alteração só pode ser entendida como mera correção de linguagem, eis que não surtiu efeito prático nenhum.

8. CONCLUSÃO

Em conformidade com a nossa posição já se põem lúcidas decisões do Pretórios como as proferidas pelo TRF da 4ª Região nas AC. nº 1998.04.01.022905-2/SC e AC. nº 1998.04.01.022906-4/SC e na AMS nº 1998.04.01.086273-3/RS, em que fomos apelantes, cuja ementa, pelo seu grande poder de síntese da matéria, é abaixo transcrita:

> **TRIBUTÁRIO — MANDADO DE SEGURANÇA — COMPENSAÇÃO — INEXIGIBILIDADE — CONTRIBUIÇÃO DO SALÁRIO-EDUCAÇÃO — CONSTITUCIONALIDADE — RECEPÇÃO**
>
> A declaração de existência de indébito e de reconhecimento do conseqüente direito de compensação é perfeitamente cabível em mandado de segurança, não havendo necessidade de dilação probatória por tratarem-se de matéria exclusivamente de direito.
>
> **Na vigência da CF/67, o salário educação não tinha natureza tributária, pelo que foi possível fixar a sua alíquota por simples decreto**.
>
> **A CF/88 recepcionou o encargo como contribuição social destinada ao financiamento do ensino fundamental (art. 212, par. 5º), dando-lhe caráter tributário.**
>
> **Essa recepção, contudo, certamente não implicou revogação de toda a disciplina jurídica do novo tributo, legitimamente editada de acordo com a ordem pretérita: as exigência de competência e de forma quanto à criação das normas jurídicas só valem para o futuro. Na passagem de uma para a outra ordem constitucional, o único juízo admissível acerca das leis baixadas sob égide da velha é o da compatibilidade material**.
>
> E o art. 25 do ADCT revogou todas as delegações de competência outorgadas aos Executivo, acerca de matéria reservada ao Congresso Nacional, **mas não impediu a recepção dos diplomas legais legitimamente elaborados na vigência da Constituição anterior, desde que materialmente compatíveis com a nova Carta**.
>
> **Até a publicação da Lei 9.424/96 o salário-educação continuou regido pelas regras construídas no sistema precedente**.
>
> **A MP nº 1565/97 modificou a Lei 9.424/96 e não o art. 212, par. 5º, da CF, razão por que não apresenta nenhuma incompatibilidade com o art. 246 da CF (com a redação dada pela EC nº 6/95)**
>
> **(1ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Juiz AMIR FINOCCHIARO SARTI, julgado em 23.03.99**, grifos não originais)

Com essas considerações tenho que a contribuição para o salário-educação sempre foi devida dentro da nossa ordem jurídica.

* Procurador Autárquico em Porto Alegre-RS.

❖ ❖ ❖

DOS RECURSOS EM MATÉRIA CAUTELAR (liminar)
(Recursos em Medidas Acautelatórias)

***R**eis **F**riede* *

Recurso, em termos amplos, pode ser conceituado como todo o expediente, meio ou instrumento que tem por objetivo último provocar o reexame de pronunciamentos judiciais (particularmente de conteúdo decisório) proferidos por julgador originário (de primeira ou segunda instância, ou mesmo de instância especial ou extraordinária), atendidos determinados requisitos (ou pressupostos) intrínsecos (cabimento (adequação), legitimidade e interesse recursal) e extrínsecos (preparo, regularidade formal e tempestividade).

No que concerne particularmente às medidas liminares (de modo particular) e as providências cautelares (de modo geral), o princípio amplo de recorribilidade se encontra adstrito basicamente às hipóteses do eventual indeferimento do pedido cautelar e, em contraposição, no que alude aos interesses da parte requerida (ou do impetrado), da eventual concessão da petição acautelatória na forma vindicada.

1. RECURSOS CONTRA O INDEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR

Muito embora não possamos deixar de reconhecer a existência de algumas vozes discordantes a respeito (tanto na doutrina como na jurisprudência) é, sem sombra de dúvida, majoritária a posição segundo a qual o pronunciamento judicial que indefere, total ou parcialmente o pedido de medida liminar, possui efetivamente natureza jurídica de "despacho sem conteúdo decisório estrito" (ato ordinatório) que, consoante o art. 504 do CPC, não comporta qualquer recurso, salvo impugnação através de reclamação (correição parcial), especificamente nos casos de subversão da ordem processual.

> **"O ato meramente ordinatório, sem nenhum conteúdo decisório, classifica-se entre os despachos de mero expediente, insusceptível, portanto, de ser atacado por qualquer recurso" (Ac. unân. da 2ª Câm. do TJMG de 2.10.84, no agr. 17.595, rel. des. Costa Loures; Rev. Trim. de Jurisp. dos Estados 31/231).**

Liebman, em notas à tradução do Instituto de Chiovenda, ensina que despachos-de-mero-expediente ou ordinários (para parte da doutrina, expressões sinônimas) são os que dispõem simplesmente sobre o andamento do processo; enquanto que, despachos interlocutórios são os que decidem questões controversas relativas à regularidade e à marcha processual, sem lhe pôr fim.

Como o pronunciamento judicial que indefere total ou parcialmente a medida liminar não se propõe a decidir questões controversas sobre à marcha processual, restou à doutrina, pelo princípio excludente, denominá-lo de despacho-de-mero-expediente (ou, para alguns, que entendem como expressões distintas, despachos ordinatórios), afastando, por efeito, os principais mecanismos componentes do princípio amplo da recorribilidade (princípio do duplo grau de jurisdição), tendo em vista a virtual irrecorribilidade *stricto sensu* (relativa aos recursos processuais) destes pronunciamentos judiciais.

A doutrina, a propósito, é, neste sentido, majoritária, como é possível constatar através de uma rápida leitura dos principais autores sobre o tema:

> **"Do despacho que indefere a liminar não cabe recurso algum, por tratar-se de ato que a lei deixa ao livre e prudente arbítrio do magistrado. Tratando-se, assim, de providência discricionária, mera faculdade de que determina ou deixa de determinar initio litis a suspensão do ato impugnado, é insuscetível de recurso (...)" (Ulderico Pires dos Santos *in* O Mandado de Segurança na Doutrina e na Jurisprudência, Forense, 3ª ed., p. 246).**
>
> **"Negada a liminar, esse despacho é irrecorrível (...)" (Helly Lopes Meirelles *in* Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública, Revista dos Tribunais, 1ª ed., p. 53).**
>
> **"Podendo ser outorgada ou não a providência liminar para determinar a suspensão do ato lesivo é facultas do magistrado que, para tanto, consulta apenas a oportunidade ou conveniência, insuscetível de controle jurisdicional o ato do magistrado que se negue a concedê-la, porque a recusa não fere direito, tão só o interesse do impetrante (...)" (Cretella Júnior, *in* Comentários às Leis do Mandado de Segurança, Saraiva, 2ª ed., 1980, pp. 189/191).**
>
> **"A liminar é medida administrativa de juízo, não se condiciona a requerimento da parte e só é tomada no exclusivo intuito de garantir a inteireza da sentença. Por tais motivos, o juiz, no exercício de seu *munus*, pode conceder a medida liminar em qualquer tempo ou revogá-la a qualquer tempo, sempre inspirando naquele intuito cardeal de assegurar matéria à sentença a ser editada. E por tais motivos ela não é recorrível" (J. M. Othon Sidou *in* As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos, Segundo a Nova Constituição, 3ª ed., Editora Forense, p. 230).**
>
> **"Para muitos o despacho que nega (ou concede liminar) é despacho de mero expediente e, via de conseqüência, irrecorrível (art. 504 do C.P.C.)" (Miguel Jeronymo Ferrante *in* Decisão Denegatória de Liminar em MS, RF 305/89, p. 341)**

"Da decisão que concede (e não da que denega) a medida liminarmente, ou após justificação prévia, caberá agravo de instrumento." (Alexandre de Paula, CPC Anotado, ERT. Vol. 3, p. 3157).

No mesmo diapasão, é possível constatar também que a jurisprudência — ainda que com algumas vozes discordantes — se orienta, de forma majoritária, neste sentido, acrescentando, muitas vezes, inclusive, a virtual impossibilidade de se desconstituir o ato judicial que indefere a medida liminar (ínsita nos writs constitucionais ou mesmo como antecipação ***in limine*** na ação cautelar) através da ação autônoma de impugnação mandamental:

"(…) O ato judicial que nega liminar em mandado de segurança não pode ser atacado por procedimento de igual natureza perante a instância superior, pois a concessão da medida, nessa fase, importaria em substituir, indevidamente, o juízo *a quo*. Mandado de segurança não conhecido" (TFR, MS nº 146.617-RS, 1ª seção, unânime, relator ministro William Patterson, *in* D.J.U de 5.12.88, p. 32072).

"Na sistemática do nosso direito, a concessão de liminar em mandado de segurança está confiada ao prudente arbítrio do juiz, verificando o pressuposto que autorizam a medida. Irrecorrível é o despacho que a denega ou recusa a prorrogação do prazo de sua vigência. Agravo improvido" (TFR, AI nº 42.316-SP, relator ministro Miguel Ferrante. *in* D.J.U. de 14.10.80, p. 10.392).

"O indeferimento da suspensão liminar do ato impugnado em mandado de segurança constitui medida reservada à justa discrição do juiz imune, portanto, à revisão da instância superior via de outro remédio heróico. Pedido não conhecido" (TFR, MS nº 88.046-SP, Plenário, decisão unânime, relator ministro Torreão Braz, *in* D.J.U. de 6.2.80, p.155)

"Conquanto "*de lege ferenda*" possa a suspensão liminar dos efeitos do ato administrativo decorrer do simples ajuizamento da ação mandamental, no direito positivo ela está entregue ao prudente critério do juiz, inexistindo ação da mesma natureza contra a sua denegação" (TFR, MS nº 87.031-SP, plenário, decisão unânime, relator ministro Justino Ribeiro, *in* D.J.U., de 5.9.79, p. 6.587).

"Se o juiz, ao despachar a inicial, indeferir o pedido de liminar, contra esse ato não cabe mandado de segurança." (TFR, MS 119.430-RS, 1ª seção, unânime, *in* LEX – Jurisprudência do TFR, vol. 73, p. 420).

No julgamento último referido, em particular, é importante salientar que o ministro Nilson Naves (relator) asseverou, com mérita propriedade, que:

"O juiz da liminar é o juiz da sentença, o juiz que despacha a inicial, à vista do art. 7º da Lei nº 1.533, de 31.12.1951, insubstituível, para esse fim, por outro órgão judiciário. Se concede a liminar, porque, ao verificar presentes os pressupostos legais, somente o Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do recurso competirá suspender a execução da medida liminar, à luz do art. 4º da Lei nº 4.348, de

26.6.1964. Se nega a liminar, esse despacho indeferitório de recurso extraordinário, que o STF confirmou ao improver o agravo de instrumento, disse o Sr. ministro Godoy Ilha: "Em verdade, o despacho que, initio litis, ordena ou deixa de ordenar a suspensão do ato impugnado, é insuscetível de recurso, como mostram os comentadores, eis que a suspensão liminar é mera faculdade, de que o juiz pode ou não utilizar-se. A concessão ou denegação da liminar fica "ad libitum" do relator, não tendo o tribunal do poder correicional para tornar insubsistente o despacho, este de natureza interlocutória, ou simplesmente ordinatória, e que não abre oportunidade às decisões definitivas ou terminativas."

Rematando, após mencionar opiniões doutrinárias em sentido contrário, com extrema lucidez, que:

"Entretanto, a meu sentir, como já disse, o ato que nega a liminar não tem como ficar sob o controle do órgão hierarquicamente superior. Quer-me parecer que a dificuldade é mais de índole processual, mas nem por isso de menor valor. É que como ficaria, digamos, o juiz, se, ao final, entendesse denegar a segurança? Poderia ele cassar a liminar, liminar que não concedera, mas sim, o tribunal, ao deferir o subseqüente mandado de segurança? Seria uma inversão das coisas. Depois, a decisão superior, antecipando o provimento com a concessão da liminar então negada, influiria negativamente no pensamento do juiz, quando da sentença. Como tenho dificuldade para viabilizar espécie como esta, do mandado de segurança simplesmente não conheço; em conseqüência, casso a liminar de fls. 15."

O mesmo Tribunal Federal de Recursos, no julgamento do mandado de segurança nº 119.292-PE, reiterou o entendimento semelhante em decisão unânime. O voto condutor do acórdão, da lavra do eminente ministro Assis Toledo (relator), consignou, de forma indubitável:

"O STF, em Seção Plenária, já decidiu, por unanimidade de votos, que não cabe mandado de segurança contra deferimento de liminar em outro mandado de segurança (RTJ, vol 114/448, rel. ministro Moreira Alves). No mesmo sentido, manifestou-se a 2ª Seção desta Corte, pelo voto do ministro Pedro Acioli, no MS nº 107.592, de São Paulo. Embora aqui a posição seja inversa, isto é, mandado de segurança contra indeferimento de liminar, penso que a solução é a mesma, ante um dos fundamentos adotados como razão de decidir no aresto da Suprema Corte, que se aplica, mutatis mutandi, a ambas as hipóteses, a saber, a identidade de objeto desses dois mandados de segurança sucessivos. No primeiro, se pede liminar contra ato de agentes do INAMPS; neste, por via oblíqua, pede-se a mesma coisa, tanto que a liminar concedida pelo ilustre Presidente se endereçou, em última análise, não contra o juiz, mas contra os agentes da autarquia em substituição à respeitável decisão a quo para sustar a remoção dos pacientes do impetrante (fls. 65), conseqüência da rescisão de contrato administrativo feita pelo

INAMPS, não pelo juízo, repita-se. Penso que se admitir tal duplicidade de pedidos significa suprimir-se uma instância, com afastamento do juiz natural do feito, em hipótese não prevista em lei, além de que poderá resultar decisões conflitantes — em um, a concessão da segurança acolhendo sugestão do parecer, não conheço da impetração cassando em conseqüência, a liminar concedida. É o meu voto".

Daí, finalmente, a lavra do V. acórdão, assim ementado:

"(...) EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA INDEFERIMENTO DE LIMINAR EM OUTRO MANDADO DE SEGURANÇA.

Concessão de liminar no segundo pedido, pelo Presidente do Tribunal, durante as férias forenses, para, em substituição ao despacho do juiz deferir a liminar e sustar os efeitos do ato administrativo atacado na primeira impetração. Inadmissibilidade de mandados de segurança sucessivos, com o mesmo objetivo, embora o segundo use a alcança-lo por via oblíqua. Supressão de instância com o afastamento de juiz natural do feito, com possibilidade de decisões conflitantes nos processos concorrentes que deve ser afastada, por não prevista em lei. Não conhecimento da segunda impetração, com a conseqüente cassação da liminar deferida."

(*in* LEX — Jurisprudência do TFR, vol. 73, p. 426/427).

O que acabou, portanto, por influenciar, em certa medida, outras decisões no mesmo sentido:

"(...) EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL CONTRA INDEFERIMENTO DE MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA O STF.

É firme a jurisprudência no sentido de que não cabe agravo regimental contra decisão de relator de mandado de segurança, que, no Supremo Tribunal Federal, defere ou indefere medida liminar. Agravo regimental não conhecido" (Ac. S. Plen/STF, MS, 21.211-0/DF (Ag. Reg.), Rel. min. Sydney Sanches, JB nº 163, Ed. Juruá, p. 95).

"(...) Conquanto cabível, em tese, o mandado de segurança contra ato judicial (daí a rejeição de prejudicial genérica de descabimento do mandamus), tenho que, no caso, inexiste direito líquido e certo a ser amparado, posto que não evidenciados abuso de poder ou ilegalidade flagrante no ato jurisdicional impugnado, únicas hipóteses que viabilizariam a utilização do remédio constitucional." (MS 31/89, TRF 3ª Região, juiz Fleury Pires).

Aos despachos irrecorríveis (sob a ótica processual), entretanto, cumpre salientar que a jurisprudência tem legitimado sua modificação através do instituto da correição (recurso administrativo de reclamação correicional), ainda que irremediavelmente associada a restrita condição da efetiva presença da denominada "subversão da ordem processual", conforme pode ser verificado por meio da atenta leitura das ementas anteriormente transcritas.

Por outro lado, é importante ainda lembrar que, quando admitido, ainda que com restrições, a modificação do ato judicial — quando insuscetível de ser impugnado pela via recursal —, por via correicional, esse fato, por si só, afasta, de forma definitiva, a possibilidade de impugnação através de qualquer outro meio, inclusive pela própria ordem constitucional, como prescreve expressamente o art. 5º, II, da Lei nº 1.533/51, *verbis*:

> **"Não se dará mandado de segurança quando se tratar:**
>
> **II — de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição."**

É oportuno salientar que o pronunciamento judicial indeferitório da medida liminar emana do denominado poder cautelar genérico ao qual se atribui, segundo a ampla maioria do autores, efetiva natureza discricionária.

O poder discricionário, como é sabido, confere sinérgica possibilidade ao magistrado de efetiva escolha de determinadas providências para resguardar a integridade de direitos ou interesses que estejam sendo ameaçados ou violados. Pela discricionariedade, o magistrado aprecia os critérios de conveniência e oportunidade para adotar as medidas liminares — requeridas ou não — com vista a afastar dano iminente que ameace, no seu entendimento, interesses das partes antes da entrega definitiva do ofício jurisdicional.

Assim como o magistrado pode se convencer, pelo poder discricionário, da conveniência e oportunidade, *in* limine litis, de conceder a ordem de suspensão do ato impugnado, pode, também, convencer-se da inoportunidade e da inconveniência de tal iniciativa, não emergindo deste fato qualquer ilegalidade ou abuso de poder que autorize, dentro dos estreitos limites dos requisitos do mandamus, a impetração da ordem constitucional como ação autônoma de impugnação ou de qualquer outra forma de recurso lato sensu, incluindo neste diapasão os recursos stricto sensu como o agravo de instrumento, sobretudo, através da nova roupagem imposta pela Lei 9.139/95.

> **"É cabível, em tese, mandado de segurança contra ato judicial. (…) O ato do juiz monocrático, denegatório de medida liminar em mandado de segurança, entretanto, só pode ser revisto pelo Tribunal quando praticado com abuso de poder ou ilegalidade flagrante devidamente demostrados, circunstâncias inocorrentes no caso(…)" (MS 0155/89-SP, TRF 3ª Região, Reg. 90.03.37362-0).**
>
> **"Consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante, é cabível a utilização de mandado de segurança contra ato jurisdicional típico. Necessário, porém, para a concessão da ordem, que se demonstre que o ato judicial impugnado é ilegal ou abusivo.**
>
> **A medida liminar prevista no inciso II, do art. 7º, da Lei nº 1.533/51 tem natureza cautelar, inserindo-se no âmbito do poder geral de cautela do juiz. A decisão que, fundamentadamente, não concede liminar, não é passível de correção através de mandado de segurança impetrado perante a superior instância, porque estaria o Tribunal suprimindo o juiz natural do processo em curso em primeira instância. Somente com demonstração de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, por parte do**

magistrado, seria possível invalidar o ato, substituindo-o por outro que ponha fim à ilegalidade ou abuso, circunstâncias inocorrentes, no caso (...)" (MS 0212/89-SP, TRF 3ª Região, Reg. 90.03.36679-9).

"Em tese, cabível é a utilização de mandado de segurança contra ato jurisdicional típico, consoante entendimento jurisdicional e doutrinário predominante. Com efeito, a rigidez do enunciado da Súmula nº 267 do Tribunal Federal vem sendo minimizada pelo próprio Pretório Excelso e pelos tribunais superiores. Tem-se admitido o mandamus contra ato judicial recorrível desde que o recurso, efetivamente interposto, não tenha efeito suspensivo e contra ato judicial de que não caiba recurso ou correição. Em qualquer caso, porém, há que se demonstrar inequivocadamente, que o ato judicial atacado é ilegal ou praticado com abuso de poder pelo magistrado apontado como coator, à luz do art. 5º, inciso LXIX da Constituição Federal (...)

(...) Assim, se não demonstrados abuso de poder ou manifesta ilegalidade na decisão denegatória da liminar, incabível revê-la via outro mandado de segurança porque estar-se-ia simplesmente substituindo o juízo natural de primeira instância pelo de segundo grau, o que não é possível. Ainda que se vislumbrem aspectos objetivos, nos pressupostos legais da concessão da medida (Lei nº 1.533/51, art. 7º, inciso II), indiscutível é a presença de acentuado grau de subjetivismo na apreciação do que seja relevância do direito invocado e existência de dano irreparável ou de difícil reparação em razão da demora do processo. Destarte, descabe segurança contra ato praticado pelo juiz no exercício normal da faculdade de julgar, constatada a existência dos pressupostos materiais e processuais que possibilitem cognição e legitimem a prestação jurisdicional. A decisão poderá ser até acoimada de injusta, mas certamente não será ilegal ou abusiva, únicas hipóteses de cabimento do *mandamus*.

É certo que tal entendimento não é unânime na doutrina e na jurisprudência. Todavia, não vejo como se possa admitir o mandado de segurança como meio de obter a supressão de um ato jurisdicional legítimo mediante a substituição do juiz natural do processo pelo juiz ou órgão julgador de segunda instância, fora dos casos de ilegalidade ou abuso de poder evidentes" (MS 31/89, TRF – 3ª Região, juiz Fleury Pires).

O exercício desta faculdade, que o legislador outorgou ao julgador, de forma a conduzir o processo, — evitando danos capazes de aniquilar o direito do postulante de modo a tornar inócua e ineficaz a tutela jurisdicional —, nada mais é que o exercício do direito subjetivo inserto no art. 798 do CPC. Insuscetível, portanto, como já decidiu reiteradas vezes os tribunais superiores, e a própria Suprema Corte, de impugnação por qualquer via recursal, sobretudo de natureza processual (recursos *stricto sensu)*.

Seja pela discricionariedade do ato judicial que indefere a medida liminar, por ser insuscetível de controle jurisdicional (pois se assim não fosse, restaria desfigurado o poder discricionário), seja pela irrecorribilidade de tal ato por ser

classificado como simples despacho ordinatório (ou, para os que não fazem distinção, despacho-de-mero-expediente), — conclui se pela absoluta impossibilidade de impugnação deste ato judicial por qualquer meio (exceto recurso administrativo de correição parcial quando efetivamente presente seu pressuposto fundamental), inclusive através do mandado de segurança contra ato judicial, ou mesmo por agravo de instrumento, consoante a opinião, majoritária, da doutrina e da jurisprudência a respeito do tema.

"A medida liminar é providência concedida a critério do juiz.

A lei reserva à discrição do magistrado suspender o ato atacado *in limine*, se diante das circunstâncias da impetração entender, na sua prudente avaliação do direito e dos fatos, que há *fumus boni juris* e *periculum in mora*, bem como, em contrapartida, permite-lhe revogar a medida, se se convencer da inoportunidade de sua iniciativa" (Miguel Jeronymo Ferrante, *in* Decisão Denegatória de Liminar em MS, RF 305/89 p. 341)

"A suspensão liminar está facultada ao juiz para que não fruste o direito reclamado, quando bem fundado o pedido. É uma apreciação que o juiz terá que mover-se com certa liberdade (...)" (Castro Nunes, Do Mandado de Segurança, 5ª ed., 1956, p. 348)

"A concessão de liminar, a nosso ver, está situada na esfera discricionária do magistrado (...)". (Cretella Júnior *in* Comentários às Leis de Mandado de Segurança, Saraiva, 2ª ed., 1980, pp. 189/191).

"Afirmamos que da medida liminar não cabe recurso. Estabelece o art. 504 do CPC para imunidade única ao seu regime recursal os despachos-de-mero-expediente. Para efeito de nosso estudo, soa bem mais clara a afirmativa excludente do Código de Processo Civil português, de 1967, no art. 679: 'Não admitem recurso os despachos de mero expediente nem os proferidos no uso legal de um poder discricionário.'" (J. M. Othon Sidou *in* Habeas Corpus, Mandado de Segurança e Ação Popular, 3ª ed., Forense, RJ, p. 232).

"Inadmissível mandado de segurança para modificar decisão que não concede liminar em ação cautelar, pois tal remédio não é substitutivo do recurso ordinário cabível na espécie. (Ac. 6ª C. do 2º TAC/SP, MS 282.376-8, Diadema (U) rel. juiz Soares Lima, RT 656 (jun/90), p. 150)

"(...) O indeferimento de "liminar", em mandado de segurança, não corresponde lesão a direito líquido e certo de quem quer que seja, a ensejar que, contra tal ato do juiz, se pretenda, em mandado de segurança "liminar" que, atropelando o legítimo exercício da função jurisdicional, modifique ato praticado no processo, em apreciação. Se o juiz pode, ou não, conceder "liminares", em mandado de segurança, não lesa direito, se não concede ou se a concede, a não ser que pratique ato em frontal desrespeito à norma legal expressa." (MS nº 03766-RJ, registro nº 92.02.08625-7, Impetrante: Antonio Vitor Labre — rel. des. fed. Romário Rangel).

"(...) O mandado de segurança contra ato judicial tem estreitos limites admitindo-se sua interposição quase que exclusivamente, para dar duplo efeito a recurso recebido tão somente no efeito devolutivo.

Incabível, portanto, a utilização do "writ" para que o Tribunal se substitua ao juiz de primeiro grau e conceda medida liminar por ele condicionada à prestação das informações pela autoridade coatora." (MS nº 92.02 08773-3/RJ, rel. des. fed. Tânia Heine).

"(...) Ao que se apura dos autos, a Impetrante EFE CONSULTORIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA contratou com a empresa italiana BOLOGNA PNEUS, a compra de um lote de pneus usados, para reaproveitamento, recauchutagem, mas o Departamento do Comércio Exterior do Banco do Brasil S/A não lhe concedeu autorização para importar, estribado na Portaria nº 8, de 13.05.91.

Irresignada, a empresa impetrou mandado de segurança perante a 12ª Vara Federal do Rio de Janeiro, tendo obtido liminar, deferida pelo juiz então em exercício, a qual foi posteriormente revogada pelo titular do juízo.

Foi contra essa segunda decisão que a empresa impetrou o presente mandamus, pleiteando a sua reforma, com o deferimento de nova liminar determinando ao GERENTE DECEX que emita Guia de Importação da mercadoria adquiria.

Examinando os autos, verifico que a Impetrante não recorreu da decisão impugnada: impetrou diretamente o mandamus, como sucedâneo do próprio recurso.

Apreciando a questão da admissibilidade do mandado de segurança para reformar decisões de Primeira Instância, esta E. Turma já firmou o seu entendimento no sentido da impropriedade da via. Afinal, é a própria Lei nº 1 533/51 que diz, no seu art. 5º, II, que não cabe mandado de segurança para censurar ato judicial quando o mesmo pode ser impugnado por recurso previsto nas leis processuais.

Excepcionalmente, tem-se admitido o uso da via mandamental para emprestar efeito suspensivo ao agravo, desde que patentes os pressupostos da providência cautelar. Mas não para substituir o próprio recurso.

No caso vertente, a empresa nem chegou a recorrer da decisão, conforme já referido. Usou diretamente o remédio heróico, como ação de impugnação do ato judicial.

Aliás, mesmo que recurso houvesse, no caso vertente pouca seria a chance da impetrante, visto que a denegação de liminar, ou a revogação da provisional, são medidas que normalmente se inserem na competência do próprio juiz que preside a relação processual, não cabendo ao juiz de 2º grau substituí-lo, para antecipar a prestação jurisdicional que ele, no exercício do seu procedente arbítrio, entendeu por bem denegar ou revogar.

Pelo que, julgo a Impetrante carecedora do direito à Impetração" (Ac. Unân. da 1ª Turma do TRF da 2ª Região, de 10/05/93, no mandado de segurança nº 92.02.17805-4/RJ, rel. des. fed. Clélio Erthal).

1.1. RECORRIBILIDADE AMPLA DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL INDEFERITÓRIO DE MEDIDA LIMINAR (POSIÇÃO EXPRESSIVA, PORÉM RELATIVAMENTE MINORITÁRIA)

Conforme anteriormente mencionamos, não obstante a posição doutrinária e jurisprudencial que sustenta a tese da irrecorribilidade (sobretudo processual) do pronunciamento judicial indeferitório de medida liminar constituir-se em entendimento majoritário, subexiste o pensamento (digno de registro) de determinada parcela, sobretudo, da jurisprudência, que defende ponto-de-vista diametralmente oposto, no sentido da absoluta e ampla recorribilidade do pronunciamento judicial que indefere a medida liminar, qualificando, inclusive, esta manifestação do juiz como efetiva decisão interlocutória, passível, portanto, do recurso processual (recurso stricto sensu) de agravo de instrumento e, até mesmo, do recurso lato sensu consubstanciado no mandado de segurança como ação autônoma de impugnação, não obstante a edição da Lei 9.139/95 que, ao modificar substancialmente o regime do recurso de agravo, — permitindo, inclusive, sua interposição (na modalidade por instrumento) direitamente no órgão *ad quem* —, ter procurado, dentre outros objetivos, encerrar a utilização do *mandamus* (na qualidade de ação autônoma de impugnação) como forma recursal atípica.

"A concessão, ou a denegação de liminar, envolve decisão (e não mero despacho)" (Athos Gusmão Carneiro *in* Liminar na Segurança Individual e Coletiva, R. AJUFE, Mar/Jun – 92, p. 24).

"A liminar em cautelar é uma decisão interlocutória, agravável de instrumento" (Ac. unân. da 6ª Câm. do TJRJ no agr. 716/88, rel. des. Perlingeiro Lovisi; Adcoas 1989, n. 123.715).

"Em face da liminar, ao juiz se apresentam três soluções possíveis: a) negá-la; b) concedê-la, condicionando-a à caução; c) concedê-la sem caução.

Tanto a negativa quanto as positivas configuram decisões interlocutórias (art. 162, parágrafo 2º), agraváveis de instrumento (art. 522) pela parte prejudicada: o autor, se recusada a liminar, ou se imposta caução, ou não aceita a garantia oferecida; o réu, se decretada a liminar, ou dispensada a caução, ou desprovida a espécie de garantia desejada." (Galeno Lacerda *in* Comentários ao Código de Processo Civil, vol VIII, Forense, RJ, 1ª ed., p. 355).

"Só por ai já se vê a insustentabilidade da tese segundo a qual existem decisões irrecorríveis, sobretudo em se tratando de pretensão posta sob o pálio do mandado de segurança. O Poder Judiciário não há de compadecer desse entendimento. Pudesse o juiz proferir decisões irrecorríveis, tornar-se-ia, verdadeiramente o Fürher do processo, na insuperável expressão de COUTURE, protegendo atos profundamente lesivos a direito individual, a pretexto de duvidosa atividade

> **discricionária. É imperioso que se dê recurso processual a direito individual lesado. A própria 'teoria da ação' tem aí sua nascente (...)**
>
> **Em que pese a evidência desse direito de recorrer posto ao dispor do titular do direito lesado, não é raro se verem casos em que a denegação de liminar em mandado de segurança resta emanados sérios, prejudiciais e, muitas vezes irremediáveis efeitos. Não raro, vêem-se ações de segurança ser, a final, julgadas procedentes, nelas concedida finalmente a segurança pleiteada, arcando, todavia, o impetrante, com a irremediabilidade, a irreversibilidade do dano causado pelo ato acoimado de ilegal ou de inconstitucional. O provimento jurisdicional, por fim concedido, já não se presta a assegurar ao impetrante o cabal ressarcimento do dano causado. Já não há forma de se restabelecer o *status quo*, como se o ato lesivo não houvesse existido. A falta da suspensão liminar do ato atacado via *mandamus*, seguiu-se a irreparabilidade do dano. Tudo porque está a viger esse entendimento caótico que faz vistas grossas a ditas lesões, sobre sua interpretação de 'contingências processuais', como se estas fossem fim em si mesmas, despegadas dos direitos subjetivos que a Constituição prometeu proteger" (Adalberto Torres Amorin *in* Recorribilidade da Decisão Denegatória de Liminar em Mandado de Segurança, AJURIS 31, p. 195).**

Neste particular, merece especial registro o fato de o próprio ministro Miguel Jeronymo, antes ferrenho defensor da tese da irrecorribilidade processual do despacho indeferitório da medida liminar, acabar seduzido pela tese da ampla recorribilidade deste tipo de procedimento judicial, não obstante os robustos argumentos jurídicos a amparar a posição doutrinária e jurisprudencial oposta.

> **"Convenci-me, repensando a matéria, de que, realmente, não é possível, sem fortes agravos aos mais comezinhos princípios da Justiça, deixar sem controle jurisdicional a decisão judicial, a conjuntura, mormente quando presentes os pressupostos legais para a concessão da medida acautelatória. Seria como enfraquecer a inteireza da sentença a ser editada, que resultaria ineficaz caso a ordem fosse afinal deferida." (Miguel Jeronymo Ferrante, ministro do Superior Tribunal de Justiça *in* RF 305/89, pp. 342/343).**

Os autores que sustentam esta tese — da ampla recorribilidade do pronunciamento judicial indeferitório de medida liminar —, entretanto, esquecem, *data maxima venia*, de comentar o argumento fundamental que afasta a possibilidade de qualquer controle recursal *stricto sensu*, sobre o despacho denegatório de medida liminar, que é exatamente o fato de que a não-concessão da medida fere apenas interesses e jamais direitos de qualquer das partes, uma vez que não atinge — ainda que de forma transversa (e, portanto, indireta) — o mérito da questão trazida ao conhecimento do Poder Judiciário considerando, sobretudo, que o indeferimento, *in limine*, da providência cautelar não permite qualquer antecipação da tutela através da avaliação do pressuposto fundamental do *fumus boni iuris*.

Ademais, em sendo a apreciação da medida liminar um ato tipicamente discricionário do juiz, motivada pelo juízo equânime, fundado na avaliação da oportunidade e conveniência da decretação da medida, objetivando, em última análise, a garantia da efetividade de sua própria decisão definitiva posterior, somente a este mesmo julgador — na qualidade de destinatário último da apreciação do conteúdo meritório — poderá ser outorgado o poder legítimo de decidir quanto à real necessidade da tutela acauteladora vindicada, considerando inclusive, que o mesmo pode concedê-la, ao perceber sua necessidade, *ex officio*, ou seja, sem a provocação das partes litigantes.

Por outro lado, a concessão de medida liminar, através de julgador diverso (em grau de recurso), em flagrante caráter substitutivo, desnatura o próprio objetivo da providência cautelar, desvinculando-a, em parte, da decisão final (de índole meritória) que, em qualquer hipótese, será proferida pelo juiz da causa na instância originária.

> **"(...) O ato judicial que nega liminar em mandado de segurança não pode ser atacado por procedimento de igual natureza perante a instância superior, pois a concessão da medida, nessa fase, importaria em substituir, indevidamente, o juízo *a quo*. Mandado de segurança não conhecido" (TFR, MS 146.617-RS, 1ª Seção, unân., rel. min. William Patterson, *in DJU* de 5.12.88, p. 32.072).**
>
> **"(...) O indeferimento da suspensão liminar do ato impugnado em mandado de segurança constitui medida reservada à justa discrição do juiz, imune, portanto, à revisão da instância superior via de outro remédio heróico. Pedido não conhecido" (TFR, MS 88.046-SP. Plenário, decisão unân., rel. min. Torreão Braz, *in DJU* de 06.02.80, p. 155).**
>
> **"(...) a meu sentir, como já disse, o ato que nega a liminar não tem como ficar sob o controle do órgão hierarquicamente superior. Quer-me parecer que a dificuldade é mais de índole processual, mas nem por isso de menor valor. É que como ficaria, digamos, o juiz, se, ao final, entendesse denegar a segurança? Poderia ele cassar a liminar, liminar que não concedera, mas sim o tribunal, ao deferir o subseqüente mandado de segurança? Seria uma inversão das coisas. Depois, a decisão superior, antecipando o provimento com a concessão da liminar então negada, influiria negativamente no pensamento do juiz, quando da sentença. Como tenho dificuldade para viabilizar espécie como esta, do mandado de segurança simplesmente não conheço; em conseqüência, casso a liminar de fl. 15." (TFR, MS 119.430 – RS, 1ª S., fragmentos do voto do relator min. Nilson Naves).**
>
> **"Não cabe recurso contra decisão que denega liminar, em mandado de segurança – salvo nos processos originários de tribunal em que se admita agravo regimental. (...)" (STJ, ROMS 0005810, 1ª T/PB, DJ 02/10/95, rel. min. Humberto Gomes de Barro, unânime).**
>
> **"Denega-se a segurança quando ataca despacho desacolhedor de liminar, postulada em medida cautelar, desde que praticado sem qualquer ilegalidade ou abuso de poder, e proferido dentro do estrito limite do poder de cautela do juiz." (STJ, ROMS 0006066, 4ª T/RS, DJ 13/05/96, relator ministro César Asfor Rocha, unânime).**

"Ausentes os pressupostos ensejadores da concessão da liminar, inocorrendo abuso de poder ou flagrante ilegalidade, nega-se provimento ao recurso contra a decisão denegatória de liminar na segurança." (STJ, ROMS 0003756, 2ª T/RJ, DJ 20/05/96, relator ministro Hélio Mosimann, unânime).

"Não cabe recurso ordinário de acórdão denegatório de provimento a agravo regimental interposto contra despacho que indefere liminar em mandado de segurança." (STJ, ROMS 0005637, 2ª T/SP, DJ 26/02/96, relator ministro Antônio de Pádua Ribeiro, unânime).

A este especial respeito, é fundamental que fique registrado que, sob nenhuma ótica, o Direito brasileiro admite a hipótese de o mandado de segurança ou qualquer outro instrumento servir como meio idôneo para simplesmente se sobrepor ao critério — convergente com a lei — de interpretação da norma jurídica pelo magistrado originariamente competente para o julgamento da questão levada ao seu conhecimento, até mesmo porque — não obstante o entendimento doutrinário e jurisprudencial contemporâneo e predominante, segundo o qual é cabível a utilização da ação autônoma mandamental contra ato jurisdicional à luz da própria minimização da rigidez do enunciado da Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal — não é possível a interposição de mandado de segurança contra ato puramente judicial, no sentido de exclusivamente discricionário.

"(...) Em falta de recurso, o mandado de segurança é o meio hábil para afastar ilegalidade de que seja eivado um ato de autoridade judicial, embora não deva sobrepor-se ao critério de justiça do juiz" (Ac. no MS nº 76.987, das Câmaras Reunidas do Tribunal de Alçada de São Paulo, relator designado Afonso André, Rev. dos Trib., vol. 378, pp. 250/252).

"(...) Não se conhece de mandado de segurança impetrado contra ato tipicamente judicial" (Ac. no MS nº 2531. Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça – GB, rel. des. João Frederico Mourão Russel, *in* rev. Jur. TJGB, nº 17, pp. 215/216, ano VII).

Vale aqui novamente registrar, a propósito, o fragmento do voto do Ilustre juiz Fleury Pires, do TRF da 3ª Região, quando da apreciação do mandado de segurança 0212/89-SP, *verbis*:

"(...) Em tese, cabível é a utilização de mandado de segurança contra ato judicial típico, nos termos do entendimento jurisprudencial e doutrinário predominante. Com efeito, a rigidez do enunciado da Súmula nº 267 do Colendo Supremo Tribunal Federal vem sendo minimizada pelo próprio Excelso Pretório e pelos tribunais superiores, admitindo-se o *mandamus* contra atos judiciais recorríveis desde que o recurso, não tendo efeito suspensivo e efetivamente interposto, não possa evitar lesão irreparável ou de difícil reparação. De outro turno, admite-se a utilização da segurança contra ato judicial de que não caiba recurso ou correição, também causador de dano ao impetrante. Daí porque não se há de acolher a prejudicial singela de descabimento do *writ* ou de carência da impetração.

Conquanto cabível a segurança, conforme salientado, o acolhimento da pretensão só pode ocorrer com a demonstração inequívoca de que o ato judicial atacado é ilegal ou praticado com abuso de poder pelo magistrado apontado como coator, à luz do art. 5º, inciso LXIX da Constituição Federal".

No mesmo diapasão, posiciona-se Arruda Alvim ("O mandado de segurança em Matéria Administrativa" *in* Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 31, p. 64, citado por Milton Flaks).

"Sendo, pois, a liminar providência de índole cautelar, não há porque afastá-la dos princípios que regem o poder geral de cautela do juiz na apreciação dos pressupostos de sua concessão, quais sejam, a relevância do direito alegado e a ineficácia da segurança caso deferida afinal (Lei nº 1533/51. art. 7º, inciso II).

Na apreciação desses pressupostos há uma inafastável dose de subjetivismo, fazendo com que cada julgador possa, em tese, produzir juízo diverso a respeito da concessão ou não da providência cautelar. Isso, porém, não leva à conclusão de que uma decisão fundamentada que nega a liminar seja ilegal e assim passível de correção através de mandado de segurança impetrado perante a instância superior.

Por isso mesmo o cabimento de mandado de segurança contra ato judicial denegatório de liminar é de ser restringido à hipótese de evidente ilegalidade ou abuso de poder do magistrado. Não pode o writ ser admitido para simples substituição do juiz de primeiro grau pelo relator ou órgão julgador de 2ª instância para o mesmo juízo de apreciação. O magistrado de primeira instância é o juiz natural do processo, a ele cabendo, com exclusividade, apreciar e decidir pela concessão ou não da medida liminar. Somente em casos excepcionais, evidenciados por flagrante ilegalidade ou abuso de poder, é que será lícita a correção pela instância superior."

Aplicável também à hipótese os ensinamentos de Galeno Lacerda (apesar de sua posição, em muitos casos, ser considerada ambígua), ao discorrer sobre a possibilidade de mandado de segurança contra decisão cautelar liminar, *verbis*:

"(...) Se o juiz possui discrição para decretar ou não a tutela inicial, e para condicioná-la ou não à garantia por parte do autor, dificilmente será possível surpreender-se ofensa a direito líquido e certo, por ilegalidade ou abuso de poder no uso desse agir discricionário, principalmente quando negativa a decisão, ou condicionante (...)

Se, em princípio, a segurança esbarra na discrição legal do juiz quando à cautela liminar, não é possível então afastar-lhe o cabimento em casos de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, capazes de provocar dano irreparável." (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1980, Vol VIII, tomo I, p. 360).

Como, ainda, a já mencionada opinião do ministro Nilson Naves do STJ (TFR, MS 119.430-RS), não obstante a sua recente mudança de posição, *verbis*:

> "**(...) o ato que nega a liminar não tem como ficar sob o controle do órgão hierarquicamente superior"**.

Demais dos argumentos acima elencados, também é de se reafirmar — mais uma vez — que muito embora seja incontestavelmente da competência do órgão *ad quem* a suspensão dos efeitos da medida liminar deferida pelo juízo *a quo* — por expressa disposição legal e pela própria construção doutrinária e jurisprudencial derivada a respeito —, não é, em nenhuma hipótese, da competência do mesmo órgão a concessão da medida em caráter flagrantemente substitutivo da competência originária prevista na lei, anteriormente apreciada pelo juiz competente e, eventualmente, indeferida pelo mesmo, em perfeita harmonia com as normas jurídicas em vigor relativas à questão, até mesmo porque entre a instância originária e a superior não há propriamente hierarquia e sim efetiva e distinta competência jurisdicional.

> **"Não cabe recurso contra decisão que denega liminar, em mandado de segurança — salvo nos processos originários de tribunal em que se admita agravo regimental.**
>
> **É lícito ao impetrante requerer ao Tribunal Regional Federal, mandado de segurança, contra ato de juiz federal que lhe denega liminar, em outro processo de segurança.**
>
> **É logicamente impossível suspender-se a eficácia de decisão que se limitou em denegar liminar em mandado de segurança." (STJ, ROMS 0005810, 1ª T/PB, DJ 02-10-95, relator ministro Humberto Gomes de Barros, unânime).**
>
> **"Em princípio, descabe mandado de segurança contra decisão denegatória de liminar, em outra segurança. A admissão teria o inconveniente de gerar uma cadeia sucessiva de mandados de segurança, até que um juiz ou tribunal conceda a liminar pretendida. Os recursos cabíveis, no processo do mandado de segurança, são os previstos em lei (artigos 8º e 12 da Lei nº 1.533/51), sendo a sua feição de procedimento célere incompatível com o agravo de instrumento. É que, as decisões interlocutórias (não impugnáveis pelos recursos adequados) não operam preclusão, e, por isso mesmo, devem ser reexaminadas quando os autos subirem ao tribunal competente por força de apelação da parte vencida." (STJ, RESP0068345, 1ª T/SP, DJ 23-10-95, relator ministro Garcia Vieira, maioria).**

Corroborando esta assertiva, é exatamente por esta e outras razões que existe em nosso ordenamento jurídico o conhecido instituto do "pedido de reconsideração" (considerando, na atualidade contemporânea, como autêntico recurso administrativo), de aplicação típica para as ocasiões em que o pronunciamento judicial é uma exclusiva facultas do magistrado, motivado pelo específico juízo de oportunidade e de conveniência e, por esta razão, insuscetível de controle jurisdicional clássico, como na hipótese do indeferimento da medida liminar.

"Podendo ser outorgada ou não a providência liminar para determinar a suspensão do ato lesivo é facultas do magistrado que, para tanto, consulta apenas a oportunidade ou conveniência, insuscetível de controle jurisdicional o ato do magistrado que se negue a concedê-la, porque a recusa não fere direito, tão só interesse do impetrante (...)" (Cretella Júnior *in* Comentários às Leis do Mandado de Segurança, Saraiva, 2ª ed., 1980, pp. 189/191).

Também, resta, à toda evidência, que, mesmo na hipótese do novo recurso de agravo, inaugurado com o advento da lei 9.139/95, o indeferimento da medida liminar também não pode ser alcançado, posto que o recurso em questão, em sua modalidade de agravo de instrumento interposto diretamente no órgão ad quem, possui apenas efeito devolutivo e suspensivo (e não efeito substitutivo ou de imposição), inexistindo, entretanto, o que "suspender" na hipótese de decisões (ou despachos) de cunho negativo, como no caso de indeferimento da liminar,

"Medida cautelar não é sucedâneo de mandado de segurança. Para atacar ato de autoridade pública tido como ilegal, bem como comprovado de plano, cabe a impetração do 'writ', e não o ajuizamento de cautelar.

Não cabe recurso ordinário contra o acórdão que nega provimento a agravo regimental interposto contra decisão denegatória de medida liminar requerida em 'writ'. Inteligência do art. 105, II, b, da CF/88, e do art. 539, II, a, do CPC.

Não tem utilidade a concessão de efeito suspensivo a decisão de provimento negativo, pois a suspensão do não é nada, já que não se transforma em sim". (STJ, AGRMC 0000323, 6ª T/DF, DJ 18-12-95, relator ministro Adhemar Maciel, unânime).

"Há uma corrente jurisprudencial que entende que a negativa da concessão da liminar é ato negativo, e nesta condição, nenhum efeito prático adviria da concessão do efeito suspensivo ao recurso, porque nada haveria a ser suspenso. Ou seja, entendem os adeptos desta corrente que não há como suspender o nada e o que não existe (STJ, MC 323-DF, DJU, 27/9/95, p. 31.706).

Outra corrente vem adotando a postura de remeter o agravante para as 'vias processuais próprias', sem esclarecer quais são estas 'vias', entendendo que a impossibilidade da concessão de efeito suspensivo decorrente da aplicação do preceito constitucional do devido processo legal." (TRF, 3ª Reg. – Ag. Inst. 34994, Reg. 9603012201-7, rel. juíza Annamaria Pimentel).

Ainda assim, tem surgido, com preocupante constância, particularmente na jurisprudência, construções interpretativas que simplesmente autorizam o efeito de substituição, através do agravo de instrumento, sob as variadas designações de efeito suspensivo ativo, efeito ativo ou antecipação de tutela recursal.

A construção interpretativa em questão, no entanto, é, no mínimo, arriscada para a segurança do processo, uma vez que permite, em última análise, inferir a pseudo existência de um poder geral (ou mesmo genérico) de antecipação de

tutela, o que afronta, pelo menos no segundo caso, de forma insuperável, o disposto no art. 2º do CPC, *verbis*:

> **"Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais."**

Sendo certo, por outro lado, que a tutela antecipada é, em essência uma tutela de conteúdo meritório (alusivo, por conseqüência, a uma jurisdição própria (de conhecimento)), não há como — salvo subvertendo todas as regras basilares do Direito Processual pátrio (e, em certa medida, do próprio Direito Processual universal) — entender que o julgador possua o poder de, mediante provocação da parte interessada (e muito menos *ex officio*), prover tutela processual não prevista expressamente (e de forma inequívoca) na lei, através de uma pretensa analogia com o existente (e amplamente reconhecido) poder cautelar geral (poder do juiz de deferir, a pedido da parte, medidas cautelares atípicas (inominadas)) ou mesma com o poder cautelar genérico (poder do juiz de prover *ex officio* medidas cautelares típicas ou atípicas), posto que estes institutos, de forma diversa do primeiro, não tem como escopo de atuação antecipar efeitos meritórios (de sinérgica referibilidade ao direito material privado, inerente às partes litigantes), mas, ao contrário, garantir a plena efetividade (segurança cautelar) do processo, cujo interesse maior pertence ao próprio Estado-Juiz (credibilidade do resultado último da prestação jurisdicional), em decorrência da presença da referibilidade intrínseca (inerente ao próprio Direito Processual de concepção pública), independente do interesse privado das partes.

> **"Não se trata a tutela antecipada de medida cautelar, concedida diante das regras e princípios que disciplinam essa espécie do processo civil contencioso. Cuida-se, ao contrário, de prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da proteção que se busca no processo de conhecimento, a qual, verificados os pressupostos da lei, é anteposta ao momento procedimental próprio. Configurados os respectivos requisitos, que se descobrem no *caput* do artigo, nos seus dois incisos e no seu parágrafo 2º, o juiz, por razões de economia, celeridade, efetividade, concede, desde logo, e provisoriamente, a tutela jurídica, que só a sentença transitada em julgado assegura em termos definitivos.**
>
> **Não há dúvida de que a antecipação da tutela guarda semelhanças formais (e não materiais) com a proteção de natureza cautelar. Dela, entretanto, se dissocia e se distancia porque a providência cautelar é necessariamente efêmera, já que eficaz apenas enquanto durar o processo principal (art. 807), ao passo que o instituto agora examinado consubstancia a prestação da jurisdição reclamada com a possibilidade de eficácia permanente. A diferença é, portanto, perceptível." (Sérgio Bermudes *in* A Reforma do CPC, Liv. Freitas Bastos, RJ, 1995, p.35)**
>
> **"(…) Então, quer me parecer que o escopo das novas regras processuais e da nova visão instrumentalista, permite-nos inferir a existência de um poder geral de antecipação da tutela. Esse poder viria bem ao encontro da relativisação do binômio processo-direito, tão bem defendida por José Roberto dos Santos Bedaque, em elogiada tese de doutoramento, onde afirma:**

> ***'o que se sugere, em substância, é a adequação das exigências técnicas à necessidade, em muitos casos, de tutela imediata'*** **(Direito e Processo, A Influência do Direito Material sobre o Processo, 1995, SP, Malheiros, p. 117)**
>
> **Atualmente, a ciência processual já ultrapassou a fase de afirmação, quando — para se firmar como ciência autônoma — precisava desenvolver institutos e conceitos próprios, desvencilhando-se do direito material. A ciência processual hoje se encontra na fase instrumental, em que todos os seus institutos passam por necessária revisão ou revisitação — na feliz expressão de Barbosa Moreira — para adequar-se a essa nova visão. E essa revisão passa, necessariamente, pela aproximação do processo ao direito material.**
>
> **Conforme explica José Roberto dos Santos Bedaque, "*o direito processual deve ser estudado pelo prisma da instrumentalidade substancial, ou seja, todos os seus institutos fundamentais constituem meios para tornar efetiva a tutela jurisdicional. Esse é o resultado que se busca com o processo*" (ob. cit. p. 92). E é exatamente isso o que se busca fazer nesse momento, aceitando o poder geral de antecipação e sua aplicação ao agravo de instrumento." (Fragmentos do relatório do juiz Newton de Lucca, no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 96.03.057719-7, TRF da 3ª Região)**

Embora, em grande parte, não comunguemos com o ponto-de-vista da ampla recorribilidade dos interlocutórios (posto que, na legislação estrangeira, prevalece, em regra, o princípio da não-recorribilidade dos incidentes processuais (princípio da concentração recursal)), entendemos que, em todos os casos, é, em situações excepcionalíssimas, preferível aceitar (sob a ótica da correta interpretação da lei processual) o uso da ação autônoma de impugnação mandamental, em caráter especial,— como nas hipóteses em que o recurso próprio (e adequado) de agravo de instrumento, por algum motivo (como nos casos de decisões interlocutórias de conteúdo negativo), não seja efetivo —, reduzindo, desta feita, o virtual impacto do entendimento (absurdo) quanto à restrita e mesmo exclusiva instrumentalidade do processo, buscando, desta feita, um entendimento interpretativo mais assente com a hermenêutica sistêmica dos dispositivos normativos processuais, considerando a inconteste natureza cautelar (de jurisdição imprópria (ou extensiva) e, portanto, sem as restrições inerentes à disciplina cognitiva do processo) da medida liminar ínsita no mandado de segurança.

> **"Nesse caso, para resguardar o seu direito, deverá o recorrente impetrar mandado de segurança, visando obter provimento (não passível de ser obtido via agravo) que se discutiria no agravo de instrumento (...)" (Hugo de Brito Machado *in* O Mandado de Segurança e a Reforma do Agravo (Revista Dialética de Direito Tributário nº 7, p. 27), citado por Newton de Lucca)**

Também, a este especial respeito, nada obsta que seja utilizada uma ação cautelar incidental, a ser ajuizada diretamente no tribunal (art. 800, parágrafo único, do CPC) para se atingir tal finalidade (que alguns autores preferem ver obtida por

vias absolutamente irregulares, como através do pseudo poder geral de antecipação da tutela), consoante entendimento amplamente majoritário na doutrina e na jurisprudência:

> **"PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. LIMINAR CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL. IMPROVIMENTO.**
>
> **A só e só circunstância de ainda não ter sido lançado juízo sobre a admissibilidade ou não do recurso especial no tribunal *a quo* não é óbice para o conhecimento de medida cautelar promovida com a finalidade de comunicar efeito suspensivo ao apelo nobre.**
>
> **Pode-se conferir, em caráter absolutamente excepcional, em medida liminar, efeito suspensivo a recurso especial para garantir a utilidade e a eficácia de uma decisão que nele possa ser favorável ao recorrente, desde que presentes os indispensáveis pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*." (STJ, AGRMC 0000255, 1ª T/MT, DJ 30/10/95, relator ministro César Asfor Rocha, unânime. No mesmo sentido: STJ, AGRMC 0000250, 1ª T/DF, DJ 30/10/95, relator ministro César Asfor Rocha, unânime).**
>
> **"Sendo evidente a fumaça do bom direito e o perigo da demora processual, pelo dano irreparável a ser causado ou de difícil reparação, há de se julgar procedente medida cautelar incidente sobre recurso especial, a fim de evitar, no caso, venda de imóvel financiado em leilão, antes do julgamento definitivo da demanda." (STJ, MC 0000250, 1ª T/DF, DJ 14/10/96, relator ministro José Delgado).**
>
> **"I — A compensação de contribuições previdenciárias não pode ser obtida, via liminar, seja em mandado de segurança, seja em ação cautelar, sob pena de se proceder a indevida antecipação do pedido.**
>
> **II — Inocorreu abuso de poder ou ilegalidade no ato da autoridade impetrada.**
>
> **III — A providência pleiteada poderia ser requerida pela agravante no recurso interposto contra o ato impugnado, a teor do parágrafo único do artigo 800 do CPC, cujo caráter não é restritivo, valendo para apelações e agravos de instrumento.**
>
> **IV — Havendo instrumento eficaz no CPC, não se justifica a utilização do remédio constitucional, em substituição.**
>
> **V — Faltam ao pedido liminar 'fumus boni juris' e 'periculum in mora'.**
>
> **VI — Agravo regimental não provido." (TRF/3ª Região, AGMS 03074158, 1ª T/SP, DJ 09/04/96, relator juiz André Nabarrete, unânime).**
>
> **"Processual civil — agravo de instrumento — indeferimento liminar — inadequação da via eleita — art. 800, parágrafo único do CPC — agravo previsto no art. 557, parágrafo único do CPC.**
>
> **I — com o advento da Lei 8.952/94, que introduziu parágrafo único ao artigo 800, do CPC, este possibilitou à parte a utilização de medida cautelar perante o tribunal, quando proferida sentença pendente de recurso em processamento em primeira instância.**

II — Ao agravo de instrumento foram reservadas as situações definidas na lei 9.139/95, dentre as quais não se insere a hipótese dos autos.

III — Agravo improvido." (TRF/3ª REGIÃO, AG 03065871, 3ª T/SP, DJ 05/03/97, relatora juíza Ana Scartezzini, unânime).

Alternativamente, como deseja Athos Gusmão Carneiro, também nos parece mais razoável, — do que simplesmente conceber genericamente uma absurda tutela recursal antecipada —, o julgador, em grau de recurso, utilizar de seu poder geral de cautela para prover, conforme o caso, inclusive ex officio (dado o aspecto, em tese, de proteção acautelatória), efeitos positivos imediatos ao recurso interposto, ainda que restringidos aos objetivos precípuos da segurança cautelar.

"(...) nesse ponto cabe uma perquirição: quid iuris, se a decisão interlocutória tiver conteúdo negativo e, portanto, não comportar cumprimento a ser suspenso? Assim, p.ex., a decisão denegatória da perícia, que a parte insta como necessária e urgente ante a iminência de desaparecimento dos vestígios de um determinado evento. A mera suspensão dos efeitos da decisão impugnada manteria sem solução o requerimento de realização da prova pericial.

Será possível, em casos dessa ordem, a impetração de mandado de segurança para que a decisão denegatória seja substituída por decisão com conteúdo positivo? Esta não nos parece ser a melhor solução, inclusive porque a ausência do pressuposto do direito líquido e certo ("fatos incontestáveis, no clássico magistério de Costa Manso) manteria a deturpação no emprego do writ. O melhor caminho processual afigura-se, destarte, o de permitir ao relator, usando o poder geral de cautela previsto no art. 798 do Código de Processo Civil, determinar seja efetuada a perícia, com o que será evitado o risco da procrastinação, capaz de torná-la impossível (...)" (Athos Gusmão Carneiro *in* O Novo Recurso de Agravo e Outros Estudos, 1996, Rio, Forense, pp. 73/74)

Pelo menos desta forma — abraçando entendimento inovador, porém mais coadunável com o processo —, restaria incólume a necessária diferenciação, de feição técnico-processual, entre os inconfundíveis institutos da tutela antecipada e da tutela cautelar, no que concerne, sobretudo, aos seus diferentes objetivos.

"(...) A diferença entre a tutela antecipada e a tutela cautelar é perceptível. A medida cautelar é conhecida para assegurar o efeito prático de outra, enquanto a tutela antecipada constitui a própria providência que se demandou, limitada embora na sua eficácia." (Sérgio Bermudes *in* a Reforma do CPC, Liv. Freitas Bastos, RJ, 1995, p. 35)

Ainda assim, não podemos deixar de consignar que algumas vozes isoladas, — no afã, quase que desesperado (e sem qualquer motivação maior), de eliminar o uso do mandamus como ação autônoma de impugnação (o que, em diversas situações, resta impossível, v.g. o indeferimento da inicial em procedimento de justificação) —, tem se preocupado em defender, sem maiores argumentos técnicos, a chamada tutela antecipada no recurso de agravo, chegando, mesmo, alguns autores ao requinte (e, em certa medida, ao absurdo) de propor, por construção

interpretativa, o reconhecimento de uma antecipação de tutela recursal na apelação (ultrapassando as fronteiras relativas ao âmbito menor do recurso de agravo), nas hipóteses de sentenças definitivas recorridas, onde o pedido autoral foi julgado improcedente e, por via de conseqüência, o efeito suspensivo seria, em tese, inócuo.

> **"(…) outra alternativa seria, mas isso dependerá de os tribunais acolherem a tese, admitir-se a tutela antecipada do agravo, por analogia ao art. 273, ou seja, se o agravante precisa de um provimento positivo imediato, poderia pleiteá-lo a título de tutela antecipada à pretensão definitiva do recurso, eliminando com isso a necessidade do mandado de segurança" (Vicente Greco Filho *in* Comentários ao Procedimento Sumário, ao Agravo e à Ação Monitória, 1996, SP, Saraiva, p. 37)**
>
> **"(…) as mesmas razões que autorizam suspensão da decisão impugnada para que eventual provimento do recurso não venha a ser inservível, justificam que, desde logo, conceda-se o resultado prático de seu provimento, nos casos em que sua realização apenas no final do procedimento recursal seria inútil" (Eduardo Talamine *in* A Nova Disciplina do Agravo e os Princípios Constitucionais do Processo, Revista de Processo nº 80, p. 132)**
>
> **"(…) mostra-se admissível, ademais, uma exegese ampla da possibilidade de suspender o cumprimento da decisão prevista no art. 558. As decisões negativas do juiz — v.g., indeferindo o levantamento do produto da alienação dos bens —, passíveis de agravo, podem ser modificadas, com base no art. 527, II, para deferir a providência, desde que, mantido o status quo, delas resultem risco de lesão grave ou de difícil reparação" (Araken de Assis *in Observações sobre o Agravo no Processo de Execução,* Revista do Advogado, n. 48, p. 69)**
>
> **"(…) se a única maneira de afastar o perigo de dano ao direito é a sua satisfação antecipada, a solução que o novo sistema oferece é o pedido de antecipação, que, igualmente, será dirigido ao tribunal e será apreciado pelo órgão competente para o julgamento do recurso, ou pelo relator, conforme dispuser o regimento interno. A concessão da medida dependerá do atendimento das exigências do art. 273: risco iminente de perecimento ou de dano ao direito, prova inequívoca e verossimilhança da alegação" (Teoni Albino Zavascki *in Antecipação da Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais,* Revista do Advogado, n. 46, p. 33)**

De qualquer sorte, resta consignar — de forma sinérgica — que a ampla maioria da doutrina e da jurisprudência não comunga com a controvertida tese da tutela recursal antecipada, opondo-se à mesma, muitas vezes, com respeitável e necessária veemência.

> **"Não pode o tribunal sobrepor-se ao julgador de primeiro grau, antecipando a tutela (em relação ao agravo de instrumento), ou suspender a eficácia da sentença já proferida no mandado de segurança (objetivo da cautelar), sem que se demonstre terem sido as decisões,**

contrárias ao interesse postulado, teratológicas ou de ilegalidade flagrante, ou que possam causar ao postulante, prejuízo irreparável" (TRF da 2ª Região, Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 96.02.022755-2, relatora juíza Maria Helena Cisne Cid, DJ de 11-03-97, p. 13149)

"Mediante a presente "Medida Cautelar Antecedente" pretende o requerente antecipar os efeitos que advirão do julgamento da apelação. Trata-se de gênero processual nulo e ainda não confirmado pela jurisprudência além de não previsto na lei. Denego a liminar." (Medida Cautelar nº 97.02.24778-0, TRF da 2ª Região, rel. juiz Chalu Barbosa, 26-8-97)

"PROCESSUAL CIVIL, AGRAVO REGIMENTAL, PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, REJEIÇÃO, DECISÃO AGRAVADA, CUIDADOSA FUNDAMENTAÇÃO, MANUTENÇÃO.

— Afastamento da preliminar de incompetência da Justiça Federal: tramitação de ação cominatória com pedido declaratório, na qual se postula a intervenção da União, na qualidade de assistente.

— Exame quanto a procedência dos demais fundamentos que se deixa para decisão do próprio Agravo de Instrumento, considerando que o seu acolhimento, ou não, implicaria em antecipar o próprio julgamento do recurso, que deve ocorrer no momento adequado.

Agravo Regimental improvido." (TRF/5ª Região, AGA, 1ª T/PE, DJ 18/07/97, relator juiz Castro Meira, unânime)

2. RECURSOS CONTRA O DEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR

Diferente do pronunciamento judicial que entende pelo indeferimento da medida liminar vindicada, defende a doutrina (praticamente unânime) que a manifestação do magistrado no sentido da concessão ***in*** limine da providência cautelar requerida (ou concedida ex officio através do legítimo exercício do denominado poder cautelar genérico) constitui-se em típica decisão interlocutória (art. 162, § 2º, do CPC), passível, por seu turno, do recurso próprio de agravo, inaugurado com a Lei 9.139/95, em sua modalidade de agravo de instrumento (interposto diretamente no órgão *ad quem*) ou de agravo retido.

"Da decisão que concede a medida liminarmente (...) caberá o recurso de Agravo de Instrumento " (Alexandre de Paula *in* CPC Anotado, 4ª ed., ERT, SP, p. 2883).

"A concessão liminar de medida cautelar constitui decisão incidente e, conseqüentemente agravável" (Ac. unân. da 12ª Câm. do TJSP de 20.10.81, no agr., 31.747-2, rel. des. Dínio de Sanctis Garcia, RJTJSP 77/290).

"A concessão liminar de qualquer medida cautelar é decisão eminentemente agravável (...)" (Ac. unân. da 3ª Câm. do 2º TACivSP de 10.11.81, na apel. 133.326, rel. juiz Francisco Murilo Pinto; RT 557/137).

No passado, contudo, a concessão de medida liminar, como decisão incidente, com a sua excepcional efetividade, — capaz mesmo de produzir prejuízos irreparáveis à outra parte (requerido ou impetrado) —, em contraposição à anterior ausência do imediato efeito suspensivo do seu meio próprio de impugnação, ou seja o recurso de agravo de instrumento (anterior ao advento da Lei 9.139/95) permitiu o amplo emprego do mandado de segurança como instrumento provedor do imprescindível efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento interposto, a seu tempo, contra a decisão concessiva de medida liminar, não obstante as diversas críticas a esse entendimento manifestadas por aqueles que já entendiam, à época, que a simples previsão do recurso específico de "pedido de cassação da medida liminar" ao Presidente do Tribunal (a que se encontra vinculado o magistrado prolator do decisum) já se constituiria em motivo suficiente para afastar qualquer necessidade de criar uma nova modalidade de recurso com mesmo objetivo e efeito.

> **"Realmente a admissibilidade do *mandamus* contra decisão judicial hoje é pacífica desde que haja necessidade de evitar lesão de direito evidente. Demonstrando o *fumus boni iuris*, o dano de difícil e incerta reparação e a ilegalidade do ato, ou abuso de poder, a concessão do writ se impõe para assegurar efeito suspensivo do recurso que não o tiver.**
>
> **É necessário no entanto, para legitimar o ajuizamento do *writ of mandamus*, sempre que o ato contra o qual ele vai ser impetrado for decisão judicial, que o impetrante prove que interpôs o recurso adequado e que seu efeito é apenas devolutivo. Sim, porque esse remédio constitucional não atua como substitutivo daquele. Sua finalidade não é desconstituir ou reformar a decisão impugnada (...)". (Ulderico Pires dos Santos *in* O Mandado de Segurança na Doutrina e na Jurisprudência, p. 189 e segs.).**
>
> **"Não possuindo o recurso cabível — agravo de instrumento — efeito suspensivo e havendo concreta possibilidade de dano irreparável, admite-se mandado de segurança contra medida liminar (...)" (Ac. unân. da 1ª S. do TFR de 24.6.87, no MS 117.550-PE, rel. min. Assis Toledo; RTFR 160/343).**
>
> **"Como agravo de instrumento ou seu sucedâneo retido (art. 522, parágrafo 1º) não possuem efeito suspensivo, a jurisprudência tem admitido mandado de segurança contra as decisões, em matéria liminar, que causem dano irreparável a qualquer das partes, desde que presentes os pressupostos do writ constitucional" (Galeno Lacerda *in* Comentários ao CPC, vol. VIII, Forense, RJ, p. 355).**

Mais recentemente, mas ainda antes do advento da Lei 9.139/95, contudo, o mandado de segurança parece ter evoluído (ou se desnaturado) de sua condição básica de simples instrumento provedor de efeito suspensivo ao recurso próprio de agravo de instrumento, passando a se constituir efetivamente em uma verdadeira ação autônoma de impugnação capaz de, *in* limine, simplesmente suspender a eficácia da medida liminar concedida pelo juízo *a quo*, independente da interposição do recurso próprio de agravo de instrumento, e em flagrante caráter susbstitutivo

ao recurso específico (pedido de cassação ao Presidente do Tribunal a que se encontra vinculado o julgador), expressamente previsto na legislação de mandado de segurança (art. 4º de Lei 4.348/64) e recentemente ampliada para todos os tipos de providências cautelares, concedidas *in limine*, inclusive ação popular, ação civil pública e ações cautelares de modo geral (art. 4º da lei 8.437/92) e, para muitos, não mais condicionado à natureza jurídica de pessoa jurídica de direito público para efeitos de interposição.

> **"Mandado de Segurança impetrado pelo Banco Central do Brasil, objetivando, liminarmente, a suspensão e, ao final, a cassação de medida liminar deferida em outro "mandamus" impetrando em primeira instância.**
>
> **Tratando-se o Banco Central do Brasil de uma pessoa jurídica de direito público, mais precisamente de uma autarquia federal, deveria utilizar-se, para o fim colimado, não de mandado de segurança, impróprio na espécie, e sim do pedido de suspensão previsto no art. 4º da Lei 4.348, de 26.06.64, dirigido ao Presidente deste Tribunal" (MS 503287/PE, TRF 5ª Região, DJ de 31.01.92, p. 1115).**

Muito embora essa possibilidade ampla de se utilizar direta e isoladamente o mandamus como meio idôneo de impugnação da decisão judicial concessiva de liminar, em grande medida, esbarrasse (e ainda esbarre) nos obstáculos acima assinalados e também na própria redação do disposto no artigo 5º, II, da Lei 1.533/51, como ainda, na súmula nº 267 do STF, aparentemente essa solução tem sido cada vez mais consagrada pela doutrina — e fundamentalmente pela jurisprudência mais recente — sob o pseudo argumento de aparentemente atender, sobretudo, à tradição do direito luso-brasileiro que sempre admitiu remédio com amplo efeito suspensivo contra decisão interlocutória causadora de possível dano irreparável ou de difícil reparação, como se de fato já não existisse, em nosso ordenamento jurídico em vigor, mecanismos efetivamente capazes de sustar os efeitos da medida liminar e, por conseqüência, os eventuais danos irreparáveis ou de difícil reparação que poderiam dela advir.

De qualquer forma, nos vemos obrigados a reconhecer, — especialmente após manifestação da Suprema Corte neste sentido —, como majoritária a posição doutrinária e jurisprudencial que defende a ampla possibilidade de interposição do mandado de segurança, na qualidade de ação autônoma de impugnação, contra decisão judicial concessiva de medida liminar, mesmo após o advento da Lei 9.139/95 que aparentemente, dentre outros objetivos, foi concebida para encerrar o denominado uso anômalo do *mandamus*.

> **"A ação de segurança formulada para impugnar ato judicial. É admissível no caso em que do ato impugnado advenha dano irreparável cabalmente demonstrado." (R.T.J., 70/504)**

Ainda, a esse respeito, convergem diversos entendimentos no sentido da possibilidade de ajuizamento de ações cautelares, transportando medidas cautelares, em lugar do mandado de segurança, objetivando o mesmo fim, não obstante tal posição jurisprudencial constituir-se em ponto-de-vista praticamente isolado, considerando o entendimento majoritário no sentido que a providência cautelar

referida no então art. 21, IV, do RISTF ser a própria medida liminar, ínsita na ação mandamental.

> **"Admite-se medida cautelar nos recursos, independentemente dos seus efeitos. O seu cabimento se impõe para proteger direito suscetível de grave dano de incerta reparação, bem assim para garantir a eficácia da ulterior decisão da causa — inc. IV, do art. 21, do Regimento Interno do STF" (Ac. unân. da 2ª T. do STF, em agr. reg. no RE 108.216-GO, rel. min. Djaci Falcão; DJ de 17.10.86; Adcoas 1987, n. 111.420).**

Por outro lado, nos últimos anos, como já afirmamos, parcela pouca expressiva da doutrina (e praticamente isolada na jurisprudência) tem entendido pela possibilidade ampla de interposição da ação autônoma de impugnação mandamental também nos casos de indeferimento da medida liminar, com conseqüente concessão *in limine* da providência cautelar vindicada em flagrante e, *data maxima venia*, inadimissível caráter substitutivo (e verdadeiramente subversivo) à competência jurisdicional originária.

> **"Cabível o emprego de mandado de segurança contra decisão denegatória de liminar, em outro processo dessa natureza, por inexistir recurso próprio contra tal e porque a liminar se constitui em direito subjetivo do impetrante, quando presentes os seus pressupostos legais" (DJU 17.7.91).**
>
> **"…O deferimento de liminar, em ação cautelar, envolve, na ponderação dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, certo grau de discrição do juiz, mencionado sob a expressão tradicional do 'prudente arbítrio'. Assim, quer quando concedida, quer quando negada a liminar, a reforma de tais decisões, por via de mandado de segurança na Instância Superior, exige rigoroso atendimento dos pressupostos no art. 7º, inc. II, da Lei 1.533" (Do ac. unân. da Câm. Esp. do TJSP de 25.7.85, no agr. reg. em ms. 64.234-1, rel. des. Aniceto Aliende; RJTJSP 97/398).**

Diagrama 1: Recursos Contra o Deferimento e o Indeferimento da Medida Liminar

1. RECURSOS CONTRA O INDEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR

- Recurso *lato sensu* de natureza administrativa de reconsideração (dirigido diretamente ao prolator do despacho e realizador do princípio do duplo exame)
- Recurso *lato sensu* de natureza administrativa de correição parcial (quando o ato indeferitório for subversivo à marcha processual. Dirigido à corregedoria e realizador do princípio da dupla instância. Previsto no Código de Organização Judiciária e no Regimento Interno dos tribunais)

2. RECURSOS CONTRA O DEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR

Recurso *lato sensu* de natureza administrativa de reconsideração (ou revogação) (dirigido diretamente ao prolator do despacho e realizador do princípio do duplo exame)

Recurso *lato sensu* de natureza administrativa de *cassação* (ou suspensão) (dirigido ao presidente do tribunal – art. 4º da Lei nº 4.348/64 e art. 4º da Lei nº 8.437/92).

Recurso *stricto sensu* de *agravo* (com efeito suspensivo (Lei nº 9139/95)) (dirigido ao tribunal e realizador do princípio da dupla instância, mas com possibilidade de retratação durante a fase prévia do duplo exame — Art. 522 e seg. do CPC)

Recurso *lato sensu* – ação autônoma de impugnação mandamental (dirigida ao tribunal, realizador do princípio da dupla instância) (possibilidade restringida na prática, em face do advento da nova disciplina legal do recurso de agravo, dotado de efeito suspensivo, com interposição direta ao órgão *ad quem* e prestação de informações pelo julgador de instância inferior, características semelhantes ao do mandado de segurança contra ato judicial)

---

* Mestre e Doutor em Direito Público, é atualmente Professor Titular e Coordenador dos Cursos de Pós Graduação Lato Sensu na UNESA, Magistrado Federal e ex-membro do Ministério Público, é autor da obra "Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares", 3ª edição, Forense Universitária/RJ.

❖ ❖ ❖

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. SENTENÇA SUJEITA A REEXAME NECESSÁRIO. EFICÁCIA MANDAMENTAL. CUMPRIMENTO IMEDIATO. IMPOSSIBILIDADE. MEIOS DE DEFESA E FUNDAMENTOS JURÍDICOS

***H**ildo **N**icolau **P**eron* ***

INTRODUÇÃO

A abordagem que se seguirá é uma provocação dos colegas ao debate, que faz a Seção de Contencioso Geral de Florianópolis/SC, visando o aperfeiçoamento das linhas de defesa do INSS, no que tange a recentes sentenças que, TALVEZ, estejam inovando o Estado Democrático de Direito, em detrimento da segurança jurídica dos cofres da Previdência Social.

Juízes vêm entendendo ser destacável, e imediatamente executável, a parte eficacial da sentença previdenciária que tenha cunho mandamental.

Para não cair na abstração anotamos a seguir o conteúdo de uma delas:

"III – Dispositivo

Isto posto, julgo procedente em parte a ação declaratória proposta por ANCELMO SCHUCH contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, para, reconhecendo a atividade rural do autor no período de 1956, inclusive, a 1960, exclusive, determinar que o instituto réu proceda ao recálculo da renda mensal inicial – RMI da aposentadoria do autor, acrescentando ao tempo já considerado, mais quatro anos de atividade.

Tendo o autor decaído de parte mínima do pedido, condeno a ré ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados, na forma do § 4º do art. 20 do CPC, em R$ 500,00 (quinhentos reais).

"Tendo a presente sentença força mandamental, caso em que deve ser cumprida de imediato, mesmo que objeto de apelação e reexame necessário (Pontes de Miranda, Comentários ao CPC, 3ª ed., 1999, Tomo VII, p. 197), determino se oficie de imediato ao Chefe do Posto de Seguro Social do INSS de São José, com cópia da presente sentença, para seu imediato cumprimento, no que tange ao recálculo da RMI do benefício do autor, e pagamentos que disso decorram.

Publique-se, registre-se, intimem-se.

Florianópolis, 05 de maio de 1999.

…"[1]

Tal como decidido, a sentença separa o principal efeito (condenatório) para posterior execução e determina o cumprimento imediato da parte mandamental, tal como prevê o rito da ação de mandado de segurança, para

[1] Autos nº 98.4043-9, da 4ª Vara Federal de Florianópolis/SC. Autor: Ancelmo Schuch. Réu: INSS.

a qual a apelação é recebida somente no efeito devolutivo (parágrafo único do art. 12 da Lei n. 1.533/51).

Pela recenticidade dessa sentença, e de outras com idêntico encaminhamento, a respeito das quais tem-se conhecimento careceria de humildade científica querer aqui assumir um posicionamento seguro sobre o assunto.[2]

O propósito desta abordagem é colocar o problema, pinçar aspectos do sistema jurídico e, ao final:

a) Aferir se é compatível com o ordenamento a solução dada ao caso? e, no caso de incompatibilidade,

b) identificar quais os meios jurídicos para cassar a medida determinada? e

c) identificar alguns argumentos jurídicos para esse fim.

DO CONTEÚDO EFICÁCIAL DAS SENTENÇAS — TEORIA QUINÁRIA

Os doutrinadores atribuem a PONTES DE MIRANDA a nova classificação das sentenças, que alterou a concepção tradicional segundo a qual as ações, quanto à sua eficácia, eram classificadas em declaratórias, constitutivas e condenatórias.

O citado mestre asseverou que a classificação não contemplava a realidade das ações. Em seu "Tratado das Ações" lançou as bases da Teoria Quinária, pela qual acrescenta as ações com eficácia mandamental e a executiva lato senso. Assevera, ainda, esse r. mestre que todas as sentenças são híbridas, possuindo mais de uma carga de eficácia. Que, por isso, a sua classificação se faz pela carga preponderante.

A par das questões doutrinárias em torno dessa classificação —, anota-se, a seguir, alguns traços dessa classificação, que é reconhecida, inclusive na jurisprudência[3] para permitir a análise aqui proposta.

1) As demandas DECLARATÓRIAS:

— contém um comando de certeza jurídica de um ato, fato ou relação jurídica — art. 4º do CPC. Visam dar certeza onde havia dúvida;

— possuem efeitos "ex tunc" porque se reportam a um direito preexistente;

— inadmitem execução — valem como preceito/norma, *i. e.*, para obrigar alguém dependem da obtenção de um outro provimento, condenatório/sancionatório.

— as sentenças de improcedência – independentemente do provimento visado têm conteúdo declaratório negativo do direito alegado.

2) As demandas CONSTITUTIVAS:

— têm ínsitas um conteúdo declaratório, mas, agregam comandos capazes de criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica.

---

[2] Ações ordinárias n. 99.4002494-0; 99.4000448-6 e outras 105 apenas na Circunscrição Judiciária de Tubarão/SC.

[3] RT 389/362.

— Humberto Theodoro Junior, estribado em Chiovenda ensina que "O seu efeito opera instantaneamente, dentro do próprio processo de congnição, de modo a não comportar ulterior execução da sentença. A simples existência da sentença constitutiva gera a "modificação do estado jurídico existente."[4]

3) Sentenças CONDENATÓRIAS:

— pressupõem uma declaração, mas, é caracterizada por conter uma sanção ou a fixação de uma prestação (dar, fazer, não fazer ou desfazer), o que autoriza, prepara o favorecido para invadir, ao depois, a esfera jurídica da outra parte, mediante processo autônomo de execução (execução em sentido técnico).

— seus efeitos são, em regra, "ex tunc". Normalmente a partir da constituição em mora (art. 219, CPC).

4) Sentenças MANDAMENTAIS**:**

— envolvem o reconhecimento de um direito e de modo idêntico às sentenças constitutivas (à exceção das meramente constitutivas que o dispensam) o juiz emitirá uma ORDEM direcionada à parte demandada (que normalmente é uma autoridade pública) para que faça ou deixe de fazer algo sob certa cominação de uma multa ou de responder por crime prevaricação ou desobediência, conforme o caso, pois deste não podem os agentes públicos serem sujeito ativo.

— seus efeitos são "ex nunc".

Arruda Alvim se posiciona que "A espécie de sentença mandamental, em nosso sentir, pode ser perfeitamente assimilada às sentenças constitutivas."[5]

Entanto, há, como visto, elementos para a distinção pela peculiar forma de operar a modificação, criação e/ou extinção de direitos.

5) Sentenças EXECUTIVAS LATO SENSO:

— trazem embutidas em si a possibilidade de executoriedade dentro do próprio procedimento. É dizer, dispensam a deflagração de um outro processo de execução (no sentido técnico). São exemplos: ação de imissão e de reintegração de posse, ação reivindicatória, ação de despejo.

— efeitos "ex nunc".

DO REGRAMENTO PROTETOR DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PARTICULAR

A legislação processual estabelece a marcha que considera segura para realizar-se a jurisdição. Nela se encontram disciplinados os requisitos e fórmulas para se proceder a uma execução.

A Lei do Mandado de Segurança disciplina que, mesmo sujeita ao duplo grau, a apelação será recebida somente no efeito devolutivo — Parágrafo único do art. 12, Lei n. 1.533/51.

---

[4] Curso de Direito Processual Civil. Forense. 18ª ed. 1996, p. 518.

[5] Manual de Direito Processual Civil. RT, 1978, p. 357.

De sua vez, o CPC estabelece também o seu regramento. Nos procedimentos ali previstos a apelação é recebida no duplo efeito – esta é a regra – art. 520, CPC. E, as exceções, não contemplam tal efeito para a parte não preponderante da sentença.

É de se destacar que são inconfundíveis o rito sumário especial da ação de mandado de segurança com o das ações previdenciárias processadas sob o rito comum (sumário ou ordinário) disciplinadas no CPC. Não se há, pois, de aplicar as disposições especiais a uma ação que tem o rito geral ordinário.

DO REEXAME NECESSÁRIO

Pelas disposições do art. 10 da Lei 9.469/97 as sentenças proferidas contra as Autarquias estão sujeitas ao REEXAME NECESSÁRIO.

É cediço que o reexame recurso não é. Recurso tem **pressupostos** genéricos e específicos e, ainda, **condições** que o distinguem (tipicidade, tempestividade, dialeticidade, preparo, voluntariedade, legitimidade, interesse). Esses requisitos não se fazem presentes no reexame necessário, o qual se opera *ex vi legis*.

Mais: o reexame nada mais é senão uma providência indispensável como condição de eficácia da própria sentença. *Mutatis mutandis*, embora ato jurisdidicional, poder-se-ia equipará-lo ao ato administrativo complexo, haja vista que sua formação exige a integração de vontade de mais de um Órgão Jurisdicional. Ou seja, é condição de eficácia do ato sentencial a sua total reapreciação pela instância superior o que decorre do seu efeito translativo pleno. Antes, a sentença não está apta a produzir efeitos. E, se assim é, não pode ser exigido o seu cumprimento, por faltar-lhe o requisito de certeza para que possa entrar no plano da exigibilidade.

DOS TÍTULOS PARA HAVER EXECUÇÃO

É certo que para proceder-se a qualquer execução necessário se faz respaldo em um título que o legitime.

Não se descura do saber que a eficácia mandamental não está sujeita a uma execução, no sentido técnico-jurídico — que supõe a intromissão do Estado-juiz no patrimônio particular para operar uma expropriação coativa de bens para satisfazer o credor —, mas, não se pode olvidar que a ordem de cumprimento do juízo para que alguém faça, desfaça ou deixe de fazer, se constitui numa forma de execução.

Para operar-se tal intromissão é preciso respaldo num título, o qual não pode revestir-se desse conteúdo, senão por força de lei. É dizer, somente a lei pode dizer o quê se constitui num título executivo. Ou, então, vulnerada ficará a segurança jurídica.

O CPC quando enumera os títulos judiciais, neles inclui "a sentença condenatória proferida no processo civil;" — inciso I do art. 584.

De sua parte, o art. 520, também do CPC, concebe como regra, que havendo interposição de apelação, somente após esgotar o duplo grau a sentença gerará efeitos. Por isso, duplos serão os efeitos de tal recurso, excepcionados os casos ali previstos.

Giza-se que nas exceções ali previstas não consta que a parte mandamental da sentença será recebida somente no efeito devolutivo.

Parece, então, que a sentença executável referida no art. 584, I, do CPC, é aquela não mais sujeita a recurso ordinário. Vale dizer, refere-se àquela que preenche os pressupostos de certeza e de exigibilidade. Logo, afigura-se que a sentença sujeita ao reexame não é título apto a aparelhar uma execução ("ordem de cumprimento"), por não revestir de exigibilidade (ainda que provisória) suficiente para invadir a esfera jurídica do INSS.

LIMITAÇÕES LEGAIS AO PODER JURISDICIONAL — RAZÕES

Segundo se entende a providência determinada desde logo pela sentença em comento, importa em desconsiderar que o legislador estabelece certas garantias para a Fazenda Pública, com o intuito de fazer valer o Princípio da Prevalência do Interesse Público ao do Particular.

Com a visão voltada para a preservação desse princípio é que foram estabelecidas restrições ao poder dos juízes, quando envolvidos bens pertencentes à Fazenda Pública. Com esse intuito foram estabelecidas garantias para que antes de se excutir o patrimônio público se produza um título seguro para legitimá-lo.

Servem de exemplo os seguintes Diplomas:

— a Lei n. 4.348/64;

— a Lei n. 2.770/56;

— a Lei n. 5.021/66;

— a Lei n. 8.437/92;

— a Lei n. 9.469/97 — art. 10, que estabeleceu o reexame necessário às causas em que sucumbirem as autarquias e fundações públicas;

— a Lei n. 9.494/97;

— as alterações introduzidas na Lei 7.347/85 — art. 16, pela Lei n. 9.494/97.

Das disposições insertas em tais leis uma conclusão que se pode tirar é que nas relações jurídicas envolvendo o poder público o valor SEGURANÇA JURÍDICA[6] prepondera sobre a valor EFETIVIDADE DO PROCESSO[7].

Longe de querer ver no magistrado um autômato do processo. Não é isso. (Se assim fosse, melhor seria substituir os juízes por computadores que enquadrassem o fato no direito normado). O que se quer fazer ver — é que na rota de colidência entre tais interesses já existe uma ponderação legislativa, que estabelece critérios para a atuação judicial.

De tudo quanto analisado neste tópico força é concluir que: a) não há espaço para o juiz fazer integração analógica quando a legislação – 9.469/97, art. 10 c/c

[6] **Por segurança jurídica** – entende-se ser o direito à inalterabilidade de dada situação até esgotar o devido processo legal, que envolve, dentre outros, cognição exauriente, com contraditório, ampla defesa e uso dos recursos cabíveis.

[7] **Por efetividade do processo** – entende-se ser o direito de provocar a atuação jurisdicional para obter uma decisão justa e em prazo adequado.

art. 475 do CPC estabelece como condição de eficácia da sentença a sua sujeição ao reexame; b) descabe aplicar disposições legais especiais (da 1.533/51) quando o caso deve ser regulado pela lei geral (CPC).

Nesse contexto é de se indagar se tal encaminhamento não tem o intuito de conceder uma antecipação de tutela às avessas. É o que será visto no tópico seguinte.

DOS CRITÉRIOS PARA ANTECIPAR OS EFEITOS DA TUTELA

Reclamava-se da morosidade na entrega da prestação jurisdicional. A reforma pontual do CPC em 1994 ofereceu um instrumento novo para garantir a efetividade do processo. Para isso o legislador instituiu a chamada "antecipação de tutela" preconizada nos arts. 273 e 461, ambos do CPC, com a redação da Lei n. 8.952.

No caso em análise, a antecipação dos efeitos da tutela seria impossível. A uma, porque não houve pedido da parte — requisito disposto no § 2º do art. 273 do CPC. A duas, porque a providência não se apresentava necessária; a três, porque não resguardou a possibilidade de retorno das partes à condição anterior.

Segundo a melhor doutrina, professada pelo e. Juiz Teori Albino Zavascki[8], a análise do instituto em tela sempre pressupõe uma ponderação adequada entre os direitos fundamentais: efetividade do processo x segurança jurídica. Esse insigne processualista e magistrado traça um balizamento para a segura concessão de tutela.

Sem dúvidas, o ideal preconizado na legislação é conciliar a efetividade do processo com a segurança jurídica. Entretanto, isso nem sempre é possível daí porque o novel regramento (CPC, art. 273 e 461) visa delimitar o espaço em que se poderá prestigiar a efetividade do processo em detrimento da segurança jurídica. Em suma, resta evidente que a inversão destes valores é a exceção, daí porque deve-se Ter um balizamento para antecipar tutela, sob pena de cometimento de injustiças.

O mestre TEORI recomenda certos critérios, traduzidos em verdadeiros princípios para legitimar o privilégio da efetividade do processo sobre a segurança jurídica, os quais podem ser assim enfocados:

1) PRINCÍPIO DA NECESSIDADE — será necessária a existência de um conflito real, ou seja, uma situação tal que haja inviabilidade de coexistência dos direitos fundamentais.

2) PRINCÍPIO DA MENOR RESTRIÇÃO POSSÍVEL — a solução antecipatória deve ser aquela que cause a menor conseqüência possível para o réu. Vale dizer, deve harmonizar os interesses em conflito, guardando proporcionalidade e não excessos.

3) PRINCÍPIO DA SALVAGUARDA DO NÚCLEO ESSENCIAL — a solução antecipatória não poderá eliminar ou retirar a substância elementar de um dos direitos fundamentais ponderados. Ou seja, é preciso resguardar a possibilidade de restabelecimento.

[8] Antecipação de Tutela", ed. Saraiva, 1997.

Sopesando-se tais princípios, e tendo presente que as eficácias Declaratórias e Constitutivas não são passíveis de execução, força é reconhecer que a antecipação de tutela em tais ações extinguiria seu objeto.

Ao que se vê, somente nas ações condenatórias, nas mandamentais e nas executivas lato senso existe a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela.

O quadro abaixo demonstra os requisitos para antecipar os efeitos da tutela, nas modalidades existentes:

Modalidades de Antecipação de Tutela	**Pressupostos Alternativos**	**Pressupostos Genéricos**
"Assecuratória" _____ "Punitiva"	Receio de dano irreparável ou de difícil reparação — que nada mais é, senão o *periculum in mora*, envolvendo risco concreto, atual e grave, simultaneamente. (*) _____ a) abuso do direito de defesa; ou b) atos protelatórios do réu (**)	a) pedido da parte; b) prova inequívoca — capaz de assegurar um juízo de probabilidade do fato alegado. (Não de certeza do fato, porque esta, mesmo ao final não será absoluta) **c) verossimilhança da alegação – que supõe um *fumus boni juris* qualificado.**

(*) Inexistente um desses riscos — será injustificável a antecipação Se não há risco, não há porque escapar da cognição plena e rejeita-se o pedido de antecipação pelo princípio da necessidade.

(**) Não dispensa o princípio da necessidade porque para punir, simplesmente, a lei oferece outros critérios, *v.g.*, arts. 17 e 18 do CPC.

No caso em análise, dois desses princípios restaram desatendidos:

— O Princípio da Necessidade — porque inexistente o conflito real entre a efetividade do processo e a segurança jurídica. O autor aposentou-se por tempo de serviço proporcional. Tem 57 anos e percebe regularmente seus proventos; e

— O Princípio da Salvaguarda do Núcleo Essencial — porque foi determinada a implantação de uma nova RMI e a realização de pagamentos de prestações futuras em dinheiro, sem a prestação de caução (muito embora existe uma possibilidade de recomposição dos valores pagos — art. 115, II, da Lei 8.213/91 —, exceto se por qualquer razão, *v.g.* morte, não houver a cessação do benefício.

Enfim, vê-se que sequer a antecipação dos efeitos da tutela seria possível em tal caso.

CONCLUSÃO

São conclusões a que se chega:

1 — A sentença previdenciária, efetivamente, possui uma carga de eficácia que é mandamental, no que tange à obrigação de fazer relacionada à concessão e/ou revisão de um benefício;

2 — Apresenta-se equivocada: a) quando antecipa a eficácia de um ato que não completou seu ciclo de formação, ou seja, antes do reexame necessário; b) quando separa a eficácia mandamental dentro de uma ação cujo conteúdo preponderante é condenatório; c) quando transplanta o rito de uma ação sumária especial para aplicá-la a uma parte do conteúdo eficacial de uma ação de rito ordinário; d) quando subverte a ordem instituída atento somente à efetividade do processo, desconsiderando o ordenamento estabelecido em prol do interesse público e da segurança jurídica dos bens públicos.

Do esboçado, conclui-se que se fazem presentes elementos bastantes para a cassação da determinação judicial, pelo que a interposição mais segura e recomendável para atacar a produção imediata dos efeitos mandamentais da sentença previdenciária (sem prejuízo do recurso de apelação e do reexame necessário) entendemos ser o Agravo de Instrumento.

De outro lado, sustentamos também o cabimento do Mandado de Segurança, com pedido de liminar, ao invés do Agravo de Instrumento com supedâneo nos seguintes argumentos:

1) a teratologia da decisão (violação do art. 2º da CF/88; art. 475, II e 520, CPC c/c art. 10 da Lei nº 9.469/97;

2) a plausibilidade do direito em favor do INSS frente à decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida na ADIN n. 1.252-5, de 28/05/97, quando declarou a inconstitucionalidade das expressões "e liquidadas imediatamente, não se lhes aplicando o disposto no arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil", constantes do art. 128 da Lei n. 8.213/91, eis que, neste caso, haverá uma imediata execução de valores, via manutenção de benefícios, antes do trânsito em julgado da sentença e sem a prestação de caução;

3) o preenchimento dos requisitos para a sua utilização: a) ato de autoridade; b) a ilegalidade; c) o caráter preventivo — para o recurso de apelação seja recebido no efeito também suspensivo; d) o caráter repressivo — para coibir a exigência de cumprimento imediato do conteúdo eficacial mandamental, para que seus efeitos fiquem diferidos para depois do julgamento do reexame necessário e julgamento do recurso de apelação;

4) o princípio da unirrecorribilidade das decisões, já que da sentença terá que se interpor a apelação voluntária (embora hoje já se venha admitindo a simultânea interposição de agravo para atacar a parte da sentença que defere a antecipação de tutela);

5) o óbice de serem retidos os agravos de instrumento posteriores á sentença — § 4º do art. 523 do CPC;

6) mesmo admitido o recurso de agravo de instrumento — a inviabilidade de acesso aos Tribunais Superiores da decisão proferida, haja vista as recentes alterações do CPC, § 3º do art. 542.

TODAVIA, não desonra registrar que o primeiro mandado de segurança impetrado no TRF da 4ª Região teve a petição inicial indeferida em 27/10/99 (MS n. 1999.04.01.054573-2). Assim, ao menos por ora, tudo está a indicar ser mais seguro para o INSS trilhar os caminhos do Agravo de Instrumento, eis que por essa via centenas de decisões idênticas já foram cassadas no mesmo Tribunal, com os méritos do pioneirismo da Procuradoria do INSS em Tubarão/SC.

Para finalizar, cumpre registrar que a par do posicionamento judicial constante da sentença analisada, que demonstra excessiva preocupação com a efetividade do processo, incumbe aos representantes judiciais dos entidades públicas demonstrar a indispensável necessidade de resguardar a segurança jurídica.

De outro lado, resta claro que também a utilização de Ação Cautelar seria possível. Há aqui, porém, o inconveniente dos honorários advocatícios. Enfim, caminhos outros, se apresentam pelo que a depender da situação não será estranho cogitar até de pedidos de Suspensão de Segurança …

Os incansáveis procuradores que nunca estremecem na busca da justiça saberão usar sua criatividade, lembrando-se de George Washington quando disse:

> **"Alguns homens vêem as coisas como são e perguntam: — Por quê?**
>
> **"Eu sonho com as coisas que nunca existiram e pergunto: — Por que não?".**

* Palestra proferida na Reunião de Trabalho — METAS PARA O ANO 2000, da Procuradoria Geral do INSS, em Brasília-DF, em 22/12/1999.

* Procurador Autárquico do INSS.

❖ ❖ ❖

CONSIDERAÇÕES SOBRE A DEFINIÇÃO DE "ERROS DE CÁLCULO" E "INEXATIDÕES MATERIAIS" (ART. 463 DO CPC) NOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO MOVIDOS CONTRA ENTES PÚBLICOS

***N**azareno **C**ésar **M**oreira **R**eis **

> *"La cosa juzgada es el atributo específico de la jurisdicción. Ninguna otra actividad del orden jurídico tiene la virtud de reunir los dos caracteres arriba mencionados: la imutabilidad y la coercibilidad. Ni la legislación ni la administración pueden expedir actos com estas modalidades, ya que, por su propria naturaleza, las leyes se derogan con otras leyes y los actos administrativos se revocan y se modifican con otros actos."* (E. J. COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 1951, p. 304)

1.0. Intróito

Tema da mais alta relevância e que não tem sido devidamente tratado na doutrina e na jurisprudência é o problema da definição e dos limites exatos do que se compreende nas expressões contidas no Art. 463, I, do Código de Processo Civil, que designam, *in genere*, o erro material contido na sentença.

O problema tem particular magnitude quando envolve condenação em obrigação de pagar quantia certa e há no pólo passivo da execução um ente público, visto como, neste caso, o eventual erro poderá gerar, além de um enriquecimento sem causa do credor, um dano ao Erário devedor.

Engastam-se nesse tema diversos questionamentos importantes, e não de todo desvendados. Basta ter em mente o problema da natureza jurídica da execução contra a Fazenda Pública, ou, mais amplamente, do próprio processo executivo civil. Mas nos limitaremos ao problema do erro material ou de cálculos.

Justificada a importância do tema, sem pretensão de exauri-lo, analisemos a questão em seus pormenores.

2.0. Limites da Imutabilidade da Sentença e a Inexatidão Material

O processo de conhecimento, como se sabe, tem em vista a prolação de uma decisão judicial que, resolvendo — ou não, nas hipóteses de sentenças terminativas — o conflito entre as partes, declare o direito aplicável à espécie, com efeito vinculativo pleno. Daí Frederico Marques dizer que o processo de conhecimento é processo de sentença.

A sentença, portanto, **tem por função primordial a fixação de uma regra jurídica concreta**, a qual, por isso mesmo, aplica-se somente aos sujeitos parciais envolvidos no conflito posto sob apreciação do órgão jurisdicional.

Por outro lado, não se vai a juízo senão quando há litígio, e, portanto, controvérsia sobre a situação jurídica que envolve dois ou mais sujeitos de direito. Desse modo, primacialmente, a sentença tende também a ser **imutável**, pois só assim ela conferirá às partes a segurança que elas buscam ao ingressar em juízo, pondo fim à controvérsia que ensejou o nascimento da lide[1].

É na contraposição entre esses dois valores que se situa a discussão sobre a presença de erro material em sentenças trânsitas em julgado. De um lado, tem-se uma regra jurídica concreta que, nem por ser resultado de uma interpretação judicial, está imune de incertezas e equívocos, embora por princípio deva ser escorreita; de outro, argumenta-se que a coisa julgada, pela sua imutabilidade nata e supostamente absoluta, é intangível e vale pelo que nela se contém (cartularidade).

[1] É importante notar que a sentença não dá um paradeiro ao conflito por ser necessariamente a melhor solução, mas sim por força da necessidade institucional de pacificação. Isso é relevante para que se tenha presente que a coisa julgada não é imutável porque confira solução jurídica segura à causa, mas sim o inverso. Como disse certo autor tedesco, a partir da coisa julgada qualquer argumento que lhe contrarie perde a "plausibilidade jurídica".

Podemos dizer que **o autêntico erro material põe em conflito a sentença idealmente querida pelo juiz e o ente real, eventualmente defeituoso, que terminou por surgir**. A primeira é a verdadeira regra concreta que deve regular o caso; o segundo, é a objetivação dessa regra que, se for defeituoso por não expressar o que se quis dizer, não será acobertado pelo manto da imutabilidade da coisa julgada. Numa tem-se a vontade manifestada pelo juiz; noutro, a vontade declarada.

Assim, o erro material, em sentido amplo, pode ser definido como *aquele que resulta da divergência entre a vontade manifestada e a vontade declarada na sentença*[2]. Para bem compreender esse conceito, deve-se ter em mente que a vontade manifestada é a que resulta racional e objetivamente dos atos praticados no processo e dos argumentos expendidos pelo próprio julgador na sentença, guardando perfeita sintonia lógica com as razões de decidir. Vontade declarada, de outra parte, é a que acabou por ser consagrada documentalmente na decisão, mais precisamente na parte dispositiva da mesma.

Exemplificando, poderíamos imaginar o caso em que o juiz, após longa e erudita demonstração da inviabilidade da pretensão de um segurado que intentara ação em face do INSS, viesse, na parte dispositiva do julgado, a declarar procedente o pedido, condenando o réu nos termos do pedido inicial. Tratar-se-ia, na hipótese aventada, de uma *sentença suicida*, passível de impugnação por conter erro material, ante o fato de a vontade manifestada — conforme se depreende racional e objetivamente da fundamentação — não coincidir com a vontade declarada no julgado.

Está claro que nem sempre o erro material alcança tal requinte, posto que aparece muita vez sob figuras grotescas. Aliás, é por isso que o Código de Processo Civil, distinguiu as hipóteses em que cabem embargos de declaração (Art. 463, II) das que são impugnáveis mediante simples petição, ou retificáveis de ofício (Art. 463, I). Ontologicamente, os erros mencionados como passíveis de correção através do recurso de embargos não são distintos dos que podem ser revistos de ofício, e merecem a nosso ver a denominação comum de erro material. O que a lei pareceu querer distinguir foi o erro *sensivelmente* verificável do erro i*ntelectualmente* verificável. Se há uma letra faltando em uma palavra (ao invés de Jos**u**é, José), ou um número escrito de maneira incorreta (R$ 200.0), uma simples vista d'olhos será capaz de evidenciar o erro — é a esse tipo de equívoco, unicamente, que se refere o Art. 463, I, do CPC, como sendo erro material, além dos erros de cálculo[3]. Se, de outra banda, o erro contido na sentença consiste, por exemplo, numa contradição entre o dispositivo e a fundamentação, como no exemplo acima, ou na utilização pelo julgador de um termo completamente

---

[2] Paula Batista, com a lucidez de sempre, afirmou que a "autoridade da coisa julgada é restrita à parte dispositiva do julgamento e aos pontos aí decididos e fielmente compreendidos em relação aos seus motivos objetivos" (in *Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil*, 8ª ed., São Paulo, 1935, § 185, nota I), querendo com isso deixar claro que os motivos, conquanto não transitem em julgado por si mesmos, o fazem de modo indireto, na razão de sua conexão lógica com o dispositivo da sentença.

[3] O STF assim se pronunciou — ao nosso ver com excessiva restrição à cláusula contida no Art. 463, I, do CPC — sobre o assunto: "o erro material, que nunca transita em julgado, é o erro aritmético ou, como se admite, a inclusão de parcelas indevidas ou a exclusão das

desconhecido e inovador que se revela obscuro a qualquer leitor que não o próprio subscritor da peça, então precisar-se-á de alguma meditação para se chegar a essas conclusões, de modo que o erro aqui só será conhecido mediante uma operação intelectual, embora singela e que, ao nosso ver, não justifica a desqualificação desse erro como sendo de natureza material. A esse tipo de erro, no entanto, o Código dispensa tratamento diverso, criando mesmo uma espécie recursal esdrúxula para retificá-lo, que são os embargos de declaração — que, se não utilizados *oportune tempore*, podem dar azo à uma preclusão temporal, dependendo do caso concreto.

O erro material, tanto o do inciso I quanto o do inciso II do Art. 463 do CPC — lembrando que, *de lege lata*, somente os casos do inciso I são considerados erros materias[4] —, conforme exposto acima, não geram grandes problemas no processo de conhecimento propriamente, mas sim na projeção que a sentença, como título executivo, irá gerar mais adiante. Difícil, quase impossível, que um erro contido **na** sentença de mérito não seja corrigido, de ofício pelo juiz, ou mediante a provocação das partes, ou por embargos de declaração ou por simples petição. E isso se justifica ainda mais pelo fato de esses erros quase sempre inviabilizarem por completo a execução.

O que preocupa e assusta quem trabalha na Advocacia Pública são os erros de cálculo[5], praticados na fase de liquidação de sentença — que é um processo de conhecimento autônomo, conexo logicamente à fase de execução.

Suponha-se a hipótese em que a segurada X ajuizou ação em face do INSS, pugnando para que lhe fosse reconhecido o direito ao reajuste da sua renda mensal de benefício com base na súmula 260 do extinto Tribunal Federal de Recursos. Transitada em julgado a decisão que lhe foi favorável, na fase de liquidação por cálculos do contador (quando havia) ou simplesmente por cálculos (atualmente), chega-se a uma conta, a ser objeto de precatório, que tomou por base, em todo o período de cálculo, o critério de equivalência salarial contido no Art. 58 do ADCT, sem que, por uma razão ou por outra, o INSS impugne os valores. Haverá erro de cálculo na liquidação? Caso seja positiva a resposta, qual o remédio jurídico manejável pelo ente público, e até que instante processual ele pode ser utilizado?

Bem, que há erro não se discute. Os cálculos foram feitos utilizando-se de critérios diversos dos que foram postos na sentença de mérito[6], mas esse erro não está contido **na** sentença do processo de conhecimento, ele foi resultado do

---

devidas, por omissão ou equívoco. Se, porém, ocorre dúvida sobre a exata interpretação ou o exato cumprimento do julgado exeqüendo; se a questão se põe quanto ao critério adotado para estimar determinadas verbas, já aí não há falar em erro simplesmente material, em inexatidão material, em erro de escrita ou de cálculo." (RE 79.400, pleno, rel. Min. Rodrigues de Alckmin, RTJ 74/510)

[4] Eventualmente utilizaremos, no decorrer do texto, a expressão "erro de cálculo" sem fazer referência ao "erro material", mas é evidente pelo que dissemos que aquele é a apenas a espécie mais comum deste.

[5] Esse é um dos muitos pontos onde utilizamo-nos da metonímia referida na nota anterior.

[6] A jurisprudência do STJ bem como uma parte da doutrina têm entendido que o erro nos critérios de cálculo não constituem erro material senão na hipótese de a sentença de liquidação não ter apreciado o tema. Assim, por exemplo, Teori Albino Zavascki, com apoio em julgados

processo de liquidação que, na atual sistemática não dispõe sequer de sentença homologatória — aliás, nesse ponto, convém que se faça uma crítica severa ao legislador que extinguiu a liquidação por cálculos do contador, sobretudo se o executado é um ente público, sem estabelecer sanções ao credor que, maliciosamente, e contando com a deficitária estrutura administrativa desses entes, oferece planilhas de cálculos totalmente divorciadas do teor da sentença de mérito.

Pois bem, dizíamos que o erro de cálculo nasce, normalmente, sem que haja uma sentença que o consagre[7]. Assim sendo, é de todo razoável que cheguemos à natural conclusão de que esse erro não pode jamais ser acobertado pelo manto da coisa julgada, tanto mais quando ele não for sequer objeto de pronunciamento jurisdicional, ou quando muito, na liquidação por artigos ou arbitramento, houver uma sentença meramente homologatória de contas que, à evidência, não torna imutáveis os números a que se chegou nos cálculos.

No caso particular de execução contra a Fazenda Pública, por vezes os erros são constatados somente após a expedição de ofício precatório pelo juiz da primeira instância, e já estando o débito inscrito para pagamento no exercício de que se trata. É que o pagamento de débitos decorrentes de decisão judicial desfavoráveis à Fazenda não deixam de ser **despesas públicas** pela sua origem, exigindo, por conseguinte, que se obedeça a todos os trâmites e princípios financeiro-orçamentários para a sua efetivação, dentre os quais se destaca a **liquidação da despesa**, que consiste precisamente na verificação de sua higidez econômica e jurídica, no âmbito administrativo.

3.0. Procedimento para Alegação de Erro Material em Juízo pela Fazenda Pública. Prazo para Ajuizamento e Recursos Cabíveis

Se distintos os valores encontrados pelo ente público e os que acabaram por ser inscritos no orçamento (Art. 100 da Constituição da República), em havendo prejuízo ao erário, impõe-se ao representante judicial da Fazenda (Procurador ou Advogado) alegar, mediante simples petição, dirigida ao juízo da execução — que é aquele que expediu o ofício precatório — o erro verificado.

---

do STJ, assevera: "A inclusão ou a exclusão de parcelas ou a alteração de critério de cálculo (como, por exemplo, a substituição de um indexador por outro) somente poderão ser considerados erro de cálculo, passíveis de retificação, se, além do equívoco, não tiver havido apreciação específica na sentença a ser retificada. Os critérios e parâmetros estabelecidos pelo juiz na ação de liquidação não podem ser posteriormente modificados, porque isso significaria 'discutir de novo a lide' a respeito do *quantum debeatur* e importaria 'modificar a sentença que a julgou' ". (in *Título Executivo e Liquidação*, Coleção Enrico Tullio Liebman, vol. 42, ed. RT, São Paulo, 1999, p.187) A assertiva deve ser acolhida *cum grano salis*, pois se meditarmos na hipótese em que os critérios de cálculo, embora expressamente decididos na sentença de liquidação, não correspondam aos que foram sufragados pela sentença de mérito, parece lógico que teremos um caso claro de erro de cálculo, ou, quando menos, ofensa ao Art. 610 do CPC.

[7] Entendemos inclusive que, com a extinção da liquidação por cálculos do contador, já que há a possibilidade de que ocorra um "erro de cálculo" sem que ele conste de uma sentença, o Art. 463 do CPC deve ser lido em sentido amplíssimo, devendo aceitar-se a correção a qualquer tempo não somente da sentença, mas também da memória de cálculos não embargada.

Frise-se que a petição deve ser protocolizada na primeira instância, porquanto é aí onde se situa o juízo da execução (salvo as hipóteses excepcionalíssimas de causas originárias de tribunais, como ações rescisórias e mandados de segurança, casos em que o juízo da execução será o próprio Tribunal). A atividade do Presidente do Tribunal na execução contra a Fazenda Pública, conforme decidiu por diversas vezes o STF (*e.g.*, no RE 229.602 – SP, DJU 19.03.1999), é meramente administrativa, não abrangendo em seu espectro de competência decisões que importem alteração substancial do título executivo. Daí porque a discussão do *quantum debeatur* deve travar-se na instância que conheceu em grau originário da causa[8].

Sem embargo disso, é de todo conveniente que se comunique ao Presidente do Tribunal, por meio de ofício expedido pelo Procurador-Chefe — já que se trata de comunicação externa entre autoridades administrativas — o ajuizamento do pedido, inclusive com juntada de cópia da petição protocolizada, a fim de que seja suspenso o processamento do precatório respectivo, até que haja nova decisão sobre o assunto.

Não há dependência entre a petição aforada na primeira instância[9], que busca retificar o *quantum debeatur* da conta que deu origem ao precatório, e o ofício encaminhado ao Presidente do Tribunal pelo Procurador-Chefe da entidade pública. A primeira constitui ato postulatório exercitado no processo de execução; o segundo, consubstancia ato administrativo de comunicação entre autoridades, e tem o único objetivo de requerer que seja o precatório objeto de discussão, afastado temporariamente de sua ordem cronológica de inscrição, até que seja proferida nova decisão na primeira instância que aprecie a pretensão do ente público.

A circunstância de as dívidas da Fazenda Pública inscritas até 1º de julho terem de ser pagas até 31 de dezembro do ano subseqüente (Art. 100, § 1º, da CF/88), impõe a necessidade de que a petição de retificação da conta de que ora falamos seja ajuizada até no máximo o último dia de que dispunha o ente público para efetuar o pagamento, ou seja, 31 de dezembro do exercício seguinte ao dos precatórios inscritos até o 1º de julho anterior, sob pena de caracterizar-se o inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação.

---

[8] Humberto Teodoro Júnior, discorrendo sobre a competência do órgão jurisdicional no processo de execução, assim se manifestou: "A regra fundamental é que a execução da sentença compete ao *juízo da causa*, e como tal entende-se aquele que a aprecia em primeira ou única instância, seja juiz singular ou tribunal. Em outras palavras, *juízo da causa* é o órgão judicial perante o qual se formou a relação processual ao tempo do ajuizamento do feito." (*Curso de Direito Processual Civil*, II, 13ª ed., Forense, Rio de Janeiro 1995, p. 68)

[9] Essa regra comporta exceção, que se dá justamente na hipótese em que o Presidente do Tribunal determine o pagamento do precatório, para evitar quebra da ordem cronológica, antes de a petição de retificação ser apreciada na primeira instância, porquanto nesse caso o pedido de revisão terá perdido o objeto, ante o fato de a satisfação da obrigação nos termos originários não comportar repetição nos autos da execução, tornando inócua *processualmente* a decisão que eventualmente acolha a pretensão da Fazenda Pública. É claro que essa decisão que acolhe a pretensão retificatória poderá servir de base para uma futura *ação direta* de ressarcimento, que tanto poderá ser promovida pelo próprio ente público como pelo MP, neste último caso sob a forma de ação civil pública.

É de notar-se que a petição de retificação não tem efeito suspensivo — já que a lei não prevê um tal efeito. Por isso, quanto maior for a antecedência na sua protocolização tanto mais se evitará problemas de ordem processual. Se, por exemplo, o ente público aforar o pedido de revisão do erro no último dia do prazo para pagamento, haverá, invariavelmente, um inadimplemento até que seja apreciada a petição, ou, o que é pior, até que chegue ordem coativa do Presidente do Tribunal no sentido de que se faça imediatamente o depósito — ordem essa que só poderá existir se houver, ao menos potencialmente, quebra da ordem cronológica de pagamentos, conforme já decidiu o STF. Nesse passo, convém notar que **não compete, sob hipótese alguma, ao juiz de primeira instância estipular prazo para pagamento de precatório**. Se o órgão jurisdicional de piso entender que não assiste razão à Fazenda Pública, no que concerne ao pedido de retificação do valor do precatório, deve ele se limitar ao indeferimento do pedido, haja vista que com esse ato terá exaurido o seu ofício, remanescendo para o Presidente do Tribunal a continuidade da execução.

As decisões que acolhem ou rejeitam a pretensão de retificação dos cálculos ou demais erros são impugnáveis mediante o recurso de agravo por instrumento com pedido de efeito suspensivo. Naturalmente, à Fazenda Pública só assistirá direito de recorrer na hipótese de rejeição, ainda que parcial, do pedido de revisão do erro. As demais decisões, tais como as que fixam prazo para pagamento de precatório na primeira instância — às vezes com ameaça de prisão!!! — são impugnáveis por agravo, ou até mesmo por meio de correição parcial, onde há[10], visto tratar-se de decisão bizarra que tumultua a ordem processual.

Se, adotadas ou não as providências pela Procuradoria do ente público, o pagamento do valor indevido vier a efetuar-se, entendemos ser ainda cabível um último remédio, que é precisamente a comunicação do fato ao Ministério Público, acompanhada do necessário embasamento probatório, para que seja promovida a ação civil pública respectiva (Art. 129, III, da CF/88), de modo que seja reintegrado o *quantum* correspondente excesso de execução verificado. Mas essa medida refoge ao tema a que nos propomos discorrer, podendo muito bem, por si, justificar um novo texto.

4. Conclusões

As considerações que fizemos acima buscam, fundamentalmente, demonstrar que a coisa julgada — qualidade dos efeitos da sentença[11], que os fazem imutáveis — têm alcance limitado, significando que, na fase executiva, pode-se impugnar, a qualquer tempo, o desvio dos atos de coação estatal daquilo que verdadeiramente está inserto no título, tanto mais quando esse desvio se dá pela ocorrência de "erro de cálculo" ou "erro material", seja na própria sentença de mérito, ou em qualquer outra decisão judicial — particularmente na fase de liquidação do julgado —, porque nesses casos, por expressa disposição de Lei (Art. 463, I, do CPC), não há falar em imutabilidade decorrente de coisa julgada.

---

[10] No TRF da 5ª Região, o Regimento Interno da Corregedoria, aprovado pela Resolução nº 14, de 15 de setembro de 1989, prevê essa figura procedimental (Art. 5º, III).

[11] Liebman, E. Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença — e outros escritos sobre coisa julgada*, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 200.

Intentamos demonstrar também que, na execução contra a Fazenda Pública, a matéria assume especial relevo, em razão da indisponibilidade do patrimônio público e do princípio da moralidade, que impedem uma consideração ortodoxa dos postulados clássicos do processo civil; merecendo dar-se realce, ao contrário, às regras que disciplinam as finanças públicas e o princípio do enriquecimento ilícito.

Com a adoção de providências que dêem realidade prática a essa explanação teórica, pode-se evitar, na grande maioria dos casos, o pagamento de indenizações teratológicas que, muita vez, o simples bom-senso é capaz de revelar o erro em que incidem. Mas é preciso que essas medidas sejam utilizadas com parcimônia e tendo por base um vigoroso respaldo probatório, a fim de que sejam prestigiadas e não se transformem em sucedâneo recursal.

Recife, 17 de julho de 1999

* Procurador do INSS em Recife/PE.

❖ ❖ ❖

SIGILO BANCÁRIO: O DIREITO À PRIVACIDADE E A SUA APLICAÇÃO NA COBRANÇA DA DÍVIDA ATIVA DO INSS

***F**lávio **M**ondaini* *

SUMÁRIO

Capítulo Preliminar
Considerações propedêuticas

Capítulo I
O sigilo bancário e a sua relatividade em face da Constituição Federal de 1988

1. Direito fundamental à privacidade
2. Relatividade

Capítulo II
Instrumentos introdutórios de normas jurídicas relativas ao sigilo bancário no direito brasileiro

1. Lei nº 4.595, de 31.12.64
   1.1. Generalidades
   1.2. Natureza jurídica
2. Princípio da hierarquia
3. Medidas provisórias

Capítulo III
Pressupostos para a quebra do sigilo bancário

1. Intervenção judicial
2. Devido processo legal
3. Utilidade e necessidade
4. Interesse público

Capítulo IV
Momento processual para a quebra do sigilo bancário

Conclusão e sugestões
Bibliografia

Capítulo Preliminar
Considerações propedêuticas

No exercício diuturno do nosso mister, em juízo, patrocinando a Dívida Ativa do INSS, constatamos, não raro, que os processos de execução fiscal são suspensos com base no artigo 40 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, e isto nos casos em que não for localizado o devedor/executado ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (*"caput"*). Essa suspensão, é certo, faz-se sem o cancelamento da distribuição do feito, porque não é caso de extinção do processo, e sim de simples arquivamento provisório, depois de decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano (§ 2º).

Por outro giro, não obstante a redação da parte final do *"caput"* ("não correrá o prazo prescricional"), e o disposto no § 3º do preceptivo legal em comentário, segundo o qual, uma vez encontrado, a qualquer tempo, o devedor/executado ou algum bem penhorável, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução, copiosa é orientação jurisprudencial, inclusive do **Superior Tribunal de Justiça**[1] e do **Supremo Tribunal Federal**[2], no sentido de recusar a suspensão da prescrição por tempo indefinido.

Deveras, a prevalecer a orientação jurisprudencial colacionada, a prescrição ficará suspensa pelo prazo de 1 (um) ano, retomando o seu curso com o arquivamento de que cuida o § 2º do artigo 40 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro

[1] "A interpretação dada, pelo acórdão recorrido, ao art. 40 da Lei nº 6.830/80, recusando a suspensão da prescrição por tempo indefinido, é a única suscetível de torná-lo compatível com a norma do art. 174, parágrafo único, do CTN, cujas disposições gerais é reconhecida a hierarquia de lei complementar" (STF, RE 106.217-SP, Rel. Min. Octávio Gallotti, ac. de 08.08.86, RTJ, 119:328).

[2] "O art. 40 da Lei nº 6.830 é silente quanto ao prazo máximo da suspensão do curso da execução. Todavia, cumpre afastar interpretação que a identifique à imprescritibilidade. Analogicamente, considerar-se-á o prazo de um ano" (STJ, 2ª T., Resp. 6.783-RS, Rel. Vicente Cernicchiaro, ac. de 17.12.90, DJU 04.03.91, p. 1981).

de 1980, e, colocando-se em conta, ainda, que as diligências corriqueiramente realizadas não logram êxito, de ordinário, na localização do devedor/executado ou de bens penhoráveis, o crédito tributário do INSS poderá ser declarado irremediavelmente extinto, em manifesto prejuízo da receita previdenciária, portanto, do interesse público, e, até mesmo, do prestígio e da dignidade da justiça.

Observe-se, pois, que tal prejuízo resulta, *"prima facie"*, da ineficiência do INSS em localizar o devedor/executado e/ou bens penhoráveis, restringindo-se, no mais das vezes, a consultar, quando muito, o registro imobiliário e os órgãos de trânsito, cujas diligências restam infrutíferas, geralmente. Certo é que os processos judiciais suspensos na forma do artigo 40 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, dormitam, *"ad eternum"*, nos escaninhos da Justiça.

No que diz com a não localização do devedor/executado, após empreendidas as diligências necessárias para encontrá-lo, a questão não oferece maiores dificuldades, porquanto a solução está na citação por edital, incontroversamente admitida no processo de execução regulado pela Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Nesse caso, até mesmo a intimação da penhora será feita por edital e o feito terá prosseguimento com a nomeação de curador especial, nos termos do artigo 9º do Código de Processo Civil. Esse aspecto da questão, contudo, não será objeto do presente trabalho, restando-nos, conseguintemente, o remanescente da questão que diz com a tentativa frustrada de localização de bens penhoráveis pelos meios corriqueiros, já mencionados.

Afigura-se-nos que as diligências usualmente desenvolvidas, conquanto necessárias, não são suficientes para atingir o desiderato, qual seja, garantir a execução pela penhora. Ora, é pouco provável que devedores "inadimplentes contumazes" mantenham registrados em seu nome bens imóveis e/ou automóveis, pelo menos não é o que temos observado na realidade.

Digna de nota é a matéria publicada pela Associação Nacional dos Fiscais de Contribuições Previdenciárias — ANFIP, na Revista de Seguridade Social, Ano VII, Nº 52, de junho/julho de 1997, p. 3, *"verbis"*:

> **"A Comissão Parlamentar de Inquérito que investiga a emissão de títulos públicos, em curso no Senado Federal, tornou notório o que a sociedade brasileira já sabe há muito tempo: *sem a quebra do sigilo bancário só pagam impostos e contribuições os cidadãos honestos deste país. Sob o manto do sigilo bancário encontra abrigo toda a sorte de marginais, sonegadores, traficantes e os maus empresários que promovem concorrência desleal no mercado brasileiro.*"** *(grifo nosso)*

Insofismavelmente, a solução desse empasse está na direção da quebra do sigilo bancário desses mesmos devedores (contribuintes ou responsáveis), sendo certo que o manejo dos instrumentos adequados, até onde nos é possível conhecer, ainda não foi feito pelas Procuradorias do INSS, talvez porque a matéria ainda não tenha sido posta de maneira sistematizada, com vistas a subsidiar a atuação do Procurador em juízo.

Este trabalho, em tom monográfico, tem por objeto específico e determinado o sigilo bancário, que será analisado, num plano técnico-jurídico, sob a perspectiva do direito constitucional à privacidade, sua relatividade e pressupostos legais de

quebra, ou seja, sob o prisma da possibilidade de quebra do sigilo bancário na cobrança da Dívida Ativa do INSS. Isto porque, como premissa pragmática, a quebra do sigilo bancário constitui, sem dúvida, no ponto de partida para estabelecer a posição da nova orientação dos órgãos de representação judicial do INSS na dinâmica da cobrança de sua Dívida Ativa.

Nenhuma pretensão, entretanto, temos de constituir um trabalho que esgote a problemática do sigilo bancário. Procuramos, apenas, apresentar, em caráter predominantemente didático, o resultado do esforço de várias e exaustivas vigílias, no sentido de coletar, sistematicamente, subsídios que poderão ser úteis na cobrança da Dívida Ativa do INSS, por parte dos seus órgãos de representação judicial, trabalho este que submetemos à crítica e censura dos doutos.

Para alcançar tal objetivo, examinamos as posições de alguns doutrinadores, do direito positivo, constitucional e infraconstitucional, e da jurisprudência, que pudessem orientar os nossos propósitos.

Em verdade, sem embargo do inquestionável valor das muitas obras editadas, entre nós, e versadas sobre o tema, certo é que nenhuma delas tem por objeto específico a quebra do sigilo bancário na cobrança da Dívida Ativa da Fazenda Pública, sobretudo a do INSS, e, muitas vezes, até mesmo, são elaboradas sem qualquer correspondência com o contexto deste tema, e sem conexão alguma com o direito positivo vigorante.

Feitas essas considerações preliminares, doravante, cuidaremos de desenvolver, sistematicamente e com espenque na boa doutrina, na iterativa jurisprudência e na direito positivo, exposição teórica com suas conseqüências práticas, com o que pretendemos estar contribuindo para viabilizar o incremento da receita previdenciária, através da cobrança da Dívida Ativa do INSS.

Capítulo I
O sigilo bancário e a sua relatividade em face da Constituição Federal de 1988

1. Direito fundamental à privacidade

Positivamente, o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 enumerou, como direitos fundamentais, protegidos pela inviolabilidade, a intimidade e a vida privada do cidadão (inciso X), consubstanciados na faculdade que tem cada indivíduo de impedir a intromissão na sua vida privada e familiar, bem assim de obstar o acesso a informações acerca da privacidade de cada um. Aliás, esta proteção se desdobra em outros direitos igualmente fundamentais relativos à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, ao sigilo profissional, por exemplo (inciso XII).

Dispõe o artigo. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal de 1988, *"verbis"*:

> **"X — são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;**
>
> **XII — é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;".**

Sob a rubrica genérica "direito à privacidade", no tópico, trataremos, para fins didáticos, os direitos à intimidade e à vida privada (inciso X) e o direito ao sigilo de dados (inciso XII).

Com efeito, no âmbito de aplicação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, encarta-se o sigilo bancário. A esse respeito, o Parecer nº AGU/PRO-04/96, publicado no D.O.U. de 12.09.96, Seção 1, p. 18.051, registra que, no **Supremo Tribunal Federal**, à exceção dos Ministros **Sepúlvida Pertence** e **Francisco Rezek**, a maioria dos demais Ministros vêem o sigilo bancário como direito fundamental, citando, inclusive, os Ministros **Marco Aurélio**, **Maurício Corrêa** e **Ilmar Galvão**, e transcrevendo a síntese do pensamento do Ministro **Celso de Mello**, *"verbis"*:

> ***"Sabemos que a tutela jurídica da intimidade constitui – qualquer que seja a dimensão em que se projete – uma das expressões mais significativas em que se pluralizam os direitos da personalidade. Trata-se de valor constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, X), cuja proteção normativa busca erigir e reservar, em favor do indivíduo – e contra a ação expansiva do arbítrio do Estado – uma esfera de autonomia intangível e indevassável pela atividade persecutória do Poder Público" (Agravo Regimental em Inquérito nº 897-DF).*** *(grifos do original)*

Na mesma esteira de raciocínio, o aludido Parecer da destaque para a doutrina, citando, entre outros, **Miguel Reale**[3], **Tércio Sampaio Ferraz Júnior**[4], **Arnold Wald**[5] e **Ives Gandra da Silva Martins** e **Gilmar Ferreira Mendes**[6].

Releva ressaltar que o sigilo bancário somente é protegido constitucionalmente no caso das pessoas físicas — a proteção constitucional tem como destinatário o indivíduo. Mas, o sigilo bancário, no caso das pessoas jurídicas, conquanto não esteja protegido constitucionalmente, o é no plano infraconstitucional, como se verá adiante.

2. Relatividade

Todavia, a par dos preceptivos constitucionais sobreditos, o sigilo bancário, que é direito fundamental, não é absoluto, podendo ser quebrado, atendidas determinadas condições legais, o que se lhe confere relatividade. Em verdade, a rigor, não existe direito absoluto.

Kildare Gonçalves Carvalho,[7] a propósito dos limites dos direitos fundamentais, bem posiciona, *"verbis"*:

---

[3] 1º Ciclo de Estudos de Direito Econômico.

[4] Sigilo de dados: O Direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do Estado, *in* Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, 1/41, 1992).

[5] O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro e na Lei Complementar nº 70, *in* Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, 1/96, 1992).

[6] Sigilo bancário, Direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade, *in* Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena de dezembro de 1992).

[7] Direito Constitucional Didático, 1996, Del Rey, p. 191.

"Não existe direito absoluto. Assim, os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados. Encontram limitações na necessidade de se assegurar aos outros o exercício desses direitos, como têm ainda limites externos, decorrentes da necessidade de sua conciliação com as exigências da vida em sociedade, traduzidas na ordem pública, ética social, autoridade do Estado, etc, resultando, daí, restrições dos direitos fundamentais em função dos valores aceitos pela sociedade".

Nessa linha de princípio, é firme e remansada a jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal**[8], como se depreende da decisão proferida por seu órgão pleno.

E não é só: recentemente, no **Informativo STF** nº 126, de 5 a 9 de outubro de 1998[9], foi publicado resumo não oficial, no mesmo sentido.

Com esteio na orientação do **Supremo Tribunal Federal**, diga-se, intérprete máximo da Constituição Federal de 1988, tanto o **Superior Tribunal de Justiça**, intérprete maior e uniformizador do direito positivo federal, de sua vez, quanto os **Tribunais Regionais Federais da 1ª a 5ª Regiões**,[10] sufragaram a tese da relatividade do sigilo bancário.

Inequivocamente, sem embargo dos pronunciamentos em contrário, hoje, é esmagador, na jurisprudência, o entendimento de acordo com o qual é lícito ao

---

[8] **"EMENTA. INQUÉRITO. AGRAVO REGIMENTAL. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. AFRONTA AO ART. 5º, X E XII, DA CF: INEXISTÊNCIA. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. CONTRADITÓRIO. NÃO PREVALECE. I – *A quebra do sigilo bancário não afronta o art. 5º, X e XII, da Constituição Federal (Precedente: Pet. 577)*. II – O princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitória (HC 55447 e HC 69372; RE 136239, *inter alia*). III – Agravo regimental não provido." (*grifo nosso*) (STF. AgrInq. 897/DF. Rel. Min. Francisco Rezek. Tribunal Pleno. Decisão: 23/11/94. Bem. De Jurisp., v. 1.780-01, p. 171, DJ 1 de 24/03/95, p. 6.806)**

[9] **"Sigilo Bancário. *É legítima a quebra do sigilo bancário quando há interesse público relevante*, como o da investigação fundada em suspeita razoável de infração penal. Com base nesse entendimento e afirmando que o art. 38, § 1º, da Lei nº 4.585/64 – *que autoriza a quebra do sigilo bancário quando ordenada pelo Poder Judiciário* – foi recepcionado pela CF/88 (art. 5º, X, XII), a Turma manteve acórdão do STM confirmatório de decisão de juiz auditor que determinara a quebra do sigilo bancário dos recorrentes para o fim de se apurar ilícitos administrativos decorrentes de superfaturamento na compra de material médico-hospitalar no Hospital Central do Exército." RMS 23.002-RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, 2.10.98** (*grifo nosso*)

[10] **Superior Tribunal de Justiça: "EMENTA. DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. DIREITO NÃO-ABSOLUTO À INTIMIDADE. INDÍCIOS DE AUTORIA. VERDADE REAL. DEFERIMENTO. JUÍZO DE VALOR SOBRE A PROVA PRETENDIDA. RECURSO DESPROVIDO. I – É certo que a proteção ao sigilo bancário constitui espécie do direito à intimidade consagrado no art. 5º, X, da Constituição, direito esse que revela uma das garantias do indivíduo contra o arbítrio do Estado. *Todavia, não consubstancia ele direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior. Sua relatividade, no entanto, deve guardar contornos na própria lei, sob pena de se abrir caminho para o descumprimento da garantia à intimidade constitucionalmente assegurada.* II – Tendo o inquérito policial por escopo apurar a existência do fato delituoso, completa deve ser a investigação criminal, em prestígio ao princípio da**

Fisco requer ao Poder Judiciário que requisite ao Banco Central do Brasil – BACEN e às demais instituições financeiras as informações e esclarecimentos relativos às suas operações ativas e passivas e serviços prestados, especificamente quanto ao devedor/executado, quando os seus bens não forem localizados ou indicados, em sede de processo de execução fiscal ou cautelar fiscal, observadas as prescrições da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que se examinará adiante.

Capítulo II
Instrumentos introdutórios de normas jurídicas relativas ao sigilo bancário no direito brasileiro

1. Lei nº 4.595, de 31.12.64

1.1. Generalidades

No plano do direito positivo infraconstitucional, a quebra do sigilo bancário, mediante ordem do Poder Judiciário, decorre, expressa e taxativamente, do artigo 38, § 1º, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que dispõe, *"verbis"*:

> **"Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.**

---

verdade real ínsito ao direito processual penal. III – É impossível exercitar, *ab initio*, um juízo de valor a respeito da utilidade do meio de prova pretendido, tendo em vista que ele pode ser válido ou não diante do contexto de tidas as provas que efetivamente vierem a ser colhidas." (*grifo nosso*) **(STJ, 4ª Turma, AgInq 0000187/96-DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 16.09.96, p. 33651)**

Tribunal Regional Federal da 1ª Região: "EMENTA. TRIBUTÁRIO. SIGILO BANCÁRIO. *O sigilo bancário não é absoluto, podendo ser quebrado, pois os infratores fiscais não podem ser acobertados.* Mas, o contribuinte não pode ficar a mercê do Fisco, devendo, conseqüentemente, o Poder Judiciário decidir se é o caso ou não de quebra de sigilo." (*grifo nosso*) **(TRF da 1ª Região, 3ª Turma, AMS 0138173-DF, Rel. Juiz Tourinho Neto, DJ 04.12.95, p. 83995)**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região: "EMENTA. PROCESSUAL. CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A privacidade do cidadão é direito fundamental e vem assegurado na Constituição Federal que em seu art. 5º, de forma exaustiva, garante a inviolabilidade dos direitos pertinentes ao exercício da personalidade, dentre os quais se inclui o patrimônio, *e tal regra constitucional, somente através de autorização judicial se pode afastar.*" (*grifo nosso*) **(TRF da 2ª Região, Plenário, Agrpsl 0223467-ES, Rel. Juíza Julieta Luns, DJ 23.05.95, p. 30919)**

Tribunal Regional Federal da 3ª Região: "EMENTA. CONSTITUCIONAL. DIREITO À PRIVACIDADE. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. REQUISITOS. I — *A ordem jurídica vigente autoriza a quebra do sigilo bancário em defesa do interesse público consistente na fiscalização do cumprimento do dever legal de contribuir para com os cofres públicos.* II – Tendo em vista que tal poder do Estado contrasta com o direito à privacidade, prerrogativa constitucional do indivíduo, imprescindível o estrito cumprimento das condições legais que autorizam, em nome do interesse geral, a restrição ao direito individual. III – Apelação e recurso de ofício improvidos." (*grifo nosso*) **(TRF da 3ª Região, 2ª Turma, AMS 03066659-SP, Rel. Juiz Arice Amaral, DJ 05.02.97, p. 05171)**

§ 1º *As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário*, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma". *(grifo nosso)*

Exsurge do texto do preceptivo legal em comentário que as instituições financeiras manterão, em sigilo, as suas operações, ativas e passivas, e serviços prestados, devendo, entretanto, no caso de intervenção do Poder Judiciário, prestar as informações e esclarecimento necessários, os quais se revestirão, sempre, do mesmo caráter de sigilo, ficando acessíveis, de conseguinte, tão-somente às partes legítimas na causa, as quais, de seu turno, não poderão se valer deles para fins estranhos à mesma.

O BACEN e as demais instituições financeiras, como bem se vê, devem prestar informações e esclarecimentos ao Poder Judiciário acerca da movimentação ativa ou passiva do cliente/devedor/executado e dos serviços a ele prestados. Em outras palavras, o Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional do Estado, obterá as informações e esclarecimentos requisitados das instituições financeiras, inclusive através do BACEN, desde que fiquem restritas às partes na causa, sem que isso importe violação de direitos constitucionais protegidos. Daí resulta que as informações e esclarecimentos requisitados só podem ser prestados nos autos de processo judicial em curso, seja de conhecimento, seja cautelar, seja de execução, porquanto a expressão "causa" foi empregada no texto legal *"latu sensu"*.

Em casos que tais, inclusive, os agentes do BACEN e das demais instituições financeiras podem fornecer os dados requisitados, sem incidir na pena cominada ao crime de quebra de sigilo bancário previsto no artigo 18 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986.

Outras hipóteses de quebra de sigilo bancário, autorizadas pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, são as dos §§ 2º e 3º do artigo 38 deste diploma

---

Tribunal Regional Federal da 4ª Região: "EMENTA. TRIBUTÁRIO. LEI Nº 4.595/64, ART. 38. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO COM BASE EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. I – É vedado ao Fisco requisitar, com base no disposto no art. 38 da Lei nº 4.595/64, informações a instituições financeiras sobre a movimentação bancária de contribuintes para fins de investigação fiscal, de acordo com o parágrafo 1º do mesmo dispositivo, *somente o Poder Judiciário pode fazê-lo*. II – Surgindo, na discussão da causa, o disposto no art. 8º da Lei nº 8.021/90, que repete as disposições do art. 38 da Lei nº 4.595/64, a Turma decidiu suspender o julgamento e suscitar o incidente de inconstitucionalidade da referida norma por conflitar com o inciso X e XII do art. 5º da CF/88." (*grifo nosso*) **(TRF da 4ª Região, 2ª Turma, AMS 0444243-PR, Rel. Juíza Tânia Terezinha Cardoso Escobar, DJ 08.01.97, p. 00203)**

Tribunal Regional Federal da 5ª Região: "EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. REQUISIÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO BANCÁRIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. SIGILO BANCÁRIO. I – *A quebra de sigilo bancário somente é permitida mediante prévia análise e autorização do Poder Judiciário*. II – Precedentes do STJ. III – Remessa oficial provida." (*grifo nosso*) **(TRF da 5ª Região, 1ª Turma, REO 00535681-CE, Rel. Juiz Hugo Machado, DJ 09.12.94, p. 72301)**

legal, segundo os quais o Poder Legislativo e as Comissões Parlamentares de Inquérito poderão obter as informações que necessitarem do BACEN ou das demais instituições financeiras. Essas hipóteses, porém, não afetam o presente trabalho, a não ser para confirmar a relatividade do sigilo bancário, razão pela qual a elas não dedicaremos nenhuma outra nota.

1.2. Natureza jurídica

A Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que "Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias", foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar, para os fins do artigo 192, que inaugura o Capítulo IV do Título VII: "Do Sistema Financeiro Nacional". Nesse diapasão, é a orientação do **Superior Tribunal de Justiça**[11].

Consigne-se, ainda, a concepção de **José Afonso da Silva**,[12] *"verbis"*:

> **"O *sistema financeiro nacional* será regulado por *lei complementar*. Fica valendo, como tal, pelo princípio da recepção, a Lei 4.595/64, que precisamente instituiu o *sistema financeiro nacional*.**
>
> **(...)**
>
> **Aquela lei vale, por conseguinte, como se lei complementar fosse. Sua alteração, contudo, depende de lei complementar, ou seja, de lei formada nos termos do art. 69".** *(grifos do original)*

Efetivamente, a lei complementar se caracteriza por dois aspectos: 1) regular matéria prevista, expressa ou implicitamente, pela Constituição (aspecto material) e 2) exigência de *"quorum"* especial para sua aprovação (art. 69 da Constituição Federal de 1988) (aspecto formal). A Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, recepcionada, como dito, pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar, encarta-se no primeiro aspecto, quer dizer, é considerada lei complementar por tratar de matéria reservada pelo legislador constituinte a esta espécie normativa, qual seja, aquela que diz com a estruturação e regulamentação do "Sistema Financeiro Nacional".

---

[11] "EMENTA. PROCESSUAL PENAL. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS REQUISITADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO. I – *O artigo 192 da Constituição Federal estabelece que o Sistema Financeiro Nacional será regulado em lei complementar*. II – *Ante a ausência de norma disciplinadora, a Lei nº 4.595/64, que instituiu o referido sistema, restou recepcionada pela vigente Constituição da República, passando a vigorar com força de lei complementar, só podendo, destarte, ser alterada por preceito de igual natureza*. II – Assegurado no art. 38 da Lei nº 4.595/64, o sigilo bancário, as requisições feitas pelo Ministério Público que impliquem em violação ao referido sigilo, devem submeter-se, primeiramente, à apreciação do Judiciário, que poderá, de acordo com a conveniência, deferir ou não, sob pena de se incorrer em abuso de autoridade. IV – Ordem concedida." (*grifo nosso*) (STJ, 5ª Turma, HC 00017007-RJ, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, DJ 09.05.94, p. 10881).

[12] Curso de Direito Constitucional Positivo, 1992, Malheiros, p. 701.

2. Princípio da hierarquia

O direito positivo é estruturado em forma de pirâmide, onde as espécies normativas são dispostas, hierarquicamente, encontrando-se, no ápice, a Constituição Federal de 1988, na condição de Lei Fundamental do sistema, e, abaixo, as demais espécies normativas, dispostas verticalmente, vindo, em primeiro plano a lei complementar.

Destarte, porque complementadora de preceptivos constitucionais, a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, deve ser interpretada, orgânica e sistematicamente, em relação ao disposto no artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal de 1988. E, por outra parte, ainda que o legislador editasse lei ordinária dispondo de modo diverso, por exemplo, estabelecendo novas exceções à quebra do sigilo bancário, está não seria válida, em face do princípio da hierarquia das leis. Não pode, portanto, a lei ordinária invadir o campo reservado pela Constituição às leis complementares. Se o fizer, será, peremptoriamente, inconstitucional.

3. Medidas provisórias

A essa altura, cabe aduzir a seguinte indagação: pode medida provisória versar sobre matéria reservada à lei complementar, isto é, pode esta espécie normativa inovar na ordem jurídica, disciplinado o sigilo bancário, modificando a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964?

Há quem defenda ser admissível regular matéria reservada à lei complementar, por via de medida provisória, desde que esta seja aprovada pelo *"quorum"* próprio daquela espécie normativa, que é o da maioria absoluta. *"Data maxima venia"*, essa interpretação é inconsistente e não leva em conta o critério sistemático que deve nortear a atividade do exegeta. O texto constitucional, como se verá, oferece o critério seguro e obrigatório, seja para o agente — Presidente da República —, seja para o intérprete, na direção contrária a da admissão de edição de medida provisória regulamentadora de matéria reservada à lei complementar.

Por certo, o artigo 62 da Constituição Federal de 1988 não especificou as matérias a respeito das quais pudessem ser adotadas medidas provisórias, de modo que estas, em princípio, poderiam versar qualquer matéria. Esse é o argumento daqueles que defendem a adoção de medida provisória, de modo amplo e irrestrito, no que diz com a matéria versada.[13-14-15]

No entanto, contrapõe-se a esse argumento o fato de que o legislador constituinte, obviamente, não delegaria ao Presidente da República a faculdade de legislar, mediante medida provisória, sobre matéria cuja regulamentação fora vedada através de lei delegada. Do contrário, aliás, restaria sem sentido a norma

[13] Hugo de Brito Machado, *in* Curso de Direito Tributário, 1998, Malheiros, p. 60.

[14] Saulo Ramos, "Medidas Provisórias", *in* A nova ordem constitucional – Aspectos polêmicos, 1990, p 530.

[15] Caio Tácito, *in* As medidas provisórias na Constituição de 1988", Ver. de Direito Público nº 90/54.

do artigo 68, § 1º, da Constituição Federal de 1988, que afasta da competência delegada determinadas matérias, entre elas, aquela reservada à lei complementar, como é o caso da matéria versada na Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Ora, seria burlar a vedação constitucional, já que esta poderia ser contornada através da utilização de medidas provisórias.

Exemplificando, o artigo 68, § 1º, da Constituição Federal de 1988, veda a utilização de lei delegada para regular atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, ou de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, *bem como a matéria reservada à lei complementar* e outras relacionadas nos incisos I a III do mesmo preceptivo.

Sobre a questão é elucidativa a lição de **Paulo de Barros Carvalho**,[16] *"verbis"*:

> **"É de clareza meridiana que nossa Lei Fundamental não admite a intromissão do Executivo naquilo que pertencer ao domínio de incidência da lei complementar. A delegação para esse fim está proibida de maneira enfaticamente explícita. É bem de ver, que não há tolerar-se que tal vedação perca seu sentido de existência pelo recurso ao precário, excepcional e discutível instrumento que é a medida provisória.**
>
> **(...)**
>
> **Em contraposição formal a esse modo de avaliar o alcance das indigitadas medidas, temos para nós que o expediente que o constituinte afastou das mãos do Presidente da República, por meio de lei delegada, forma legítima e tradicional de manifestação do Poder Legislativo, certamente que não o entregaria para que fosse utilizado por intermédio de medida provisória".**

Sobremais, admitir a edição de medida provisória, versando sobre matéria reservada à lei complementar, é mesmo que admitir, por conseguinte, possa o Presidente da República disciplinar, no lugar do legislador complementar, estribado no artigo 59, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, sobre "a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis", o que importaria subverter todo o arcabouço constitucional do processo legislativo. E não é só: seria admitir que o Poder Executivo pudesse interferir na organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, na carreira e na garantia de seus membros, promovendo alterações sem a intervenção do Poder Legislativo, já que as medidas provisórias têm força de lei e eficácia imediata. Seria o caos, a negação do princípio da "Separação dos Poderes".

Impende consignar, por oportuno, que o sigilo bancário, pelo menos no que diz com as pessoas físicas, é direito individual, cuja disciplina é vedada ao Presidente da República, que não pode dispor sobre a matéria nem mesmo por lei delegada, consoante estatuído no artigo 68, § 1º, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

Lancemos mão, pois, da boa doutrina, que nos guiará pela interpretação sistemática do texto constitucional:

---

[16] Curso de Direito Tributário, 1998, Saraiva, p. 52/53.

J. H. Meirelles Teixeira,[17] "*verbis*":

"Nenhum dispositivo constitucional revela seu pleno sentido se não for considerado, organicamente, como parte da Constituição, e em comparação e à luz, portanto, de todos os demais dispositivos".

J. J. Gomes Canotilho,[18] *"verbis"*:

"O princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar".

É inconcebível a interpretação isolada do artigo 62 da Constituição Federal de 1988, sob pena de aniquilar aquele que é o mais cardeal entre os princípios fundamentais do direito — o da unicidade do sistema jurídico. O sobredito preceptivo constitucional está, organicamente, ligado a todo texto constitucional, não podendo prescindir, na sua interpretação, de qualquer norma ou princípio constitucional.

Logo, com base nos fundamentos aduzidos, temos para nós que não podem ser objeto de medidas provisórias as matérias reservadas à lei complementar, de modo que a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, não pode ser modificada por intermédio daquela espécie normativa.

Capítulo III
Pressupostos para a quebra do sigilo bancário

Prossigamos, então, na verificação tópica da quebra do sigilo bancário, naquilo que diz com os pressupostos legais que a autorizam, sobretudo com vistas na localização de bens do devedor/executado a serem penhorados em processo de execução fiscal da Dívida Ativa do INSS.

Alguns aspectos, portanto, hão de ser atendidos para a quebra do sigilo bancário, em casos que tais: 1) intervenção judicial; 2) devido processo legal; 3) utilidade e necessidade e 4) interesse público relevante.

1. Intervenção judicial

É indispensável, a teor do artigo 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e, como visto, da orientação dominante dos tribunais pátrios, a intervenção do Poder Judiciário para a quebra do sigilo bancário. Assim, as requisições feitas por autoridades administrativas que impliquem em violação do referido sigilo devem submeter-se, primeiramente, à apreciação do juízo competente, que poderá, de acordo com a existência de interesse público, deferir ou não, sob pena de se incorrer em ilegalidade.

[17] Curso de Direito Constitucional, 1991, p. 276.

[18] Direito Constitucional, 1992, p. 232.

No tópico, releva transcrever os votos proferidos por **Marco Aurélio**, **Maurício Corrêa**, **Celso de Mello** e **Ilmar Galvão**, Ministros do **Supremo Tribunal Federal**, no Mandado de Segurança nº 21.729-4, *"verbis"*:

Ministro Marco Aurélio:

"Em última análise, tenho que o sigilo bancário está sob proteção do disposto nos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal. *Entendo que somente é possível afastá-lo por ordem judicial"*. *(grifo nosso)*

Ministro Maurício Corrêa:

"Senhor Presidente, os 17 (dezessete) precedentes aqui examinados ou apenas mencionados permitem extrair com segurança a doutrina desta Corte firmada no transcorrer de quase cinqüenta anos, sendo de se notar que ela está colocada em dois princípios fundamentais: o primeiro diz que o direito ao sigilo bancário é um direito individual, mas não absoluto, porque cede diante do interesse público; *o segundo princípio informa que a violação do sigilo bancário só é permitida no interesse da justiça e por determinação judicial"*. *(grifo nosso)*

Ministro Celso de Mello:

"*Apenas o Judiciário pode eximir as instituições financeiras do dever que lhes incumbe em tema de sigilo bancário*.

Sendo assim, Sr. Presidente, e tendo em consideração as razões expostas, entendo que a decretação (de quebra) do sigilo bancário pressupõe, sempre, a existência de ordem judicial sem o que não se impõe à instituição financeira o dever de fornecer legitimamente as informações que lhe tenham sido requisitadas". *(grifo nosso)*

Ministro Ilmar Galvão:

"*Também tenho por certo que toda pretensão à quebra do sigilo bancário* — salvo a exceção prevista no art. 58, § 3º, da Constituição, relativa às Comissões Parlamentares de Inquérito, que têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais —, *haverá de passar pelo crivo do Poder Judiciário, incumbindo a este verificar, observadas as cautelas do devido processo legal e do direito à ampla defesa, se está ela apoiada em motivo revestido de relevância necessária a justificá-la*". *(grifo nosso)*

Como bem se vê, nenhuma informação protegida pelo sigilo bancário poderá ser dada sem que se trate de requisição feita pelo Poder Judiciário, à exceção, evidentemente, das hipóteses dos §§ 2º e 3º do artigo 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1998, já mencionados.

2. Devido processo legal

A requisição judicial deve observar o princípio do devido processo legal, que deve ser o judicial, de modo que não basta o início de procedimento administrativo

de lançamento, sua conclusão, ou, até mesmo, a inscrição em Dívida Ativa, o que importa em exonerar o BACEN e as demais instituições financeiras do dever de fornecer as informações requisitadas, abrigando-se na proteção do sigilo bancário. Só se admite a quebra do sigilo bancário em sede de processo judicial em curso. Nesse diapasão, decidiu o **Superior Tribunal de Justiça**[19].

A propósito, não há falar em inconstitucionalidade da Lei nº 8.870, de 16 de abril de 1994, no que diz com o seu artigo 12, que dispõe, *"verbis"*:

> **"As instituições financeiras, obrigam-se a fornecer, mensalmente, ao INSS, relação das empresas contratadas conforme especificação técnica da Autarquia".**

De acordo com esse dispositivo legal, as instituições financeiras ficam obrigadas a fornecer, mensalmente, ao INSS relação nominal das empresas com as quais tenham efetuado operações de crédito. O fornecimento de tais informações não importa quebra do sigilo bancário, já que não implica revelar os dados das operações ativas e passivas, ou da natureza dos serviços que, eventualmente, tenham sido prestados.

A interpretação do artigo 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, instituidor das hipóteses excepcionais de quebra do sigilo bancário, impõe seja orientada em consonância com a baliza estabelecida na casuística processual civil vigente, de tal forma que as expressões "processo" e "partes legítimas na causa" nele contidas admitem sejam entendidas tão-somente como processo judicial. Portanto, contraria o ordenamento jurídico a quebra do sigilo bancário, posto que mediante requisição judicial, sem que tenha sido instaurada a relação jurídico-processual, pela citação do devedor/executado.

Satisfaz o requisito em exame a ocorrência de ação cautelar fiscal, proposta na forma da Lei nº 8.397, 06 de janeiro de 1992, cujo procedimento pode ser instaurado antes mesmo do ajuizamento da execução judicial da Dívida Ativa (art. 1º).

Rematando, tem-se que a quebra do sigilo bancário, por ordem do Poder Judiciário, como visto, dá-se através do exercício da função jurisdicional do Estado, que tem por instrumento o processo.

---

[19] "**EMENTA. TRIBUTÁRIO. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA COM BASE EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. I –** ***O Sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal, por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso X).*** **II – Por isso, cumpre às instituições financeiras manter sigilo acerca de qualquer informação ou documentação pertinente a movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, bem como dos serviços bancários a ele prestados. II – Observadas tais vedações, cabe-lhes atender às demais solicitações de informações encaminhadas pelo Fisco, desde que decorrentes de autoridade administrativa competente. III –** ***Apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo em relação às matérias arroladas em lei.*** **IV – Interpretação integrada e sistemática dos artigos 38, § 5º, da Lei nº 4.595/64 e 197, inciso II e parágrafo único, do CTN. V – Recurso improvido, sem discrepância."** *(grifo nosso)* **(STJ, 1ª Turma, Resp 0037566-RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ 28.03.94, p. 06294)**

3. Utilidade e necessidade

Não é legítima a quebra do sigilo bancário sem que a requisição judicial das informações se justifique na utilidade que delas possam resultar para o INSS, e na indispensabilidade da intervenção do Poder Judiciário, isto é, na dificuldade razoável de ser obtida a informação diretamente pelo INSS. Isto quer dizer que o INSS, antes de requerer a quebra do sigilo bancário, deverá esgotar os meios e diligências possíveis para encontrar bens do devedor sobre os quais possa recair a penhora. Legítima, pois, é a utilização da máquina judiciária, quando só por seu intermédio se podem obter as informações necessárias à execução posta em juízo. Nesse sentido, o Poder Judiciário somente desenvolve uma atividade subsidiária.

Cabe, contudo, a título de esclarecimento, consignar que, consoante os termos expressos do artigo 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, é vedado ao INSS diligenciar no sentido de que o BACEN e as demais instituições financeiras lhe forneçam informações sobre as suas operações ativas e passivas e serviços prestados. Além disso, por certo, com fulcro no artigo e diploma legal citados, o BACEN e as demais instituições financeiras haverão de recusar a fornecer dados protegidos pelo sigilo bancário, caso sejam solicitados pelo INSS. Por isso, os meios e diligências possíveis para encontrar bens do devedor sobre os quais possa recair a penhora que o INSS deve empreender, antes de requerer ao Poder Judiciário a quebra do sigilo bancário, são aqueles que dizem com a obtenção de dados não protegidos pelo sigilo, constantes de órgãos públicos, tais como Juntas Comerciais, Cartórios de Registros Imobiliários, Companhias Telefônicas, Órgãos de Trânsito etc.

Sem dúvida, em princípio, não cabe a autoridade judiciária providências para a localização dos bens do devedor/executado, porém, por igual, não lhe cabe impedir que o INSS faça a prova da existência de bens penhoráveis, ou obtenha as certidões ou esclarecimentos de que necessita. Desde que o INSS contribua para a busca de tais informações até o limite que lhe é permitido, sendo certo que lhe é vedado requisitar, particularmente, informações legalmente protegidas pelo sigilo bancário, cuja quebra constitui até razão de procedimento criminal, cabe ao Poder Judiciário, a requerimento fundamentado da daquela autarquia e com demonstração de interesse justificado, determinar que o BACEN e as demais instituições financeiras prestem as informações necessárias.

Sob outra angulação jurídica, assinale-se que, sobre o assunto, dispõe o art. 399 do Código de Processo Civil, *"verbis"*:

> **"Art. 399. O Juiz requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição:**
>
> **I — As certidões necessárias à prova das alegações das partes;".**

Com base nessa norma processual, tendo o INSS diligenciado, sem resultado, o que lhe competia para a localização de bens penhoráveis, pode e deve o Poder Judiciário desenvolver sua missão subsidiária, requisitando ao BACEN e às demais instituições financeiras as informações necessárias.

Do dever que incumbe às partes e aos terceiros de colaborar com o Poder Judiciário "para o descobrimento da verdade" (arts. 339 a 341), decorre para o juiz

o poder de determinar a exibição de documento ou coisa que se ache na posse das referidas pessoas, sempre que o exame desses bens for útil ou necessário para a instrução do processo.

Requerida a certidão pelo INSS, não cabe ao juiz, segundo o teor do art. 399, inciso I, do Código de Processo Civil, apenas a faculdade de requisitá-la, pois esta norma determina, imperativamente, que o juiz terá de assim o fazer.

Mas, é cediço, não é lícito ao INSS transformar o juiz num mero preposto para obtenção de quaisquer certidões. Dessa forma, o dever do juiz de requisitar tais documentos ficará na dependência do exame do requisito de sua necessidade e da dificuldade ponderável de ser a certidão obtida diretamente pelo INSS.

Finalmente, pode ocorrer, e não raro ocorre, que a penhora seja insuficiente, seja porque, após a avaliação, tenha sido verificado que os bens penhorados são de valor inferior ao crédito do INSS, seja porque, executados os bens, o produto da alienação não basta para o pagamento do INSS. Em ambas as hipóteses, averbe-se, cabe o reforço da penhora insuficiente, em qualquer fase do processo, desde que requerida pelo INSS, na forma do artigo 15, inciso II, da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Daí infere-se a necessidade da quebra do sigilo bancário, não só nos casos em que não são encontrados bens penhoráveis, mas, também, naqueles em que a penhora é insuficiente, e desde que o INSS demonstre ter diligenciado, sem êxito, no sentido de encontrar outros bens que possam satisfazer, com o produto de sua alienação, o crédito da autarquia, quer reforçando a penhora, quer substituindo os bens penhorados e não alienados.

4. Interesse público

Com relação ao último requisito em exame, para que fique delineado, integralmente, o perfil do interesse público a justificar a quebra do sigilo bancário, cabe observar a necessidade premente de que o seu significado seja posto adequadamente, de tal sorte que nenhum outro expediente seja preciso para sua perfeita identificação no contexto da relação processual e das garantias e privilégios do crédito tributário.

Firmemo-nos, então, no campo eletivo do processo de execução em geral, e, particularmente, do de execução fiscal, para examinarmos o alcance da expressão interesse público, topicamente.

Efetivamente, no processo de execução em geral, sobretudo, as requisições judiciais não podem ter, no que diz com a quebra do sigilo bancário, a interpretação restritiva que alguns querem lhe empregar, com suporte no argumento inconsistente de que a execução se realiza do interesse exclusivo do credor (art. 612 do CPC). Isto porque o conceito de interesse público é bem mais amplo e abrangente, de modo a abarcar, inclusive, o prestígio e a dignidade da Justiça.

Cumpre indagar, dentro de tal moldura, se há interesse público na requisição de informações ao BACEN e às demais instituições financeiras, em execução fiscal, quando não são encontrados bens nem estes são indicados pelo devedor/executado.

Obviamente, sim. Cada vez mais se toma consciência do caráter público do processo, cada vez mais se vislumbra o predomínio do interesse público sobre o interesse privado em termos de processo, que, como cediço, é instrumento da

jurisdição. Esta não tem o escopo meramente cognitivo, mas, também, o de tornar efetiva a sanção, através da substituição da atividade das partes pela do juiz, e isto importa, em última análise, na própria atuação do direito objetivo.

Mais do que no processo de conhecimento, esse predomínio se faz sentir no processo de execução, onde não se busca uma pretensão de acertamento, mas a realização daquilo que está no título, que se presume líquido, certo e exigível. Caracteriza-se a execução pelos atos materiais de coerção na busca da satisfação do crédito contido no título. Ora, posto que a pretensão resistida envolvesse interesse eminentemente privado, isto é, os sujeitos no processo de execução fossem entes de direito privado — o que não é o caso —, há no processo de execução, sempre, um interesse público, que é o de pacificação social e o de manutenção da ordem jurídica, com vistas na realização da vontade concreta da lei.

Nesse sentido, **Humberto Theodoro Junior**,[20] citando a lição do mestre **Carnelutti**, consigna, *"verbis"*:

> **"O monopólio estatal da justiça exige que a função jurisdicional vá além, para evitar que o particular tenha que usar a própria força para fazer valer o direito subjetivo reconhecido em seu favor.**
>
> ***Há, nessa ordem de idéias, como destaca CARNELUTTI, um significativo interesse público no processo de execução, através do qual se completa a atividade voltada à atuação da vontade concreta da lei".*** *(grifo nosso)*

Mais uma vez, impende trazer a baila a lúcida orientação jurisprudencial do **Superior Tribunal de Justiça**[21].

Averbe-se, ainda, a oportuna lição de **Liebman**,[22] *"verbis"*:

> **"Quem põe as mãos sobre os bens do devedor é o Estado, por intermédio de seu órgão competente: ele e só ele tem os poderes para tanto. O erro das doutrinas privatísticas é de querer construir com materiais tirados exclusivamente do Direito Privado uma série de atividades e relações em que a autoridade soberana do poder intervém necessariamente, em exercício de poderes que lhe pertencem em caráter privativo, para cumprir sua missão de guardião e defensor do Direito. A sanção não é elemento da relação jurídica privada. Titular do poder sancionatório é o Estado, como elemento integrante de sua soberania.** ***Só ignorando deliberadamente a participação do órgão estatal e o papel que lhe cabe no processo de execução, papel de todos***

[20] Processo de Execução, 1989, Leud, p. 7.

[21] **"EMENTA. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. REQUISIÇÃO AO IMPOSTO DE RENDA. ADMISSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.** ***Em face do interesse da Justiça na realização da penhora*****, ato que dá início à expropriação forçada, admite-se a requisição à repartição competente do imposto de renda para fins da localização de bens do devedor, quando frustados os esforços desenvolvidos nesse sentido."** (*grifo nosso*) **(STJ, 4ª Turma, REsp 2777-PA, DJ 09.10.90)**

[22] Processo de Execução, 3ª edição, 1968, Saraiva, p. 31.

> ***os pontos de vista decisivo e insubstituível, é que se pode pretender localizar no direito do credor o poder de invadir a esfera jurídica do devedor: seria, pois, querer construir a teoria do processo sem levar em conta a existência do Juiz!*"** (*grifo nosso*)

Ora, a penhora é um ato de execução, de inegável interesse para a satisfação do crédito, é ato de constrição legal, que dá início à expropriação forçada dos bens do devedor. Tal é o interesse da Justiça na realização da penhora, e, portanto, no processo de execução, que o legislador do Código de Processo Civil estabeleceu que "o juiz pode, em qualquer momento do processo, advertir ao devedor que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça" (art. 599, inciso II), considerando-se "atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução" (art. 600, inciso IV). Essas normas do processo de execução, é certo, constituem desdobramento da regra do processo de conhecimento, segundo a qual o juiz tem o poder-dever e a responsabilidade de dirigir "o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça" (art. 125, inciso III), que, aliás, aplica-se "subsidiariamente à execução (art. 598).

Para que não paire dúvida de que o legislador do Código de Processo Civil estabeleceu verdadeiros deveres ao juiz nas hipóteses dos sobreditos dispositivos, mormente na do inciso II do artigo 599, tomemos de **Moacir Amaral Santos**,[23] o seguinte ensinamento, *"verbis"*:

> **"Espelham-se nessa disposição *poderes* do juiz — "o juiz *pode*" — mas que correspondem também a autênticos *deveres*, especialmente no que concerne à hipótese do inciso II, os quais lhe cumpre exercê-los de ofício ou até mesmo a requerimento da parte".** *(grifos do original)*

Particularmente, execução fiscal é processo para cobrança de créditos da Fazenda Pública, inscritos em Dívida Ativa, na forma da lei. Destarte, como a Fazenda Pública, sempre, milita, em juízo, em defesa do interesse público, podemos dizer que a execução fiscal é processo que se desenvolve sob o signo do interesse público.

É bem de ver, sob a perspectiva do crédito tributário, que este, cuja cobrança judicial se dá pela execução fiscal, reveste-se, inequivocamente, do mais relevante interesse público e, por isso mesmo, dispensou-lhe o legislador garantias e privilégios. Vale dizer, os meios e procedimentos colocados à disposição da Fazenda Pública para o recebimento do tributo (garantias) e a posição de supremacia do crédito tributário, em relação aos demais, exceto o crédito trabalhista (privilégio). Basta observar as disposições dos artigos 183 a 193 do Código Tributário Nacional.

Em abono a essa tese, **Paulo de Barros Carvalho**,[24] preleciona, *"verbis"*:

> **"Vê-se aqui, novamente, a presença daquele princípio implícito, mas de grande magnitude, que prescreve *a supremacia do interesse público*".** *(grifo nosso)*

---

[23] Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Volume 3, 1989, Saraiva, p. 271.

[24] Ob. Cit., p. 356.

As garantias ou privilégios do crédito tributário compreendidos nos artigos 183 a 193 do Código Tributário Nacional, em verdade, foram estabelecidos em decorrência da natureza do interesse público, da destinação pública dos tributos.

Também, dada a existência do interesse público com que milita em juízo, a Fazenda Pública goza de determinados privilégios processuais, tais como aqueles previstos, respectivamente, nos artigos 188 e 475 do Código de Processo Civil, segundo os quais a Fazenda Pública tem o prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, bem como tem o direito ao reexame necessário.

De conseqüência, é inegável a presença do interesse público na quebra do sigilo bancário do devedor/executado, quer pelo caráter público do processo de execução fiscal, quer pela destinação pública das contribuições sociais, quer pela natureza pública do interesse com que a Fazenda Pública milita em juízo.

Capítulo IV
Momento processual para a quebra do sigilo bancário

Não obstante os termos expressos do artigo 40, *"caput"*, da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, que estabelece a suspensão da execução fiscal, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, aplica-se, subsidiariamente, às espécies que tais, as disposições do Código de Processo Civil, sobretudo as dos artigos 791 e incisos, e 793. Este último dispõe, *"verbis"*:

> **"Suspensa a execução, é defeso praticar quaisquer atos processuais. O juiz poderá, entretanto, ordenar providências cautelares urgentes".**

Assim, como efeito da suspensão da execução, qualquer que seja o motivo, tem-se que nenhum ato processual, seja das partes, seja do juiz, seja dos auxiliares deste, pode ser praticado, sob pena de nulidade. Porém, em caráter excepcional, pode o juiz determinar medidas cautelares de urgência.

A questão assume relevo, no entanto, na suspensão da execução ocasionada na forma do artigo 40 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, e mormente naqueles casos em que as diligências empreendidas para localizar bens penhoráveis restarem infrutíferas. Em casos que tais, será possível o requerimento de quebra do sigilo bancário (ato processual da parte), ou a deliberação judicial respectiva (ato do juiz), durante a suspensão da execução, ante os termos expressos do artigo 793 do Código de Processo Civil?

A resposta a essa indagação deve ser dada na forma do seguinte silogismo: *premissa maior*: durante a suspensão só se podem praticar medidas cautelares urgentes; *premissa menor*: o ato tem a natureza de medida cautelar urgente; *conclusão*: pratica-se este ato durante a suspensão.

Como bem se vê, a quebra do sigilo bancário, durante a suspensão da execução, só poderá ser requerida e, até mesmo, apreciada, se tal providência se revestir do caráter cautelar de urgência, sem o que sua prática estará eivada de nulidade. O ponto nuclear da questão, portanto, está em considerar, ou não, a quebra do sigilo bancário como providência cautelar urgente. Afigura-se-nos cuidar de providência cautelar de urgência, em princípio.

Em verdade, durante a suspensão da execução, a quebra do sigilo bancário deve ser requerida cumulativamente com o requerimento de decretação de medida cautelar fiscal, que, consoante o disposto no artigo 1º da Lei nº 8.397, de 06 de janeiro de 1992, pode ser requerida no curso da execução fiscal e desta é sempre dependente. E isto se presente uma das hipóteses do artigo 2º, incisos I a V, do aludido diploma legal, pelo menos, como, por exemplo, quando o devedor, sem domicílio certo, intenta ausentar-se ou alienar bens que possui ou deixa de pagar a obrigação no prazo fixado, hipóteses, aliás, nas quais se encarta, em significativo número, o crédito tributário do INSS.

A propósito, observe-se que o artigo 4º, § 3º, do diploma legal instituidor da medida cautelar fiscal, em comentário, estabelece que, decretada esta, será comunicada, imediatamente, ao BACEN.

De modo que, durante a suspensão da execução, a quebra do sigilo bancário só é cabível para assegurar a viabilidade da futura penhora, na qual vier a se concretizar, impondo-se, para a sua obtenção, a satisfação dos requisitos previstos no artigo 3º, incisos I e II, prova literal da constituição do crédito fiscal e prova documental de algum dos casos de perigo de dano jurídico mencionados no artigo 2º, este e aquele também do diploma legal em comentário e que correspondem, respectivamente, aos pressupostos genéricos da tutela cautelar, quais sejam, o *"fumus boni iuris"* e o *"periculum in mora"*, particularizados para atender à tutela específica da medida cautelar fiscal. Certo é que, em casos que tais, a quebra do sigilo bancário transmudar-se-á em figura cautelar, com contornos nítidos de prevenção e provisoriedade. É exercitada mediante "ação", isto é, através de "ação cautelar".

Evidencia-se, portanto, que, durante a suspensão da execução, a quebra do sigilo bancário constitui medida de âmbito de aplicação mais restrito, enquanto, fora da suspensão da execução, a quebra do sigilo bancário pode ser requerida e deferida, por meio de petição simples, sem a necessidade de satisfazer os requisitos genéricos das medidas cautelares e, ainda, específicos, porquanto a quebra do sigilo bancário, por via da medida cautelar fiscal, consiste em providência preventiva específica. O direito de obter a quebra do sigilo bancário nasce para o INSS, fora da suspensão da execução, tão-somente pela simples posição de credor, e desde que as diligências empreendidas no sentido de encontrar bens penhoráveis sejam frustradas.

Contudo, eventual dificuldade existente em demonstrar a ocorrência dos pressupostos para a decretação da medida cautelar fiscal, pode muito bem ser contornada, na medida em que o INSS tiver o cuidado de requerer a quebra do sigilo bancário do devedor/executado, antes de requerer e o juízo determinar a suspensão da execução (artigo 40 da Lei nº 6.830, de 22.09.80), ou mesmo depois de decorrido o prazo máximo de 01 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis. Isto porque, consoante a orientação jurisprudencial dominante, expirado o referido prazo, a execução retorna o seu prosseguimento, com fluência, inclusive, do prazo prescricional. Em tais momentos procedimentais, a quebra do sigilo bancário se dará por via de petição simples, como dito.

Não se olvide que o requerimento de quebra do sigilo bancário só se justifica, seja na medida cautelar fiscal, seja por via de petição simples, após esgotadas as providências extrajudiciais, sem resultado, no sentido de localizar o devedor/executado ou encontrar bens penhoráveis.

Conclusão e sugestões

Chegam ao final as considerações jurídicas que nos propusemos expender. Perseguimos o objetivo de exibir a racionalidade do sistema, mostrando a força dos princípios e os laços que aproximam as unidades normativas, no contexto das articulações hierárquicas.

O sigilo bancário constitui direito fundamental à privacidade, constitucionalmente assegurado às pessoas físicas, e pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, às pessoas jurídicas, sendo, portanto, inviolável, mas não absoluto, podendo ser quebrado, atendidos determinados pressupostos legais. Esses pressupostos legais estão previstos especialmente no artigo 38 do sobredito diploma legal – que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar. Vale dizer, o sigilo bancário, exceto nas hipóteses do artigo 38, §§ 2º e 3º, do aludido diploma legal, só pode ser quebrado mediante ordem de autoridade judiciária, exarada em processo judicial em curso, desde que a parte tenha diligenciado, sem êxito, o que se lhe competia para a obtenção da informação necessária.

No caso da cobrança da Dívida Ativa do INSS, pois, o ordenamento jurídico vigente autoriza a quebra do sigilo bancário do contribuinte ou responsável, seja na execução fiscal, seja na medida cautelar fiscal, desde que seja mediante ordem do juízo competente e que reste demonstrado que foram esgotados os meios e diligências ao alcance da autarquia e possíveis para encontrar bens sobre os quais possa recair a penhora.

Algumas providências, no entanto, para a salvaguarda do legítimo direito à quebra do sigilo bancário, devem ser observadas pelo INSS, antes da provocação do juízo competente. Deve o INSS empreender todas as diligências necessárias à localização dos bens penhoráveis dos contribuintes e/ou responsáveis, junto aos Cartórios de Registro de Imóveis, Órgãos de Trânsito, Juntas Comerciais, Companhias Telefônicas etc., de modo a demonstrar, cabalmente, ao juízo competente a necessidade da quebra do sigilo bancário. Para tanto, sugerimos que a Procuradoria Geral do INSS edite “Ordem de Serviço”, uniformizando, no âmbito nacional, o procedimento prévio que deverá ser desenvolvido, administrativamente, pelas Procuradorias, no sentido da localização de bens penhoráveis.

Sem prejuízo da adoção das medidas judiciais necessárias à quebra do sigilo bancário, que, como visto, encontra amparo no ordenamento jurídico vigente, sugerimos, ainda, que a Procuradoria Geral do INSS constitua um Grupo de Trabalho, formado por estudiosos do assunto, com vistas na elaboração de minuta de projeto de lei complementar, a ser encaminhada ao Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS, disciplinando o sigilo bancário e as suas exceções, de forma clara e objetiva, especificamente no que diz com os interesses do INSS, seja no âmbito da fiscalização, seja na cobrança da Dívida Ativa. Não obstante o “lobby” e os interesses contrários, desde que o projeto de lei seja bem engendrado, de modo a viabilizar o debate político, a sua aprovação é possível, na medida em que o Poder Executivo tem obtido aprovações significativas no campo do incremento da receita previdenciária.

Por derradeiro, esperamos que o presente trabalho possa contribuir, em última análise, para o equilíbrio das contas públicas e melhoria da prestação de serviço público de qualidade, mediante o ingresso dos recursos necessários para os cofres da Seguridade Social.

Bibliografia

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional, 1992.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional Didático, 1996.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, 1998.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: O Direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do Estado, *in* Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, 1/41, 1992.

LIEBMAN. Processo de Execução, 1968.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, e MENDES, Gilmar Ferreira. Sigilo bancário, Direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade, *in* Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena de dezembro de 1992.

RAMOS, Saulo. "Medidas Provisórias", *in* A nova ordem constitucional — Aspectos polêmicos, 1990.

REALE, Miguel. 1º Ciclo de Estudos de Direito Econômico.

SANTOS, Moacir Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Volume 3, 1989.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 1992.

TÁCITO, Caio. As medidas provisórias na Constituição de 1988", Revista de Direito Público nº 90/54.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. Curso de Direito Constitucional, 1991.

THEODORO JR, Humberto. Processo de Execução, 1989.

WALD, Arnold. O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro e na Lei Complementar nº 70, *in* Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, 1/96, 1992.

* Professor de Direito Previdenciário e Tributário da Associação de Estudos Jurídicos — AJURIS (Juiz de Fora-MG) e Procurador do INSS.

❖ ❖ ❖

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social
PROCURADORIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL EM FLORIANÓPOLIS-SC

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da 3ª Vara da Circunscrição de Florianópolis, Seção Judiciária de Santa Catarina

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, autarquia federal, por sua procuradoria *ex lege* que esta subscreve, vem, respeitosamente perante V. Exa., nos autos da **EXECUÇÃO FISCAL nº 99.3093-1** proposta contra **CIA. MELHORAMENTOS DA CAPITAL – COMPAC,** em vista do contido nas fls. 26/89, expor e ao final requerer o que segue:

Diligenciando no sentido de penhorar bens imóveis da empresa executada, o Sr. Meirinho acabou incluindo lotes que pertenciam à mesma, mas que há algum tempo já foram alienados em favor de terceiros ou adjudicados por instituições financeiras, conforme informou a Sra. Registradora, nas fls. 42/43 e 70/80 e documentos comprobatórios que se seguiram.

Portanto, é imperioso que V. Exa. determine a liberação dos lotes citados e nova avaliação dos imóveis que tiveram áreas excluídas.

E, se os bens outrora penhorados, avaliados globalmente em R$ 8.312.400,00 já eram insuficientes para garantir o montante integral da dívida em execução, que em fase de citação já correspondia a R$ 12.001.044, 05, máxime agora, com a liberação dos referidos lotes.

Faz-se preemente a necessidade de se proceder a reforço de penhora.

Entretanto, o Sr. Oficial de Justiça informa, na fl. 28, v., a inexistência de outros bens da empresa executada passíveis de garantir a presente execução.

Porém, considerando:

1. que a executada é uma sociedade de economia mista que detém o monopólio do recolhimento e beneficiamento do lixo desta Capital;
2. que é fato público e notório que a referida empresa é credora da Prefeitura Municipal de Florianópolis, em serviços prestados com pagamento atrasado, o que foi certificado na fl. 28, v., *in fine;*
3. o valor milionário da presente execução;

é que ***pede*** este instituto que o reforço de penhora seja efetivado junto à Prefeitura Municipal de Florianópolis, intimando-se a Sra. Prefeita Angela Amim para que repasse 30% (trinta por cento) de todos os valores que forem pagos à empresa executada, que deverão ser depositados em uma conta vinculada a esse Juízo, até o bastante para integral garantia de execução.

O exeqüente apela para o bom senso de V. Exa., pois um débito desta natureza e valor para com a sociedade brasileira não pode ficar a descoberto. Ademais disso, o faturamento da executada não está incluído entre os bens impenhoráveis, consoante art. 649, CPC (o próprio estabelecimento pode ser objeto de penhora, conforme art. 11, § 1º, Lei nº 6.830/80).

Nesse sentido vêm os Tribunais reiteradamente decidindo:

EXECUÇÃO FISCAL — PENHORA DE FATURAMENTO — HIPÓTESES DE CABIMENTO.
1. Direito tributário. 2. Execução fiscal. Penhora de faturamento. Indeferimento. Agravo de instrumento. 3. A constrição do faturamento é medida de extremo rigor que somente deve ser admitida na falta de outros bens para garantir o juízo. 4. Agravo desprovido (Ac un da 1ª T do TRF da 4ª R — Ag 96 0412056-5/RS — Rel. Juiz Gilson Dipp — j 23.04.96, p. 38.336 — emenda oficial)

EXECUÇÃO FISCAL — PENHORA SOBRE FATURAMENTO — LEGALIDADE.

Execução fiscal. ICMS. Penhora sobre o faturamento da executada. Legalidade da medida. Recurso improvido. (Ac un da 1º C de Direito Público do TJ SP — Ag 004.669-5/0 — Rel. Des. Ruy Coppola — j 26.03.96 — Agte.: Lunetier — Indústria e Comércio Ltda.: Agda.: Fazenda do Estado de São Paulo — DJ SP 104.04.96, p. 31 — emenda oficial)

Do voto do Relator:

Improcedente o inconformismo.

O magistrado deferiu à Fazenda, na execução fiscal promovida contra a agravante, a substituição da penhora, fazendo com que a nova constrição recaia sobre até 30% do faturamento da executada. O motivo da substituição deferida não foi singelo como dito pelo agravante.

Restou demonstrado que a agravante tem contra si ajuizadas inúmeras execuções, já tendo, anteriormente, sido alvo da mesma determinação judicial, que foi confirmado por este Tribunal quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 154.961-2, de Diadema, pela E. 17ª Câmara Civil, onde figurou como Relator o Desembargador Hermes Pinotti.

(...)

A agravante não demonstrou que indicou outros bens rentáveis para a substituição. Se assim ocorreu o posicionamento fazendário esta correto.

A E. Décima Sexta Câmara Civil deste Tribunal, no julgamento do A.I. nº 201.958-2, de São Bernardo do Campo, já decidiu sobre a legalidade desse procedimento (JTJ, Lex, 141/243).

(...)

O E. Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre a legalidade da pretensão fazendária (Resp. nº 36.917-7-SP, Rel. Min. Garcia Vieira), em recurso interposto pelo próprio agravante.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 96.04.22428-0-PR

RELATOR : JUIZ JARDIM DE CAMARGO
AGRAVANTE : COML. DE FRUTAS VALE DO SOL LTDA.
ADVOGADOS : JANE PEREZ KAPAZI E OUTROS
AGRAVADA : UNIÃO FEDERAL
ADVOGADO : CEZAR SALDANHA SOUZA JUNIOR

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. FATURAMENTO.

A penhora sobre o faturamento é, em verdade, penhora de dinheiro, previsto no inciso I do art. 11 da Lei nº 6.830/80 e recaindo sobre 10% do faturamento, não há falar em comprometimento financeiro e manutenção da empresa no mercado.

EXECUÇÃO FISCAL — PENHORA DE BEM IMÓVEL — SUBSTITUIÇÃO POR PERCENTUAL SOBRE A FÉRIA DIÁRIA — POSSIBILIDADE.

Processo Civil — ato judicial — mandado de segurança — inexistência de ilegalidade e abuso de poder — ordem negada. I — possibilidade da substituição, em Execução Fiscal, da penhora de bem imóvel, para recair sobre 50% da féria diária da Impetrante. II — Inteligência do art. 11, inc. I, da Lei 6.830/80. III — Inocorrentes ilegalidade e abuso de poder na decisão judicial. IV — Segurança denegada. (ac. unânime da 1ª Seção do TRF da 3ª R. – MS 91.03.03298-1 – Rel. Juíza Ramza Tartuce – j. 03.03.93 – *In* Repertório IOB de Jurisprudência n. 09/93, p. 175).

EXECUÇÃO FISCAL — PENHORA — SUCESSIVOS LEILÕES NEGATIVOS — SUBSTITUIÇÃO POR PERCENTUAL DO FATURAMENTO DO DEVEDOR — POSSIBILIDADE.

1º) Quando se mostra extremamente difícil a execução da dívida, com seguidos leilões negativos, é possível substituir o bem penhorado pelo equivalente a 30% (trinta por cento) do faturamento mensal do devedor, porque, observado esse limite, a constrição não impedirá a continuidade dos negócios do contribuinte.

2º) Havendo mais de uma penhora, lavrar-se-á para cada qual o respectivo auto, na forma da lei. (Ac. unânime da 18ª C. Cível do TJSP – ag. 188.878-2/6 – rel. Des. Gildo dos Santos j. 30.12.91. Fazenda do Estado de São Paulo – ementa oficial).

(…) o limite da penhora a 30% do faturamento impedirá que da constrição resulte a quebra da executada. (RJ TJESP, 126/286, rel. Des. Barreto Fonseca).

EXECUÇÃO FISCAL — PENHORA DE BEM IMÓVEL — SUBSTITUIÇÃO POR PERCENTUAL SOBRE A FÉRIA DIÁRIA — POSSIBILIDADE.

Processo Civil — Ato judicial — Mandado de Segurança — Inexistência de ilegalidade e abuso de poder — Ordem negada. I — Possibilidade da substituição, em Execução Fiscal, da penhora de bem imóvel para recair sobre 50% da féria diária da Impetrante. II — Inteligência do artigo 11, inciso I, da Lei 6.830/80. III — Inocorrentes ilegalidade e abuso de poder na decisão judicial. IV — Segurança denegada. (Ac. un. da 1ª S. do TRF da 3ª R. – MS 91.03.03298-1 – Rel. Juíza Ramza Tartuce – j. 03.03.93 – Impte.: Panificadora Panaceia Ltda.; Impdo.; Juízo de Direito da Vara Distrital de Mairinque — Comarca de São Roque-SP — DJ SP 22.03.93, p. 98 — ementa oficial — Repertório IOB de Jurisprudência, nº 9/93, p. 175

EXECUÇÃO FISCAL — PENHORA — SUCESSIVOS LEILÕES NEGATIVOS — SUBSTITUIÇÃO POR PERCENTUAL DO FATURAMENTO DO DEVEDOR — POSSIBILIDADE.

1º) Quando se mostra extremamente difícil a execução da dívida, com seguidos leilões negativos, é possível substituir o bem penhorado pelo equivalente a 30% (trinta por cento) do faturamento mensal do devedor, porque, observado esse limite, a constrição não impedirá a continuidade dos negócios do contribuinte. 2º) Havendo mais de uma penhora, lavrar-se-á para cada qual o respectivo auto, na forma da lei. (Ac. un. da 18ª C. Cív. do TJ SP – Ag. 188.878-2/6 – Rel. Dês. Gildo dos Santos – j. 30.12.91. Agte.: Mairimetal – Artefatos de Alumínio Ltda.; Agda.: Fazenda do Estado de São Paulo – ementa oficial).

(...) o limite da penhora a 30% do faturamento impedirá que da constrição resulte a quebra da executada. (RT JESP, 126/286, Relator o eminente Desembargador Barreto Fonseca).

Em resumo, pede o INSS que V. Exa. se digne a:

a) proceder à liberação dos lotes citados pela Registradora nas fls. 42/43 e 70/80;
b) determinar nova avaliação dos imóveis que tiveram áreas excluídas referentes aos lotes liberados da constrição;
c) expedir mandado de reforço de penhora, com fulcro no art. 15, Lei nº 6.830/80, de 30% (trinta por cento) de todos os créditos (vencidos ou vincendos) da empresa executada, diante da Prefeitura Municipal de Florianópolis, devendo ser intimada a Sra. Prefeita Angela Amin, até a integral garantia da dívida em execução.

Informa, em anexo, o valor atualizado da dívida, não incluídos honorários advocatícios.

Pede Deferimento.

Florianópolis, 20 de setembro de 1999.

FERNANDA STEINER SCHOEDER
Procuradora Autárquica INSS
Matr. 128.714-3 OAB/SC 11.698

❖ ❖ ❖

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTA CATARINA

À vista das informações de fls. 42 a 77 e 79 a 89, determino o levantamento da penhora efetuada sobre os lotes transferidos a terceiros (fl. 98).

Determino ainda, o levantamento da penhora efetuada sobre os terrenos constantes nos itens 12 e 13 do auto de penhora, aquele por não possuir valor comercial (fl. 40), e este por não pertencer à executada (fls. 99 e 111).

Proceda-se à nova avaliação dos terrenos que tiveram áreas excluídas referentes aos lotes liberados da constrição.

Expeça-se mandado de reforço de penhora sobre 30% (trinta por cento) de todos os créditos, vencidos ou vincendos, que a executada possui junto à Prefeitura Municipal de Florianópolis, intimando-se a Prefeitura Municipal a transferir o valor penhorado para uma conta vinculada a este juízo, até a integral garantia da execução.

Requisite-se, ao Departamento de Trânsito, ratificação da averbação da penhora efetuada sobre os veículos (itens 21 a 109 do auto de penhora).

Intime-se o exeqüente para promover a intimação do credor hipotecário.

Florianópolis, 06 de outubro de 1999.

Osni Cardoso Filho
JUIZ FEDERAL

❖ ❖ ❖

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
Seção Judiciária de Pernambuco
2ª VARA

Juiz Federal Substituto: FREDERICO JOSÉ PINTO DE AZEVEDO
Processo nº 99.4068-6 – Classe: 02000 – MANDADO DE SEGURANÇA
IMPTE: COOPERATIVA DE SERVIÇOS E ADMINISTRAÇÃO DE CRÉDITOS – COSAC
IMPTDO: SUPERINTENDENTE REGIONAL DO INSS EM RECIFE

Sentença nº

Fls. _____

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO COMERCIAL. COOPERATIVAS.

1. A Cooperativa é uma sociedade de pessoas, atuando através de uma empresa (exercício de atividades de natureza econômica) voltada para os seus sócios – mutualidade – sem objetivo de lucros;
2. A mutualidade é o que diferencia as sociedades cooperativas de outras espécies societárias e de entidades não societárias, como as associações;

3. A OS nº 203 não extrapola os limites da Lei nº 9.711/98, posto que as cooperativas são empresas, já que exercem atividades de natureza econômica, e a Lei em questão, no art. 31, se refere expressamente a "empresa cedente";
4. Negativa de Segurança.

VISTOS, ETC.

COOPERATIVA DE SERVIÇOS E ADMINISTRAÇÃO DE CRÉDITOS — COSAC, qualificada na Inicial, impetrou, em 08/04/1999, o presente Mandado de Segurança com pedido de liminar contra ato que denomina coativo praticado pelo Ilmo. Sr. **SUPERINTENDENTE DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS) EM RECIFE**. Na Inicial, instruída com procuração, Estatuto Social e documentos (fls. 31/77), aduziu, em síntese, que: a Lei 9.711/98 teria objetivado atingir os serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, não se aplicando às cooperativas de trabalho; a Ordem de Serviço 203/99 conteria, pois, normas que excederiam os lindes legais, ao incluir as cooperativas de trabalho no espectro da atuação fiscal; todos os resultados econômicos obtidos através do corporativismo pertenceriam exclusivamente aos cooperados, devendo ser observados os arts. 3º e 4º da Lei 5.764/71; deveria ser aplicado o art. 10 do Decreto 2.173/97; não seriam as cooperativas empresas; tributar uma cooperativa seria tributar seus cooperados, não tendo, ademais, as cooperativas capacidade econômica ou finalidade lucrativa; deveria ser observada a LC 84/96, sendo os sujeitos passivos do tributo previsto em seu art. 1º os cooperados; estaria havendo desfalque reiterado quanto aos cooperados; não teriam sido definidos os prazos para a restituição prevista no art. 31, § 2º, da Lei 9.711/98, c/c itens 35 a 44 da Ordem de Serviço 203/99; deveria ser observado o art. 174, parágrafo único, c/c o art. 146, III, *c*, ambos da CF/88; e que seria cabível concessão de medida liminar. Ademais, sustentou que a Ordem de Serviço em tela teria: a) extrapolado os limites da Lei 9.711/98; b) infringido os arts. 174, § 2º e 146, III. *c*, CF/88; c) equiparado as cooperativas de trabalho a empresas; d) confundido as atividades das cooperativas à cessão de mão-de-obra; e) ampliado e distorcido base de cálculo e alíquota da contribuição prevista na LC 84/96; f) onerado pela terceira vez os trabalhadores cooperados; g) instituído o chamado "Empréstimo Compulsório da Seguridade"; e h) ignorado o CTN ao atribuir como responsável pelo recolhimento de um tributo ente que não teria vínculo com o fato gerador. Requereu, pois: concessão de medida liminar; notificação da autoridade coatora; oitiva do Ministério Público Federal; e concessão definitiva da segurança. Deu valor à causa e p. deferimento.

Custas satisfeitas (fls. 79).

A liminar pleiteada foi deferida em decisão fundamentada de fls. 80/81.

Notificada (fls. 84-v.), a autoridade impetrada prestou informações (fls. 85/104). Preliminarmente, suscitou: sua ilegitimidade *ad causam*, de acordo com o art. 198 da Portaria MPS Nº 458/92, não tendo, ademais, o impetrante comprovado qualquer coação efetiva ou potencial praticada pelo impetrado; e irregularidade na representação processual do impetrante, face à inexistência de instrumento de mandato. No mérito, alegou, em suma, que: seria legal a exação em tela; deveria

ser observado o art. 31 da Lei 8.212/91, quanto à conceituação da cessão de mão-de-obra; seria inexpressiva a distinção entre ato cooperativo e ato de comércio efetuada pela impetrante; seria constitucional a exigência fiscal inserta no art. 31 da Lei 8.212/91 c/c a Ordem de Serviço 203/99; quanto à atividade desempenhada pela impetrante, deveria ser observado o art. 79 da Lei 5.764/71, bem como o § 1º do art. 2º do seu Estatuto Social; haveria previsão constitucional expressa da sistemática adotada pela legislação impugnada, não sendo cabível a alegação referente à natureza de empréstimo compulsório; não haveria *bis in idem*; seria irrelevante o recolhimento do ISS e do IR pelos cooperados; haveria possibilidade de compensação; e que haveria jurisprudência no sentido de sua argumentação. Solicitou, pois, o acolhimento das preliminares suscitadas ou, no mérito, a denegação da segurança, condenando-se a impetrante em custas processuais. P. deferimento.

O órgão do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ofereceu o Parecer de fls. 105/109. Quanto à preliminar de ilegitimidade *ad causam* suscitada, seria a autoridade impetrada parte legítima, observado o art. 198, I, Portaria MPS Nº 458/92. Em relação à alegada irregularidade na representação, a alegação do impetrado não seria procedente, visto que o instrumento de mandato estaria anexado (fls. 31). No mérito, sustentou, em suma, que: o fato de ser a impetrante chamada a contribuir para a Seguridade Social atenderia às diretrizes constitucionais; para fins previdenciários, as cooperativas de trabalho seriam equiparadas às empresas; a Ordem de Serviço em questão teria vindo regulamentar a Lei 8.212/91, com redação pela Lei 9.711/98; o § 4º do art. 31 da Lei 9.711/98 não traria enumeração taxativa; as atividades da impetrante se adequariam ao conceito de cessão de mão-de-obra para fins previdenciários; o fato de ter sido acrescentada na Ordem de Serviço a expressão "cooperativa de trabalho" não acarretaria sua ilegalidade; a verdadeira pretensão da impetrante seria a de se voltar contra a instituição da contribuição, em virtude da dificuldade da restituição/compensação dos valores pagos a maior; a alegação de que os cooperados contribuiriam de três formas diferentes sobre a mesma base de cálculo seria inverídica, visto que a contribuição como autônomo e a prevista na LC 84/96 não possuiriam a mesma base de cálculo daquela contestada; e que não existiria inconstitucionalidade quanto à sistemática de cobrança, observado o § 7º do art. 150, CF/88. Opinou, pois, pela denegação da segurança.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Preliminares

Legitimidade passiva *ad causam*

Afirma o impetrado que é parte ilegítima no presente feito. Aduz que não possui a competência para determinar o cumprimento da O.S. nº 203/99.

O impetrado, nas suas informações, colacionou a Portaria MPS nº 458, que comprova sua legitimidade para integrar o pólo passivo da presente ação mandamental. Ao dispor no art. 198, I, que aos Superitendentes Regionais incumbe, em sua respectiva área de jurisdição, cumprir e fazer cumprir as normas gerais e específicas reguladoras das atividades do INSS, a citada portaria demonstra que a autoridade impetrada pode fazer cessar a cobrança estabelecida na O.S. nº 203/99.

A Autoridade Coatora é sempre quem tem poder de decisão, poder de determinar algo que possa vir a provocar constrições a quem se sujeita à Administração. No caso em questão não aceito a preliminar.

Irregularidade na Representação Processual

Não aceito a preliminar de irregularidade de representação processual do impetrante, suscitada nas informações do impetrado, posto que o instrumento de mandato consta das fls. 31 dos autos.

Mérito

A questão meritória cinge-se em saber se a Ordem de Serviço nº 203/99 da Diretoria de Arrecadação e Fiscalização do INSS é ou não regular. O impetrante afirmou que ela teria: a) extrapolado os limites da Lei 9.711/98; b) infringido os arts. 174, § 2º, e 146, III, *c*, CF/88; c) equiparado as cooperativas de trabalho a empresas; d) confundido as atividades das cooperativas à cessão de mão-de-obra; e) ampliado e distorcido base de cálculo e alíquota da contribuição prevista na LC 84/96; f) onerado pela terceira vez os trabalhadores cooperados; g) instituído o chamado "Empréstimo Compulsório da Seguridade"; e h) ignorado o CTN ao atribuir como responsável pelo recolhimento de um tributo ente que não teria vínculo com o fato gerador.

Nesta esteira, observa-se que o impetrante quer ver reconhecido o seu direito de não se sujeitar a qualquer tipo de retenção no valor bruto da sua nota fiscal, fatura ou recibo, suspendendo-se todos os efeitos da OS nº 203/99.

Questões postas. Passa-se à análise meritória e decisão acerca das diversas questões argüidas.

A Lei 5.764/71, que define a Política Nacional de Cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, dispôs no seu art. 4º, *in verbis*:

> Art. 4º. As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:
>
> I a XI — *omissis*.

A Cooperativa é uma sociedade de pessoas, atuando através de uma **empresa (exercício de atividades de natureza econômica)** voltada para os seus sócios – mutualidade – sem objetivo de lucros[1].

Assim, a cooperativa é um agrupamento de pessoas que conjugam esforços para atender às próprias necessidades, caracterizada juridicamente como sociedade.

A mutualidade é o modo de ser da empresa criada para alcançar o fim social, e que, juridicamente *dá o caráter essencial* da sociedade cooperativa, que é o de desenvolver uma atividade econômica consistente na prestação de serviços exclusiva ou prevalentemente aos sócios, que são os beneficiários[2].

---

1 BULGARELLI, Waldírio; Questões de Direito Societário; Ed. RT; 1983; p. 149.

2 BULGARELLI, Waldírio; Questões de Direito Societário; Ed. RT; 1983; p. 150.

A mutualidade é o que diferencia as sociedades cooperativas de outras espécies societárias e de entidades não societárias, como as associações.

As cooperativas, entretanto, também podem realizar operações com não associados, desde que sejam observadas as disposições dos arts. 86 e 87 da Lei nº 5.764/71, que estabelecem, *verbis*:

> Art. 86. As cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam de conformidade com a presente lei.
>
> Parágrafo único. *Omissis*.
>
> Art. 87. Os resultados das operações das cooperativas com não associados, mencionados nos arts. 85 e 86, serão levados à conta do fundo de assistência técnica, educacional e social e serão contabilizados em separados, de molde a permitir cálculo para incidência de tributos.

Desta feita, para que seja possível que as cooperativas forneçam bens ou prestem serviços a não associados, além de atender aos objetivos sociais e as disposições legais, os resultados das operações têm que ser levados à conta especial (fundo de assistência técnica, educacional ou social). Ademais as operações com não associados deverão ser contabilizadas em separado, para que sejam tributadas, se os seus resultados forem positivos.

Ordem de serviço DAF nº 203, de 29/01/1999

A ordem de serviço nº 203, de 29/01/1999, da Diretoria de Arrecadação e Fiscalização do INSS, estabelece procedimentos para arrecadação e fiscalização das contribuições incidentes sobre a remuneração decorrente da prestação de serviços através de empreitada de mão-de-obra e/ou mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário e de cooperativa de trabalho.

No item 21 a citada Ordem de Serviço estabelece que a empresa contratante de serviços por intermédio de cooperativa de trabalho deverá reter 11% do valor total da nota fiscal, fatura ou recibo, não sendo admitida qualquer parcela dedutível da base da retenção.

Tal disposição não extrapola os limites da Lei nº 9.711/98, como aduziu o impetrante, posto que as cooperativas são empresas, já que exercem atividades de natureza econômica, e a Lei em questão, no art. 31, se refere expressamente a "empresa cedente", que é o caso da cooperativa quando presta serviços através de empreitada de mão-de-obra e/ou mediante cessão de mão-de-obra.

Também não há violação às normas constitucionais invocadas pelo impetrante. O art. 146, III, letra "c" [3], trata do ato cooperativo, que consiste nos atos praticados

[3] Art. 146. Cabe à lei complementar:
I — *omissis*;
II — *omissis*;
III — estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:
a) *omissis*;
b) *omissis*;
c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

entre a sociedade cooperativa e seus cooperados ou entre cooperativas associadas entre si, desde que haja intento de se atingir os objetivos sociais[4 -5]. A cessão de mão-de-obra é ato não cooperativo, pelo que não está abrangido pelo dispositivo constitucional em comento.

Também não ocorre inobservância ao art. 174, § 2º[6], da CF. A tributação das operações que as cooperativas efetuam sem o caráter cooperativo típico, não implica em falta de estímulo e apoio ao cooperativismo.

A retenção a que se refere a Ordem de Serviço em questão apenas ocorrerá quando a Cooperativa prestar serviços através de empreitada de mão-de-obra ou de cessão de mão-de-obra, caso contrário, ou seja, se a cooperativa opera apenas com seus cooperados ou com outras cooperativas não terá que se submeter a retenção imposta pelo impetrado. Enfim, se a Cooperativa não presta serviços que impliquem em disponibilização de mão-de-obra, não terá que se submeter a exação do art. 31 da Lei nº 8.212/91, que estatui:

> Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subseqüente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33.
>
> § 1º O valor retido de que trata o *caput*, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço.
>
> § 2º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição.
>
> § 3º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

---

4 Lima, Reginaldo Ferreira; Direito Cooperativo Tributário; Ed. Max Limonad; 1997; p. 54/55.

5 A Lei das Cooperativas define o ato cooperativo, *verbis*:

Art. 79. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais.

Parágrafo único. O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria.

6 Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º *Omissis*;

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

Não prospera o argumento de que as cooperativas fazem a simples intermediação dos cooperados com os tomadores de serviços, visto que os tomadores de serviços não efetuam os pagamentos aos cooperados diretamente mas sim às cooperativas que possuem personalidade jurídica própria.

Também não prospera a alegação de que a exigência da contribuição social na sistemática do art. 31 da Lei nº 8.212/91 (OS nº 203/99) configuraria empréstimo compulsório. A Lei nº 9.711/98 estabeleceu hipótese de responsabilidade tributária por substituição pela qual a empresa contratante de serviços, executados mediante cessão de mão-de-obra, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subseqüente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra.

O valor retido, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço. Na impossibilidade de haver compensação integral, o saldo remanescente será objeto de restituição.

De acordo com o § 7º do art. 150 da Constituição Federal, com as alterações da EC nº 03/93, a Lei poderá atribuir ao sujeito passivo da obrigação tributária a responsabilidade pelo pagamento do Imposto ou Contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente.

Assim, a contribuição social devida pelas cooperativas é recolhida antecipadamente pelo tomador dos serviços.

Não ocorre a bitributação, as cooperativas quando recolhem a contribuição social em questão, o fazem como empresa, já que atuam na exploração de atividade econômica e a contribuição social incide sobre os valores decorrentes desta atividade econômica, que devem ser destinados à conta do fundo de assistência técnica, educacional e social, como já exposto (art. 87 da Lei 5.764). O que não se confunde com a contribuição individual dos cooperados como autônomos. Ademais, o sujeito passivo da contribuição prevista pela Lei Complementar nº 84/96 é a Cooperativa e o sujeito passivo da contribuição devida pelos autônomos é o cooperado.

Ocorrendo recolhimento a maior por parte do tomador de serviços, as cooperativas poderão compensar tais valores com contribuições destinadas à Seguridade Social ou obter a sua restituição.

POSTO ISSO, julgo **improcedente** o pedido da presente ação mandamental, denego a segurança pleiteada, CASSO A LIMINAR CONCEDIDA e condeno o impetrante nas custas processuais, que já se encontram satisfeitas.

Oficie-se a DD Autoridade Impetrada do inteiro teor desta decisão.

Sem verba honorária (Súmula 512, C. STF).

P. R. I.

Recife, 07 de julho de 1999.

FREDERICO JOSÉ PINTO DE AZEVEDO
Juiz Federal Substituto da 2ª Vara

❖ ❖ ❖

STJ — Quarta Turma DJ de 22.JUN.98

RECURSO ESPECIAL 93449/RS

RELATOR : Ministro César Asfor Rocha

"EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREPARO. APELAÇÃO INTERPOSTA NO OITAVO DIA DO PRAZO APÓS O ENCERRAMENTO DO EXPEDIENTE BANCÁRIO. PREPARO REALIZADO NO DIA SEGUINTE. OBSTÁCULO PARA O SEU CUMPRIMENTO. DESERÇÃO AFASTADA. O ENCERRAMENTO DO EXPEDIENTE BANCÁRIO ANTES DO FORENSE IMPORTA EM OBSTÁCULO A JUSTIFICAR O NÃO-ATENDIMENTO DO QUE É IMPOSTO AO RECORRENTE PELO ART. 511 DO CPC, DESDE QUE, COMO NA HIPÓTESE, O RECURSO SEJA PROTOCOLIZADO DEPOIS DE CESSADA A ATIVIDADE DO BANCO E EM TEMPO DO EXPEDIENTE FORENSE, E QUE PREPARO SEJA COMPROVADO NO PRIMEIRO DIA ÚTIL DE ATIVIDADE BANCÁRIA SEGUINTE DE INTERPOSTA A IRRESIGNAÇÃO".

❖ ❖ ❖

STJ — Primeira Turma DJ de 27.ABR.98

RESP 155772/DF: RECURSO ESPECIAL

RELATOR : Ministro Humberto Gomes de Barros

"EMENTA

PROCESSUAL — PREPARO DE RECURSO — FECHAMENTO DO ÓRGÃO ARRECADADOR ÀS DEZESSETE HORAS — PRORROGAÇÃO DO PRAZO (CPC — ART. 184, PAR. 1., II). — SE O ÓRGÃO ARRECADADOR DO PREPARO ENCERRA SEU EXPEDIENTE ANTES DA HORA LEGALMENTE FIXADA EM LEI (CPC, ART. 172), PARA REALIZAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS, O PRAZO DE RECURSO PRORROGA-SE ATÉ O PRIMEIRO DIA ÚTIL SUBSEQUENTE (CPC, ART. 184, PAR. 1., II)."

❖ ❖ ❖

TRF — Quarta Região

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1999.04.01.096442-0/PR

RELATORA : Juíza MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE
REL. ACÓRDÃO : Juiz TEORI ALBINO ZAVASCKI
AGRAVANTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
ADVOGADO : Cidália de Souza Silva
AGRAVADO : ADRIANA CHELA
ADVOGADO : Tania Mara Bajerski Brugnolo e outro

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE.
As ações destinadas ao atendimento de saúde são de competência do Sistema Único de Saúde – SUS, disciplinado na Lei nº 8.080, de 1990. O INSS, autarquia federal criada mediante fusão do Instituto de Administração de Previdência e Assistência Social – IAPAS com o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS (Lei nº 8.029, de 1990, art. 14), assumindo-lhes as atribuições, não integra o SUS, não sendo cabível, portanto, exigir-lhe prestação de serviços de saúde.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, dar parcial provimento ao agravo, vencida em parte a Relatora, Juíza Maria de Fátima Freitas Labarrère, nos termos do relatório e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 14 de outubro de 1999.

Juiz *TEORI ALBINO ZAVASCKI*
Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que indeferiu o pedido de agregação de efeito suspensivo a recurso interposto contra decisão que, nos autos de mandado de segurança, deferiu medida liminar "determinando às autoridades impetradas que efetivem os procedimentos indispensáveis previstos na Lei de regência do SUS e atos normativos dos três entes da federação, objetivando realizar o transplante de medula óssea na impetrante, no mais curto prazo de tempo, colocando à disposição dos órgãos nele envolvidos, inclusive o programa de doação internacional, os recursos financeiros necessários à consecução do procedimento cirúrgico destinado a salvar a vida da impetrante, respectivo internamento e posterior tratamento de radioterapia, tudo conforme disciplinamento do SUS."

Sustenta a recorrente que o provimento deferido não se acha previsto na Constituição Federal, tampouco no ordenamento previdenciário. Refere que cabe ao Sistema Único de Saúde o atendimento integral nesta área, nos termos do disposto no artigo 198 da CF/88.

Salienta que foi determinada a imediata liberação dos recursos financeiros necessários à impetrante. Contudo, a disponibilidade financeira atual da Superintendência do INSS se resume a R$ 1.688,49 (hum mil e seiscentos e oitenta e oito reais e quarenta e nove centavos).

É o relatório.

Juíza *MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE*
Relatora

VOTO

Por ocasião da análise do pedido de agregação de efeito suspensivo ao presente recurso proferi a seguinte decisão:

"Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra a decisão que, nos autos de mandado de segurança deferiu liminar determinando às autoridades impetradas que efetivem os procedimentos indispensáveis previstos na Lei de regência do SUS e atos normativos dos três entes da federação, objetivando realizar o transplante de medula óssea na impetrante, no mais curto prazo de tempo, colocando à disposição dos órgãos nele envolvido, inclusive o programa de doação internacional, os recursos financeiros necessários à consecução do procedimento cirúrgico destinado a salvar a vida da impetrante, respectivo internamento e posterior tratamento de radioterapia, tudo conforme disciplinamento do SUS.

Sustenta o agravante ser autarquia federal instituída pela Lei 8.029/90, para promover a arrecadação, a fiscalização e a cobrança das contribuições sociais incidentes sobre as folhas de salários e demais receitas a elas vinculadas; gerir os recursos do Fundo da Previdência e Assistência Social – FPAS, conceder e manter os benefícios e serviços previdenciários. Assevera que o objeto do mandado de segurança impetrado, pagamento de cirurgia, não se enquadra no campo de abrangência da Previdência Social, cuja administração incumbe ao INSS. Afirma ser incumbência da União Federal o cumprimento da decisão proferida, como ente promotor dos serviços do SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS. Assim, alega ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo pois não lhe compete, nem legal, nem constitucionalmente, dar atendimento ao reclame da impetrante e que a decisão encontra óbice no artigo 100, da Constituição Federal. Por fim, menciona decisão desta Corte e requer a atribuição de efeito suspensivo ao agravo.

Não vislumbro a relevância da fundamentação a ensejar a suspensão da decisão agravada. Com efeito, há que se atentar ao disposto no artigo 196 da Constituição Federal, a cujo teor "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Ademais, consoante o disposto no artigo 198, parágrafo único, da Constituição Federal, "o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes."

Considerando-se que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade "destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social", é irrefutável que a medida concedida em nada afronta as disposições relativas à regulamentação das atribuições da autarquia demandada.

Ante o exposto, indefiro o efeito suspensivo pleiteado."

Analisando os argumentos expendidos pela agravante em sede de agravo regimental, não encontro elementos ensejadores da modificação do juízo anteriormente formulado.

Soma-se aos fundamentos já consignados, o fato de que nos autos do mandado de segurança figuram como autoridades impetradas, além do Sr. Superintendente do INSS de Curitiba, o Sr. Secretário Municipal de Saúde de Curitiba, Sr. Diretor Geral do Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná e Sr. Secretário Estadual de Saúde do Estado do Paraná.

Considerando-se que a decisão monocrática fustigada através do presente agravo de instrumento determinou às autoridades impetradas a tomada de providências indispensáveis ao caso de acordo com o disciplinamento na lei de regência do SUS e atos normativos dos três entes da federação, não podem prosperar as alegações de impossibilidade no cumprimento do "decisum" já que este não se dirige tão somente ao Sr. Superintendente do INSS.

Além disso, conforme contato telefônico estabelecido com o Diretor de Secretaria da 7ª Vara Federal, foi proferida decisão determinando a emenda à inicial para fins de inclusão do Sr. Representante local do Ministério da Saúde, órgão representativo da União Federal.

Por derradeiro, impende salientar que o artigo 45 da Lei 8.080/90 determina que "os serviços de saúde dos hospitais universitários e de ensino integram-se ao Sistema Único de Saúde – SUS, mediante convênio, preservada a sua autonomia administrativa, em relação ao patrimônio, aos recursos humanos e financeiros, ensino, pesquisa e extensão nos limites conferidos pelas instituições a que estejam vinculados". Tendo em vista que o "mandamus" também foi intentado contra o Sr. Diretor Geral do Hospital de Clínicas da Universidade Federal do Paraná, mais reforçado resta o argumento de que as providências deverão ser tomadas pelas respectivas autoridades impetradas dentro de suas atribuições legais.

Na verdade, as razões trazidas à lume pela agravante induzem falsamente à conclusão de que somente a esta cabem as providências determinadas pelo juízo monocrático, quando tal situação não se coaduna com a realidade dos autos.

Voto, por isso, no sentido de negar ao agravo regimental.

É como voto.

Juíza *MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE*
Relatora

CONCLUSÃO

Nesta data, faço estes autos conclusos ao **EXMO. SR. JUIZ TEORI ALBINO ZAVASCKI**. Do que, para constar, lavrei este termo.

Porto Alegre, 15/10/99.

Diretor da Divisão de Processamento

VOTO

A questão fundamental, aqui, é saber se o INSS tem, no seu plexo de competência, responsabilidade pelo atendimento de saúde. Segundo a lei que o criou, tal Instituto assumiu as atribuições até então desenvolvidas pelo IAPAS e INPS (Lei nº 8.029, de 1990, art. 14, c/c §§ 2º e 4º do art. 2º). São atividades relacionadas com fiscalização e arrecadação de contribuições previdenciárias e com previdência social. Não com saúde. A saúde é atendida por um conjunto de ações, a partir de um sistema único, o SUS, regulamentado pela Lei nº 8.080, de 1990, do qual fazem parte a União, via Ministério da Saúde, os Estados e os Municípios, por suas Secretarias de Saúde (art. 9º), a quem cabe, também, a gestão financeira dos respectivos recursos (art. 33). O INSS, à toda evidência, não integra tal sistema. Assim, sem prejuízo do cumprimento da liminar pelos demais demandados, voto no sentido de prover parcialmente o agravo, para o efeito de revogar a decisão agravada no que se refere ao INSS. É o voto.

Juiz *TEORI ALBINO ZAVASCKI*

❖ ❖ ❖

STJ — Segunda Turma DJ de 03.MAR.99

RECURSO ESPECIAL 87.547 — SÃO PAULO (96 8099-2)

RELATOR	: O EXMº SR. MINISTRO ARI PARGENDLER
RECORRENTES	: ÂNGELO ARNONI E CÔNJUGE
ADVOGADA	: DRª JOSEFINA ROSA RUSSO
RECORRIDA	: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DRS. ELIZABETH JANE ALVES DE LIMA E OUTROS

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. Redirecionada a execução fiscal contra o sócio-gerente, o débito tributário já está em *fase de execução* contra este (CTN, art. 185), e, feitas as anotações próprias no setor de distribuição do foro, o fato já se reveste de *publicidade,* podendo ser conhecido pelas pessoas precavidas que subordinam os negócios de compra e venda de imóveis à apresentação das certidões negativas forenses. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Peçanha Martins, por maioria, vencido o Sr. Ministro Hélio Mosimann, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votou com o Sr. Ministro-Relator o Sr. Ministro Peçanha Martins. Ausentou-se, nesta assentada, o Sr. Ministro Hélio Mosimann. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Adhemar Maciel e Aldir Passarinho Júnior.

Brasília, 17 de dezembro de 1998 (data do julgamento).

MINISTRO ARI PARGENDLER, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O EXMº SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (RELATOR): — Nos autos de execução fiscal ajuizada pelo Estado de São Paulo contra Branic Comércio de Plásticos e Metais Ltda. e Outros, a penhora recaiu sobre a metade ideal dos prédios 621, 625 e 629 da Avenida Dom Pedro, em Santo André (fl. 24).

Ângelo Arnoni e Ieda B. Arnoni opuseram embargos de terceiro (fl. 02/08), liminarmente indeferidos, nestes termos:

> "*Os requerentes sustentam serem terceiros na execução em que houve constrição de um imóvel que lhes pertence. Todavia, a aquisição se deu em 24 de abril de 1984, na mesma data da penhora. Tal fato caracteriza fraude à execução, pelo que indefiro liminarmente o pedido, mantendo a praça, julgo extinto o processo com fundamento no art. 267 inciso I do C.P.C."* (fl. 27).

Seguiu-se apelação (fl. 28/37), provida à base da seguinte motivação:

"*Na ação fiscal subjacente, ajuizada contra sociedade por cotas de responsabilidade limitada, os bens penhorados mostraram-se insuficientes para a satisfação do débito.*

Daí o requerimento da exequente de reforço da penhora que, deferido, veio a concretizar-se na metade ideal de imóvel, adquirida pelos embargantes de um dos sócios da executada, quando esta já havia sido citada para a ação de execução.

Os adquirentes pretenderam obviar a constrição, mas, fundada em fraude a execução, a r. decisão recorrida cortou-lhes cerce o intento.

Ocorre que a presunção de fraude, constante do art. 185 do Código Tributário Nacional, não é absoluta, pois admite prova em contrário a que alude o parágrafo único do citado dispositivo. E acontece que nos exatos e precisos termos do art. 135 do mesmo estatuto, os bens particulares dos sócios só respondem pelas dívidas sociais quando ele exerce a gerência ou administração da sociedade e pratica atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Assim sendo, não há dúvidas de que a r. decisão recorrida impossibilitou os embargantes de fazerem a prova que lhes era facultada, de que o bem penhorado não fora adquirido em fraude de execução.

A impor-se, nessas circunstâncias, o provimento em parte do recurso a fim de que, reformada a r. decisão recorrida, digne-se o Dr. Juiz de Direito de receber e mandar processar a ação de embargos de terceiro em causa, como for de direito" (fl. 91/92).

*Os embargos de terceiro foram processados e, a final, o MM. Juiz de Direito fez por julgá-los improcedentes (fl. 172/175), sentença também anulada, à vista de que o processamento da ação "*incluía a possibilidade dos embargantes produzirem prova no sentido "de que o bem penhorado não fora adquirido em fraude de execução", por motivos de ato relacionados com os alienantes (*Código Tributário Nacional, artigos 135 e 185, parágrafo único).*

Nesta circunstância, não pode subsistir a sentença que, proferida por antecipação, obstaculizou justamente a produção dessa prova" (fl. 202/203).

Instruído o processo, os embargos do devedor foram, ainda uma vez, julgados improcedentes (fl. 360/365), mas, desta feita, a sentença foi confirmada pela Egrégia Décima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à base da seguinte motivação:

"A ação de embargos de terceiros em causa visa a forrar, da penhora lavrada em autos de ação de execução fiscal, a metade ideal de imóvel que o casal embargante, que já era titular do domínio da outra metade, adquiriu do casal cujo varão figura como executado na aludida execução.

E como acenado nos VV. Acórdãos relativos aos recursos anteriores (fl. 9/12 e 202/3), o sucesso que perseguia estava adstrito à prova "de que o bem penhorado não fora adquirido em fraude de execução", por motivos de fato relacionados com os alienantes (Código Tributário Nacional, arts. 135 e 185, parágrafo único).

Ora, prova desse jaez não foi produzida. E bem ao contrário, a emergente do processo, como destacado pela sentença, é apenas confirmatória do fato de que quando a metade ideal do imóvel em causa foi vendida, a ação de execução fiscal subjacente já havia sido endereçada ao cônjuge-varão do casal vendedor (fl. 14/5, 24 e 60). Aliás, já o havia sido, mesmo à data em que celebrado o compromisso que antecedeu a transação (fl. 38/40 e 57).

As regras estatutárias que conforme o recurso militariam em prol dos objetivos declinados na inicial (Cód. Proc. Civ. – arts. 593 e seus incisos e 1.046 e seus parágrafos), tendo em vista o caráter de generalidade de que se revestem, cedem passo, no caso, ao quanto rezam os dispositivos codificados de natureza especial com base nos quais a lide foi composta (CTN – arts. 135 e seus incisos e 185 e seu parágrafo único)" (fl. 399/400).

Opostos embargos de declaração (fl. 403/404), foram rejeitados (fl. 408/410), e daí o presente recurso especial, interposto por Ângelo Arnoni e Ieda B. Arnoni, com base no artigo 105, inciso III, letras "a" e "c", da Constituição Federal, por violação dos artigos 219, 263, 593, inciso II, e 1.046 do Código de Processo Civil, bem assim do artigo 240 da Lei nº 1.605, de 1973 (fl. 417).

Lê-se nas respectivas razões:

"... muito embora reconheçam que a transação envolvendo a aquisição do imóvel penhorado seja bem anterior à data em que ocorreu a citação do vendedor na referida execução fiscal, para os vv. Acórdãos recorridos, o simples ajuizamento da ação de execução seria o bastante para a configuração da fraude de execução" (fl. 417).

"É incontroverso nestes autos que a ação de execução fiscal subjacente foi ajuizada contra uma sociedade de responsabilidade limitada, onde os bens penhorados mostram-se insuficientes para a satisfação do débito, sendo certo que a requerimento da exequente e a título de reforço de penhora, a constrição judicial veio a concretizar-se na metade ideal de imóvel adquirida pelos Recorrentes de um dos sócios da executada.

Por outro lado, é incontroverso, também, posto que está provado nos autos, que os Recorrentes, a par de exercerem a posse mansa, pacífica, sobre a totalidade do imóvel penhorado desde a sua aquisição ocorrida no ano de 1978, adquiriram, através do Compromisso de Venda e Compra Quitado, irretratável e irrevogável em data de 03.10.1984, a outra metade ideal do imóvel, sobre a qual recaiu a penhora a título de reforço.

Desta sorte, quando da alienação do imóvel aos Recorrentes, não corria contra o sócio alienante nenhuma demanda capaz de reduzi-lo à insolvência (art. 593, II, do CPC), posto que a citação do mesmo para os termos da aludida execução deu-se somente aos 24.04.84, como se vê às fl. 60" (fl. 418).

VOTO

O EXMº SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (RELATOR): — Os autos dão conta de que, em 18 de março de 1982, o Estado de São Paulo ajuizou execução fiscal contra Branic Comércio de Plásticos e Metais Ltda. (fl. 18/19), seguindo-se o auto de penhora e depósito em 14 de abril de 1982 (fl. 20).

Realizado o respectivo leilão (fl. 21), e apurado que a sociedade não tinha bens que garantissem o pagamento da dívida, o Estado de São Paulo redirecionou a execução contra os sócios, um dos quais Luiz Affonso Braghetto (fl. 54/56) — pedido deferido, em 30 de setembro de 1983, pelo MM. Juiz de Direito, o qual determinou *"as devidas anotações, inclusive no Distribuidor"* (fl. 57).

A final, Affonso Braghetto foi citado em 24 de abril de 1984 (fl. 60), recaindo a penhora, levada a efeito em 30 de abril de 1984, sobre parte ideal de imóvel que, no Ofício Imobiliário, ainda constava como propriedade sua (fl. 16).

Nessa data, o contrato particular de fl. 38/40, em que Luiz Affonso Braghetto prometeu vender a Angelo Arnoni e a Ieda Braghetto Arnoni a aludida parte ideal, ainda não havia sido ajustado, o que só veio a ocorrer em 03 de janeiro de 1984 (a escritura definitiva de compra e venda só foi celebrada em 26 de abril de 1984, fl. 14/15, tendo sido registrada no Ofício Imobiliário em 02 de maio de 1984, fl. 16).

Quer dizer: o redirecionamento da execução fiscal contra Luiz Affonso Braghetto foi deferido em 30 de setembro de 1983 (fl. 57), antes que este, por instrumento particular, prometesse vender o imóvel *sub judice*, o que só veio a ocorrer em 03 de janeiro de 1984 (fl. 38/40).

O MM. Juiz de Direito Dr. Ricardo Pessoa de Mello Belli reconheceu a fraude à execução, destacando-se na sentença os seguinte trechos:

"Já então condôminos do imóvel, ao lado do co-devedor Luiz Affonso Braghetto e respectivo cônjuge, os embargantes também adquiriram a parte ideal pertencente a estes últimos por escritura pública datada de 26.04.84 (fl. 14/15), dois dias após a citação de Luiz Affonso para a Execução Fiscal (fl. 60) e quatro dias antes da efetivação da penhora sobre a fração ideal negociada (fl. 24)" — fl. 360.

"Enquadra-se a hipótese, sem sombra de dúvida, no arquétipo do art. 185 do C.T.N., bastando dizer, a propósito, que a alienação em análise, ainda que se tenha em conta o precedente compromisso de compra e venda (fl. 38/40), se fez bem após o ajuizamento da Execução Fiscal, já então direcionada contra o sócio-alienante (fl. 57) — cujo nome certamente era apontado nas usuais pesquisas feitas junto ao Distribuidor, em negócios do gênero" (fl. 361).

"Nem se diga ser necessária a prévia citação do transmitente para a caracterização da figura, com o que abertas estariam portas imensas para a ação dos mais espertos, apanágio do fraudador, assim aniquilado o instituto" (fl. 362).

"A disciplina do art. 185 do Código Tributário Nacional é diversa daquela do artigo 593 do Código de Processo Civil (antigo 895 do Código de Processo civil de 1939), eis que em uma o artigo 593 alude a "pender ação" (inciso I), e, em outra hipótese (inciso II), quando ao tempo da alienação "corria contra o devedor a demanda capaz de reduzi-lo à insolvência", hipóteses estas, sim, que se ligam à litispendência ou à necessidade de citação. Já o próprio artigo 593, inciso III, do Código de Processo Civil, todavia, num espectro mais amplo, refere-se aos "demais casos expressos em lei", dispondo este, por certo, que remete a outras disciplinas dentre as quais as insere a do citado artigo 185 do Código Tributário Nacional" (fl. 362/363).

"A verificação da figura em casos como o dos autos, aos olhos deste julgador e sob tal enfoque, apenas reclama o prévio endereçamento da demanda contra o sócio-alienante, a partir do que o interessado na aquisição tem plenas condições de saber da existência do litígio" (fl. 363).

A Egrégia Décima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator o eminente Desembargador Menezes Gomes, seguiu essa trilha enfatizando que a prova dos autos *"é apenas confirmatória do fato de que quando a metade ideal do imóvel em causa foi vendida, a ação de execução fiscal subjacente já havia sido endereçada ao cônjuge-varão do casal vendedor (fl. 14/5, 24 e 60). Aliás, já o havia sido, mesmo à data em que celebrado o compromisso que antecedeu a transação (fl. 38/40 e 57)"* — fl. 399/400.

Tais são os parâmetros pelos quais, sempre sustentei, devem ser identificadas as hipóteses de fraude à execução fiscal, que tem disciplina específica, como seja, o artigo 185 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

"Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução".

Redirecionada a execução fiscal contra o sócio-gerente, o débito tributário já está em *fase de execução* contra este, e feitas as anotações próprias no setor

de distribuição do foro, o fato já se reveste de publicidade, podendo ser conhecido pelas pessoas precavidas que subordinam os negócios de compra e venda de imóveis à apresentação das certidões negativas forenses.

Nessa linha, o recurso especial não pode ser conhecido pela letra "a"; nem pela letra "c", porque os precedentes invocados não dizem respeito a fraudes cometidas em execução fiscal.

Voto, por isso, no sentido de não conhecer do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL Nº 87.547 – SÃO PAULO

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: — Ângelo Arnoni e Ieda B. Arnoni ajuizaram embargos de terceiros, em face de execução fiscal proposta pelo Estado de São Paulo.

Liminarmente indeferidos os embargos, apelação foi provida e o pedido foi processado, assegurando-se a defesa dos embargantes, mas os embargos acabaram sendo julgados improcedentes. A sentença foi confirmada e rejeitados embargos de declaração.

Sobreveio, então, o recurso especial (alíneas "a" e "c"), trazendo decisões divergentes do acórdão recorrido e apontando violação dos artigos 219, 263, 593, inciso II, e 1.046 do Código de Processo Civil, além do artigo 240 da Lei nº 1.605/73.

O argumento principal é de que, quando da alienação dos imóveis aos recorrentes, não corria contra o sócio alienante nenhuma demanda capaz de reduzi-lo à insolvência (art. 593, II, CPC), posto que a citação para os termos da aludida execução deu-se somente aos 24.04.84 (fls. 60), quando os bens já haviam sido adquiridos através de compromisso de compra e venda, irretratável e irrevogável.

Pelo seu voto, o eminente relator não conheceu do recurso especial, considerando configurada fraude à execução fiscal, que tem disciplina especifica na leitura do artigo 185 do Código Tributário Nacional, presumindo fraudulenta a alienação ou oneração de bens, por sujeito passivo, em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução. Segundo o relator, redirecionada a execução fiscal contra o sócio-gerente, o débito tributário já está em fase de execução contra este, revestindo-se o fato de publicidade.

Pedi vista, recordando-me de que a Turma tem defendido posição diferente, ao entender que não basta, para caracterizar a fraude, ajuizar a execução, sendo necessária a citação.

Com efeito ao ser julgado o Recurso Especial nº 60.519-SP, em 03.04.97, que tinha como relator o eminente Ministro Pádua Ribeiro, proferi o voto-vista que agora reproduzo: *"No recurso, insurge-se a Fazenda do Estado contra a decisão que, nos autos de execução fiscal, concluiu que a alienação de bens após o ajuizamento da execução e antes da citação não é suficiente para caracterizar a fraude à execução.*

O voto do eminente relator, emprestando interpretação ao artigo 593, inciso II, do Código de Processo Civil, bem como, ao artigo 185 do Código Tributário Nacional, negava provimento ao recurso, argumentando:

"I — A fraude de execução pressupõe processo em curso, ou seja lide pendente. Dá-se litispendência com a citação (CPC, art. 219).

II — Em tal contexto, para caracterizar fraude de execução, é necessário que o devedor tenha sido citado para a execução, não bastando o ajuizamento desta."

A matéria comporta controvérsia, como bem demonstrou a Fazenda recorrente, trazendo acórdão da Egrégia Primeira Turma, em sentido diametralmente oposto (RESP nº 33.993-SP, Min. Gomes de Barros, em 23.05.94).

Estou, entretanto, com a posição sustentada pelo relator.

Nos seus Comentários ao Código Tributário Nacional, 5ª edição, 1996, p. 396, P.R. Tavares Paes, referindo-se à aplicação do art. 185 do C.T.N., conclui: "De todo modo, prevaleceu na jurisprudência o entendimento de que a fase de execução somente começa com a citação do réu no processo de execução (Temas de Direito Tributário, II, RI, 1994, p. 38)."

No mesmo sentido, assinalando não ser suficiente o ajuizamento da ação: Min. Nilson Naves, RSTJ, 77/177; Min. Torreão Braz, RSTJ, 69/436.

Acompanhando, pois, o voto proferido pelo relator, nego provimento ao recurso." Nesse julgamento ficou vencido o eminente Ministro Ari Pargendler.

Idêntico pronunciamento da Turma, já anteriormente, em 26.09.96 (RESP nº 31.321-SP).

Sendo assim, peço venia para, neste caso, conhecer do recurso dos executados e lhe dar provimento. Pela alínea a: artigo 593, inciso II, do Código de Processo Civil; pela letra "c": demonstrada a divergência com acórdãos que tratam da execução em geral.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 87.547 – SÃO PAULO

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: — Senhor Presidente, trata-se de recurso relatado por V. Exa. discutindo-se se configurava ou não a fraude à execução.

Pelas circunstâncias do caso, acompanho V. Exa., porque são muitas as coincidências.

❖ ❖ ❖

STJ — Sexta Turma DJ de 23.AGO.99

EMBRAGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURO ESPECIAL Nº 174.738 – SP (98/0037563-5)

RELATOR	: **MINISTRO FERNANDO GONÇALVES**
EMBTE	: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
ADVOGADO	: SÉRGIO LUÍS RUIVO MARQUES E OUTROS
EMBDO	: V. ACÓRDÃO DE FLS. 173
EMBDO	: JOSÉ VALDO BARBOSA SILVA
ADVOGADO	: FERNANDO GUIMARÃES DE SOUZA E OUTROS

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EQUÍVOCO MANIFESTO. EFEITOS INFRINGENTES. ALTERAÇÃO. PERCENTUAL. AUXÍLIO-ACIDENTE. INCIDÊNCIA DA LEI NOVA. IMPOSSIBILIDADE.

1 — Detectado no acórdão embargado equívoco manifesto, é de se emprestar efeitos infringentes aos embargos de declaração.

2 — Embargos acolhidos para não conhecer do recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, acolher os embargos de declaração. Votaram com o Ministro-Relator os Ministros Hamilton Carvalhido e Vicente Leal. Ausentes, por motivo de licença, o Ministro William Patterson e, ocasionalmente, o Ministro Fontes de Alencar.

Brasília, 03 de agosto de 1999 (data do julgamento).

MINISTRO VICENTE LEAL (Presidente)

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (Relator)

RELATÓRIO

O EXMº SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES: — Trata-se de embargos de declaração opostos pelo INSS contra acórdão assim ementado, ***verbis:***

"PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO. LEI MAIS BENÉFICA AO OBREIRO.

1 — Deve ser aplicada, na espécie, a lei mais benéfica ao obreiro, art. 86 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95, em homenagem ao princípio da proteção infortunística.

2 — Observância da retroatividade determinada pelo art. 145.

3 — Recurso conhecido e provido." (fls. 173)

Pretende o embargante, à guisa de erro material e contradição, emprestar efeitos infringentes ao julgado atacado, sob o fundamento de que a hipótese não trata de caso pendente, mas consolidado, pois o auxílio-acidente foi concedido em 07/01/93, na vigência da Lei nº 8.213/91.

É o relatório.

VOTO

O EXMº SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (RELATOR): — A irresignação merece acolhida.

Com efeito, consoante se depreende do documento colacionado às fls. 32, foi concedido o auxílio-acidente em 07/01/93, no percentual de 30%, na vigência da Lei nº 8.213/91, ajuizada a presente ação em 12/03/96, não havendo falar, portanto, em hipótese pendente de concessão do benefício.

A guisa de exemplo, transcrevo:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DE TRABALHO. BENEFÍCIO. AUXÍLIO SUPLEMENTAR. AUXÍLIO ACIDENTE. SUBSTITUIÇÃO. INCIDÊNCIA DA LEI NOVA. IMPOSSIBILIDADE.

— A concessão do benefício previdenciário suplementar decorrente de acidente de trabalho deve observar a lei vigente à época em que restou comprovado a incapacidade permanente para o desempenho das atividades laborais.

— O valor do benefício é fixado em consonância com a lei regente ao tempo da comprovação pericial que constatou a incapacidade.

— A incidência da lei nova mais benéfica abrange somente os casos pendentes de concessão de benefício acidentário. Matéria já pacificada no âmbito desta Corte.

— Incidência, na hipótese, da Lei 6.367/76, vigente à data do laudo médico pericial.

— Recurso especial não conhecido." (REsp 87.541/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, DJU, 29.06.98)

Nesse contexto, é manifesto o equívoco do acórdão, pelo que, acolho os embargos e, emprestando-lhes efeitos, não conheço do recurso especial.

❖ ❖ ❖

STJ — Terceira Seção DJ de 17.DEZ.99

EMBARGOS DE DIVERGENCIA EM RESP 203.611 — RS (1999/0076370-0)

RELATOR	: **MINISTRO GILSON DIPP**
EMBTE	: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
ADVOGADOS	: BRUNO MATTOS E SILVA E OUTROS
EMBDO	: DANILO VALTER PASQUETTI
ADVOGADOS	: JAIME CIPRIANI E OUTROS
SUST. ORAL	: BRUNO MATTOS E SILVA

EMENTA

PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO EM MANUTENÇÃO. CONVERSÃO EM URV. LEI 8.880/94.

Ao valor do benefício em manutenção descabe a inclusão do resíduo de 10% do IRSM de janeiro de 1994 e do IRSM de fevereiro de 1994 (39,67%), antes de sua conversão em URV, preconizada pelo art. 20, I e II da Lei 8.880/94.

Embargos acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer e acolher os embargos de divergência.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Edson Vidigal, Fontes de Alencar, José Arnaldo e Fernando Gonçalves. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros William Patterson e Jorge Scartezzini e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília-DF, 24 de novembro de 1999 (data do julgamento).

MINISTRO VICENTE LEAL (Presidente)

MINISTRO GILSON DIPP (Relator)

RELATÓRIO

O EXMº SR. MINISTRO GILSON DIPP: — Cuida-se de embargos de divergência, no tema da conversão dos valores dos benefícios em URV da Lei 8.880/94, pondo em confronto os seguintes acórdãos.

a. Acórdão embargado da 6ª Turma

"RESP — PREVIDENCIÁRIO — BENEFÍCIO — ATUALIZAÇÃO — LEI 8.880/1994 — A LEI 8.880/1994 DISPÕE SOBRE O PROGRAMA DE ESTABILIZAÇÃO ECONÔMICA E O SISTEMA MONETÁRIO NACIONAL, INSTITUI A UNIDADE REAL DE VALOR — URV — É DE APLICAÇÃO IMEDIATA. NÃO HÁ OFENSA A DIREITO ADQUIRIDO.

BUSCOU ESSE TEXTO LEGISLATIVO MANTER O EQUILÍBRIO ECONÔMICO DA PRESTAÇÃO, ESPECIFICADA NA RELAÇÃO JURÍDICA. CONTEMPLA, CONTUDO, REGRA ESPECIAL PARA OS BENEFÍCIOS PAGOS COM ATRASO." – (fl. 144)

b. Acórdão paradigma

"*PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO REAJUSTES. IRSM 40,25% E 39,67%. CONVERSÃO EM URV. LEI 8.880/94.*

Mostra-se correto o cálculo da média para conversão em URV, sem reajustar os valores mensais do benefício, com inclusão do resíduo de 10% do IRSM de janeiro 94 e do IRSM de fevereiro 94 (39,67%).

Recurso parcialmente conhecido, mas desprovido."

(REsp 176.291, DJ de 03.05.99, de minha relatoria. fl. 156).

Aponta a autarquia embargante dissídio entre os acórdãos em testilhas, porquanto, enquanto o acórdão embargado, com apoio no art. 20, § 5º, da Lei 8.880/94, manda incluir no valor do benefício os IRSMs de janeiro (40,25%) e fevereiro de 1994 (39,67%), antes da conversão em URV, o acórdão paradigma nega tal inclusão, forte no art. 20, incisos I e II, da referida lei.

Admitido o recurso, foi impugnado a fl. 166.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (RELATOR): — Como se vê, o acórdão está equivocado. O caso é de ação que visa à incorporação ao valor do benefício dos IRSMs de janeiro e fevereiro de 1994, nos valores respectivos, de 40,25%, e 39,67%, antes da conversão em URV. Aplicável ao caso a conversão preconizada pelo art. 20, inciso I e II da Lei 8.880/94, e não o art. 20, § 5º, da referida lei que se refere a atualização monetária de pagamentos de benefícios feitos com atraso, seja pela administração, seja por força de decisão judicial.

A inclusão dos IRSMs integral de janeiro de 1994 (40,25% ao invés de 30,25%) e de fevereiro de 1994 (39,67%) não é devido aos benefícios em manutenção, então convertidos em URV. É que, no que toca ao resíduo de 10%, resultante da antecipação do mês de janeiro de 1994, previstos no art. 9º da Lei 8.542/92, com as alterações da Lei 8.700/93, não se tratava de aumento, mas de antecipação que não gera direito adquirido se a condição temporal (o quadrimestre em maio de 1994) não foi alcançado, antes do advento da Lei 8.880/94. Assim, quando da conversão dos valores dos benefícios em URV, havia apenas uma expectativa de direito a ter o resíduo incorporado na data-base.

O mesmo se diga do IRSM de fevereiro de 1994 (39,67%) que seria antecipado em março de 1994 em 29,67%, ficando o resíduo de 10% para o reajuste na data-base, no final do quadrimestre em maio de 1994. Ocorreu que em primeiro de março foi feita a conversão, segundo o preconizado no art. 20, inc. I e II, da Lei 8.880/94, logo não se havia aprimorado o direito adquirido ao reajustamento pleiteado, por lhe faltar um dos requisitos.

Neste sentido é a jurisprudência desta Eg. Corte:

"*PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO BENEFÍCIO. REAJUSTES. IRSM 40,25% E 39,67%. CONVERSÃO EM URV. LEI 8.880/94.*

Mostra-se correto o calculo da média para conversão em URV, sem reajustar os valores mensais do benefício, com inclusão do resíduo de 10% do IRSM de janeiro de 94 e do IRSM de fevereiro de 94 (39,67%).

Recurso parcialmente conhecido, mas desprovido."

(REsp 176.291, DJ de 03.05.99, de minha relatoria)

Ante o exposto, acolho os embargos.

É como voto.

❖ ❖ ❖

TRF — 3ª Região DJ de 13.OUT.99

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1999.03.99.023477-5

RELATOR	: EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JÚNIOR
APELANTES	: Adalberto Wanderlei Genari e outros
ADVOGADO	: Ricieri Nacional Luzzia
APELADO	: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
ADVOGADO	: Bruno Mattos e Silva
ADVOGADO	: Ikudo Kinoshita

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE PROVENTOS. CRITÉRIOS LEGAIS DE REAJUSTE DE BENEFÍCIOS. INAPLICABILIDADE DO INPC.

I — O art. 201, § 2º, agora § 4º, da Constituição Federal remete à legislação ordinária a determinação do índice a ser aplicável no reajustamento dos benefícios previdenciários.

II — A Lei 8.213/91, com as alterações introduzidas pela Lei 8.700/93, elegeu o IRSM como índice de reajuste. Na vigência da Lei nº 8.880/94, os benefícios passaram a ser reajustados pela variação do IPC-r. A Medida Provisória 1.415/96 adotou o IGP-DI, apurado pela Fundação Getúlio Vargas, como critério de correção. Resulta inaplicável o INPC desde a edição da Lei nº 8.700/93.

III — Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas.

DECIDE a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto do Sr. Relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de agosto de 1999 (data do julgamento).

PEIXOTO JÚNIOR
Desembargador Federal
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária ajuizada com o escopo de revisão de benefício previdenciário segundo as regras estabelecidas pela legislação revogada pela Medida Provisória nº 1.415/96, que determinava a utilização do INPC como índice de correção.

Proferida sentença de improcedência do pedido, dela recorre a parte autora, pugnando por sua reforma.

Oferecidas contra-razões, subiram os autos.

Dispensada a revisão na forma regimental.

É o relatório.

VOTO

A revisão dos benefícios previdenciários, de forma a garantir-lhes o reajustamento de acordo com índices diversos daqueles estabelecidos pela lei, não tem amparo no sistema jurídico pátrio.

O pedido se funda em exegese do disposto no artigo 201, § 2º e § 3º, da Constituição Federal que, em sua redação anterior à Emenda nº 20 de 15.12.1998, assim dispunha:

> "Art. 201. Os planos de previdenciário social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:
> .....
> § 2º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preserva-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.
> § 3º Todos os salários de contribuição considerados no cálculo de benefício serão corrigidos monetariamente."

O regramento constitucional em destaque atribui ao legislador ordinário delegação para a regulamentação de matéria. Competia à legislação ordinária determinar qual o índice de reajuste aplicável aos benefícios, de forma a lhes garantir a preservação de seus valores reais.

O reajustamento do benefício aqui questionado rege-se, portanto, pela legislação ordinária que regulamenta o dispositivo constitucional invocado na petição inicial. É a regulamentação legal que estabelece os índices a serem aplicados, no período questionado pelo apelante, é exatamente a Média Provisória nº 1.415/96, que determinou a aplicação do IGP-DI. Descabe ao Poder Judiciário a substituição do índice eleito pelo legislador ordinário, uma vez que a este a Constituição Federal outorgou como lhe cabia a competência para a determinação da forma de correção monetária.

Cabe ressaltar que a Lei 8.542/92, com alteração dada pela Lei 8.700/93, alterou a sistemática de reajuste dos benefícios previdenciários, tornando inaplicável o INPC.

Posteriormente, a Lei 8.880/94, em seu art. 29 estabeleceu que a correção dos benefícios se daria pela aplicação do IPC-r, critério de reajuste que foi modificado pela Medida Provisória 1.415/96, que estabeleceu como índice aplicável o IGP-DI, apurado pela Fundação Getúlio Vargas.

Verifica-se, portanto, ser impossível o pretendido reajuste pelo INPC, que já era aplicável desde a edição da Lei 8.700/93.

Convém, também, frisar que não se ampara a pretensão na garantia de proteção ao direito adquirido.

A eleição, pelo legislador, de determinar índice a ser aplicado no reajustamento dos benefícios não implicou a imediata integração do direito ao patrimônio jurídico do título dos proventos. Este direito somente se adquire na data em que o beneficiário faz *jus* ao recebimento do benefício corrigido.

A revogação da legislação então vigente pela Medida Provisória nº 1.415/96 não importou, pois, ofensa a direito adquirido da parte autora. Fulminou a nova lei, isto sim, mera expectativa de direito.

Nesse sentido foi decisão do E. Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 55.476-4/RJ, publicada no DJ de 14.11.94, que, essencialmente, trata da questão do direito adquirido e de onde se lê:

> "se o critério de reajuste é modificado antes de considerado o período aquisitivo, não se pode falar em direito adquirido. Assim, não cabe o chamado "gatilho salarial" ou a percepção de resíduo inflacionário pelo transcurso do período compreendido entre 1º e 15 de junho de 1997, pois somente seriam devidos no fim desse mês".

A orientação adotada não discrepa da jurisprudência da Turma, conforme se pode verificar da seguinte ementa:

> **PREVIDENCIÁRIO. LEI Nº 8.213/91 — INPC, LEI 8.542/92 — IRSM, LEI 8.700/93, LEI 8.880/94 — IPC-r , MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.415 — IGP-DI. VERBAS DE SUCUMBÊNCIA.**
>
> I — Com a regulamentação da Lei 8.213/91, por meio do Decreto-Lei 357/91, passou o INPC a constituir-se índice idôneo à correção dos benefícios previdenciários.
>
> II — Com o advento da Lei 8.542/92, os benefícios previdenciários passaram a ser reajustados pelo IRSM, com as alterações introduzidas pela Lei 8.700/93.

III — Na vigência da Lei 9.880/94 os benefícios previdenciários devem ser reajustados pela variação do IPC-r, a teor do que estabelece o artigo 29.

IV — A Medida Provisória nº 1.415, editada em 29/04/96, adotou como critério de reajuste dos benefícios previdenciários o IGP-DI, apurado pela fundação Getúlio Vargas nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores.

V — Tratando-se de beneficiário da justiça gratuíta não cabe condenação nas verbas de sucumbência.

VI — Recursos improvidos.

(AC nº 98.03.048295-5. Relator: Célio Benevides. DJ 09/09/98, p. 262.)

Por estes fundamentos, nego provimento à apelação.

É como voto.

PEIXOTO JUNIOR
Desembargador Federal
Relator

❖ ❖ ❖

STF — Tribunal Pleno

27/10/1999

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.024-2 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
REQUERENTE : GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS : PGE-MS — ABEL NUNES PROENÇA E OUTRA
REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: seu cabimento — afirmado no STF desde 1926 — para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedente.

II. Previdência social (CF, art. 40, § 13, cf. EC 20/98): submissão dos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, assim como os de outro cargo temporário ou de emprego público ao regime geral da previdência social: argüição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a *"forma federativa do Estado"* (CF, art. 60, § 4º, I): implausibilidade da alegação: medida cautelar indeferida.

1. A "*forma federativa de Estado"* — elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República — não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele

que o constituinte originário concretamente adotou e, como adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.

2. À vista do modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988, o preceito questionado da EC 20/98 nem tende a **aboli-lo,** nem sequer a **afetá-lo.**

3. Já assentou o Tribunal (MS 23047-ML, Pertence), que no novo art. 40 e seus parágrafos da Constituição (cf, EC 20/98), nela, pouco inovou "*sob a perspectiva da Federação, a explicitação de que aos servidores efetivos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios , **"é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial",** assim como as normas relativas às respectivas aposentadorias e pensões, objeto dos seus numerosos parágrafos: afinal, toda a disciplina constitucional originária do regime dos servidores públicos — inclusive a do seu regime previdenciário — já abrangia os três níveis da organização federativa, impondo-se à observância de todas as unidades federadas, ainda quando — com base no art. 149, parág. único — que a proposta não altera — organizem sistema previdenciário próprio para os seus servidores":* análise da evolução do tema, do texto constitucional de 1988, passando pela EC 3/93, até a recente reforma previdenciária.

4. A matéria da disposição discutida é previdenciária e, por sua natureza, comporta norma geral de âmbito nacional de validade, que à União se facultava editar, sem prejuízo da legislação estadual suplementar ou plena, na falta de lei federal (CF 88, arts. 24, XII, e 40, § 2º): se já o podia ter feito a lei federal, com base nos preceitos recordados do texto constitucional originário, obviamente não afeta ou, menos ainda, tende a abolir a autonomia dos Estados-membros que assim agora tenha prescrito diretamente a norma constitucional sobrevinda.

5. Parece não ter pertinência o princípio da imunidade tributária recíproca — ainda que se discuta a sua aplicabilidade a outros tributos, que não os impostos — à contribuição estatal para o custeio da previdência social dos servidores ou empregados públicos.

6. A auto-aplicabilidade do novo art. 40, § 13, é questão estranha à constitucionalidade do preceito e, portanto, ao âmbito próprio da ação direta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do

julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de medida liminar.

Brasília, 27 de outubro de 1999.

MARCO AURÉLIO — PRESIDENTE
SEPÚLVEDA PERTENCE — RELATOR

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.024-2 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
REQUERENTE : GOVENADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS : PGE-MS — ABEL NUNES PROENÇA E OUTRA
REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: — O Governador do Estado do Mato Grosso do Sul propõe ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de suspensão cautelar, do § 13 do art. 40, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 20, de 15.12.1998.

Essa EC 20/98 alterou o art. 40 **caput** da Constituição:

> *"Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídos 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."*

E, depois de regular, nos 12 primeiros parágrafos, diversos aspectos da matéria, no § 13, único objeto de impugnação, prescreveu:

> ***"§ 13. Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social."***

Sustenta-se, de início, a possibilidade de o controle de constitucionalidade incidir sobre normas constitucionais oriundas do poder constituinte derivado, invocando-se o ensinamento de Jorge Miranda (**Manual de Direito Constitucional**, Coimbra, 1981, T, II, Vol. I, p. 586):

> *"Pode haver inconstitucionalidade por oposição entre normas constitucionais preexistentes e normas constitucionais supervenientes, na medida em que a validade destas decorre daquelas; não por oposição entre normas feitas ao mesmo tempo por uma mesma autoridade jurídica. Pode haver inconstitucionalidade da revisão constitucional, porque a revisão funda-se, formal e materialmente, na Constituição; não pode haver inconstitucionalidade da Constituição."*

Alega-se que a supracitada norma inserida na Constituição pela Emenda Constitucional 20/98, alterando a forma de participação dos servidores estaduais detentores, exclusivamente, de cargos em comissão no regime previdenciário, viola a proibição inserta no art. 60, § 4º, I, CF, ofendendo o princípio federativo. Aduz a petição — f. 7:

> *"Estas alterações, no entanto ferem o princípio federativo do Estado Brasileiro, posto que interfere (sic) na autonomia dos Estados, na organização de seus serviços e do regime jurídico de seus servidores; na forma de participação dos entes federados no financiamento da seguridade social; na autonomia financeira e despreza a imunidade recíproca entre os entes federados quando a estipulação de tributos."*

Sustenta-se que, a teor do disposto no art. 18 CF, que garante a autonomia administrativa de cada um dos entes componentes da Federação brasileira, os Estados possuem *"competência privativa para legislar sobre o regime de seus servidores, como também sobre o regime próprio de previdência".*

Aduz a petição que tal competência encontra-se expressamente definida no art. 149, CF:

> *" (...)*
>
> *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."*

Em seguida, alega-se que o deslocamento dos servidores estaduais, ocupantes, exclusivamente, de cargos em comissão para o regime geral da previdência social viola também o princípio da isonomia (art. 5º, CF), posto que, não obstante o caráter transitório ou precário (livre provimento e exoneração) de sua situação funcional, fazem parte, na qualidade de servidores públicos, do quadro de pessoal do Estado.

Em outra linha de argumentação, sustenta-se que a participação dos *"Poderes Públicos"* no custeio da seguridade social jamais poderia ocorrer em regime de contribuição, diante do mandamento contido no art. 195, *caput* e § 1º, CF, que assim dispõe:

> *"Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais (...).*
>
> *§ 1º As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União."*

Argumenta-se (f. 14/15):

> *"Se as receitas destinadas à Seguridade Social constarão dos respectivos orçamentos, obviamente que cada ente político da Federação é que determinará com quanto participará, já que cada orçamento é votado pelas respecti-*

vas Casas Legislativas. A União não poderá, e não pode, interferir, através de lei ordinária, na participação dos Estados e Municípios na Seguridade Social, posto que não tem competência para alterar as dotações orçamentárias dos outros entes da Federação. Qualquer interferência nesse sentido deve constar de previsão constitucional, o que não é o caso."

Impugna-se ainda a possibilidade de considerar os entes federados como empregados (art. 195, CF), para efeito de figurarem na condição de "*sujeitos passivos de uma obrigação tributária imposta pela União Federal".* Nessa linha de argumentação, aduz que a natureza tributária das contribuições previdenciárias faz incidir sobre elas o princípio da imunidade recíproca, em virtude do qual a cobrança de contribuição exigida pelo INSS dos Estados estaria vedada pela proibição inserta no art. 150, VI, a, CF:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(…)

*VI — **instituir impostos sobre:***

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros".

Ao final, justifica-se a pretensão cautelar *"ante a flagrante inconstitucionalidade do § 13 do art. 40 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional 20/98, que lhe retira a capacidade de auto-organização, de autolegislação, de autogoverno e de autoadministração*". Em seguida, pretende-se ver reconhecido o perigo da demora, *"posto que o Ministro da Previdência Social, usufruindo da delegação de competência que lhe foi conferida pela Lei federal n. 9717, de 27/11/98, editou a Portaria n. 4992, de 05/02/99 e no art. 9º, § 2º, determinou aos entes federados até a competência de abril de 1999, para fazer o recolhimento ao INSS da contribuição relativa aos servidores ocupantes de cargos temporários desde 16.12.98".*

Informa que, em razão da possibilidade de sofrer sanções administrativas, previstas na mencionada Lei 9717/98, o Estado do Mato Grosso do Sul impetrou mandado de segurança junto à Justiça Federal, tendo obtido liminar.

Finalmente, assevera mais a petição não ser auto-aplicável o dispositivo acrescentado ao art. 40, CF, pela emenda constitucional nº 20/98, *in verbis* (f. 24):

"ENTRETANTO, CONSIDERANDO QUE O ESTADO, ENTE POLÍTICO, NÃO É CONTRIBUINTE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, EM QUAL DOS DISPOSITIVOS LEGAIS HOJE EXISTENTES SE ENQUADRARIA? COMO DEVERIA PROCEDER AO RECOLHIMENTO? QUAL A ALÍQUOTA DEVERIA SER UTILIZADA PARA O CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO? CONSIDERANDO-SE A IMUNIDADE RECÍPROCA, PAGARIA SÓ A CONTRIBUIÇÃO DO SERVIDOR? TERIA QUE RECOLHER ALGUMA PARTE COMO EMPREGADOR?

Desta forma, se a inconstitucionalidade do § 13 do art. 40 da CF não for declarada, de qualquer maneira, não há como o Estado cumprir sua obrigação, posto que não existe previsão legal a respeito da matéria. Nem mesmo a Lei 9.717/98 ou a Portaria n. 4.992/98 tratam do assunto. E enquanto não for editada a lei a disciplinando, não haverá como o Estado quantificar o valor que

deverá ser recolhido ao INSS, pelo que, mais uma vez, não poderá ser constituído em mora, nem sofrer conseqüência alguma advinda do não recolhimento, uma vez que não há previsão legal do valor que seria devido."

Solicitadas informações prévias à liminar, prestou-as o Senhor Presidente do Senado Federal, encaminhando as elaboradas pela Advocacia-Geral da Casa, de lavra da Dra. Andréa Isaac Freire, das quais se colhe (f. 56-57):

"Com efeito, compete destacar, inicialmente, que a competência para legislar acerca de previdência social é concorrente nos termos preceituados pela Constituição Federal, o que significa dizer que cabe à União o estabelecimento das normas gerais acerca do tema, como se deu pela Emenda Constitucional de que ora se trata. O dispositivo não suprimiu a competência dos estados de legislar concorrentemente acerca da matéria e, por conseqüência, não ofendeu a autonomia das entidades federadas, como sustentado pelo Requerente.

(…)

Observe-se, nesse contexto, que a Emenda Constitucional ora impugnada apenas estabeleceu normas gerais, princípios e diretrizes acerca dos regimes próprios de previdência dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que devem ser seguidos por todos os entes da federação, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, nos termos preceituados pelo ***caput*** *do art. 40 da Constituição Federal.*

Por outro lado, como já se disse, a autonomia dos Estados, a qual, segundo o Requerente foi afrontada pela mencionada Emenda Constitucional, possui limites no próprio texto constitucional, do qual conclui-se não ser ela plena. O princípio federativo convive com outros princípios que funcionam como limites interpretativos, neutralizando conveniências que não podem prevalecer ante a supremacia de interesse público preponderante. É o que se constata, inclusive, pelo disposto no art. 18 da Carta Política, que preceitua que a autonomia dos entes federativos encontra-se limitada aos preceitos da Constituição Federal.

Ademais, não se pode perder de vista que a redução das desigualdades sociais constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Em se tratando de previdência social, uniformidade e equivalência de benefícios devem ser observadas, por imperativo constitucional, não podendo ser esquecido, ainda, o princípio da igualdade jurídica pelas três esferas de governo."

Para decisão cautelar, trago o feito à Mesa do Plenário.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE — (Relator): Já em 1926, a propósito da reforma de 1926 à Constituição de 1981, o Supremo Tribunal afirmara a viabilidade do controle jurisdicional da constitucionalidade

das emendas constitucionais, à vista das limitações formais ou materiais que lhes imponha a Lei Fundamental — HC 18.178, 1º.10.1926, Moniz Barreto (Arch. Jud. XVII, nº 5, p. 341)

Mais recentemente — já na via do controle direto, que empresta dimensão política incomparável maior à questão — o Tribunal o tem reafirmado com freqüência e sem discrepâncias (**v.g.,** ADInMC 830, 14.4.93, Moreira; ADInMC 926, 1º.9.93, Sanches, RTJ 152/85; ADInMC 939, 15.9.93, Sanches, e ADIn 939, 15.12.93, Sanches, RTJ 151/755; ADInMC 1420, 17.5.96, Néri; ADInMC 1497, 9.10.96, M. Aurélio; ADIn MC 1749, 18.12.97, Gallotti; ADInMC 1805, 26.3.98, Néri; ADInMC 1946, 29.4.99, Sanches; ADInMC 2031, 29.9.99, Gallotti): nota-se que em três casos houve decisão liminar (ADInMCs 926 E 2031) ou definitiva (ADIn 939) de acolhimento parcial da argüição de inconstitucionalidade.

Por outro lado — ao admitir a legitimação de membros do Congresso Nacional para insurgir-se mediante mandado de segurança contra a tramitação de proposta ofensiva das limitações ao poder de reforma — acabou o Supremo por construir insuspeita modalidade de controle preventivo da constitucionalidade de emendas à Constituição (v. g., MS 20.257, 8.10.80. Moreira, RTJ 99/1031; MS 22.503, Corrêa, 8.5.96, Inf. STF 74; MS 23.047, ml, 11.2.98, Pertence, Inf. STF 99).

Na espécie, argüem-se ofensas diversas pela EC 20/98 à "*forma federativa de Estado*", princípio intangível pelo poder constituinte instituído, conforme o art. 60, § 4º, I, da Constituição.

Conheço, pois, da ação direta.

Resta indagar da plausibilidade da argüição.

Ao conceito de Federação na Teoria Geral do Estado correspondem algumas características específicas de identificação, quais a discriminação constitucional das esferas de competência da ordem central e das ordens decentralizadas; a inclusão na última de certa autonomia constitucional dos Estados-membros; a rigidez da Constituição Federal total, e a garantia de sua efetividade por um mecanismo eficaz — ao que parece, universalmente, de caráter jurisdicional — dedicado ao controle da constitucionalidade, perante ela, das normas do ordenamento central e dos ordenamentos territorialmente descentralizados, além, geralmente, da participação dos Estados federados — quase sempre por sua igual representação no Senado — no processo de formação do direito federal (**v.g.**, Hans Kelsen, **Teoria Gen. Del Derecho y del Estado**, trad., México, 1949, p. 333; Victor Nunes Leal, **Leis Federais e Leis Estaduais** em **Problemas de Direito Público,** Forense, 1960 e Imp. Nacional, 1999, p. 109; Raul Machado Horta, **A autonomia do Estado-membro no Dir. Constitucional Brasileiro**, Belo Horizonte, 1964, **passim**).

Concorrendo, porém, esses caracteres típicos essenciais, a partir deles, as Federações apresentam, no Direito Comparado uma multiplicidade de variações que já não comportam inclusão num conceito unívoco e de validez geral, embora muitas vezes de particular relevância no modelo concreto de que se cogita.

Por isso — a exemplo do que sucede com o princípio da separação dos Poderes (**v.g.**, ADIns 98/MT e 105/mg, Pertence) — também o da *"forma federativa de Estado*", princípio erigido em *"cláusula pétrea"* de todas as Constituições da República — como tal, não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário

concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição.

Não são tipos ideais de princípios e instituições que é lícito supor tenha a Constituição tido a pretensão de tornar imutáveis, mas sim as decisões políticas fundamentais, freqüentemente compromissório, que se materializaram no seu texto positivo.

O resto é metafísica ideológica.

Relator do MS 23047 — coincidentemente requerido contra proposta depois convertida na EC 20/98, ora questionada — quando submeti ao Plenário o pedido liminar e votei por seu indeferimento, acentuei:

> *"Reitero de logo que a meu ver as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.*
>
> *Convém não olvidar que, no ponto, uma interpretação radical e expansiva das normas de intangibilidade da Constituição, antes de assegurar a estabilidade institucional, é a que arrisca legitimar rupturas revolucionárias ou dar pretexto fácil à tentação dos golpes de Estado.*
>
> *Nessa linha, faz pouco, ao votar na ADIn 1.749, pude acentuar:*
>
> *— Na ADIn 98, a propósito do princípio da separação e independência dos poderes, permiti-me algumas digressões para mostrar que tais princípios constitucionais, quando consagrados na Constituição Federal e impostos à observância dos Estados, ou mesmo transformados em cláusula pétrea, não são conceitos abstratos: o conteúdo positivo deles há de ser extraído da versão concreta da separação de poderes ou da Federação acolhida na Constituição mesma.*
>
> *Isso não significa, a meu ver, que, no dimensionamento de tal cláusula de intangibilidade, se tenham petrificado todos os pormenores constitucionais relativos à Federação, de tal modo que qualquer alteração deles, como na distribuição de renda ou dos encargos a cada um dos entes federativos, significasse violação ao limite material do poder de reforma constitucional."*

A afirmação então reitera de que os limites materiais à reforma constitucional — as já populares *"cláusulas pétreas"* — não são garantias de intangibilidade de literalidade de preceitos constitucionais específicos da Constituição originaria — que, assim se tornariam imutáveis — mas sim do seu conteúdo nuclear é da opinião comum dos doutores (cf., **v.g.**, Nelson S. Sampaio, **O poder de reforma constitucional**, 3ª ed., p. 87; Jorge Miranda, Manual Dir. Constitucional, 2ª ed., 1983, II/189; Klaus Stern, **Derecho Del Estado de la RFA**, trad, Matrid, 1987, p. 342 ss; Gomes Canotilho, **Direito Constitucional**, 5ª ed., p. 1138; Oscar Vilhena Vieira, **A Constituição e sua Reserva de Justiça**, Saraiva, 1999, p. 222 ss.).

De resto é importante não perder de vista que — malgrado ampla como poucos na sua extensão material dos princípios que enumera — o art. 60, § 4º,

da Constituição brasileira traduz vedação de intensidade menor que cláusulas congêneres de outras cartas políticas.

Assim — em primoroso trabalho dedicado ao tema (**A Constituição e sua Reserva de Justiça — um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**, Malheiros, 1999, p. 179) — assinala Oscar Vilhena Vieira que, enquanto a Lei Fundamental alemã (art. 79.3) proíbe admissão a proposta de emenda que **afete** os direitos e princípios fundamentais que protege, a do Brasil, no ponto menos restritiva, veda a deliberação sobre ao que tendam a **abolilos**.

É certo que, logo em seguida, conclue o autor a análise dos precedentes de ambos os países por observar com ironia que *embora a Constituição brasileira empregue o termo **abolir**, no caso do IPMF, o Tribunal o interpretou como se significasse **afetar**. Já a Corte alemã, que tinha na sua frente o termo afetar, interpretou-o, nos três casos, como se fosse abolir*". Mas isso é outra história.

Importa é que, no caso — à vista do modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988 — o preceito questionado da EC 20/98 nem tente a **aboli-lo**, nem sequer a **afetá-lo**.

Já o afirmara, aliás, no referido julgamento liminar do MS 23.047, quando se questionava, em confronto com o princípio federativo, a redação proposta para o **caput** e diversos parágrafos do mesmo art. 40 da Constituição.

Aduzi então:

> *"(...) na espécie, afigura-se exagerado afirmar, como quer a impetração, que, na PEC 33-I, a redação proposta para o art. 40 CF tenda a abolir **"a forma federativa de Estado**".*
>
> *Reza a redação proposta:*
>
> *"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."*
>
> *E seguem-se quase duas dezenas de parágrafos, estabelecendo uma série de normas sobre aposentadorias e pensões dos servidores públicos.*
>
> *A rigor, nela, pouco inovam, sob a perspectiva da Federação, a explicitação de que aos servidores efetivos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, "**é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservam o equilíbrio financeiro e atuarial**", assim como as normas relativas às respectivas aposentadorias e pensões, objeto dos seus numerosos parágrafos: afinal, toda a disciplina constitucional originária do regime dos servidores públicos — inclusive a do seu regime previdenciário — já abrangia os três níveis da organização federativa, impondo-se à observância de todas as unidades federadas, ainda quando — com base no art. 149. parág. único — que a proposta não altera — organizem sistema previdenciário próprio para os seus servidores ..."*

A observação tem pertinência à impugnação ora deduzida especificamente contra o § 13 da EC 20/98, a teor da qual, recorda-se,

"Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social."

Sem pôr em questão que efetivamente no contexto da Emenda, o preceito se aplica a Estados-membros e Municípios, pretende o Requerente que, por isso, é ele incompatível com "*a forma federativa de Estado*". E para sustentá-lo, afora o princípio geral da autonomia dos entes federados, proclamado no art. 18, volta-se a invocar aqui o mesmo parágrafo único do art. 149, que faculta aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios "*instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social*".

Mas a autonomia das unidades parciais da Federação, que o art. 18 CF assegura, mais que sabidamente está adstrita, como é próprio da forma federativa de Estado, à observância dos princípios da Constituição total do Estado Federal (arts. 25, 29 e 32), assim como as regras que nela se imponham à observação não apenas da União, mas também dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Restaria a norma específica do art. 149, parág. único, da Constituição.

Esse, porém, à primeira vista, só daria maior densidade à argüição na medida em que dele se pudesse extrair, sob o texto constitucional originário, a autonomia irrestrita dos Estados e demais entidades da federação para a organização do regime previdenciário de todos os seus servidores.

Mas como ficou assinalado no MS 23047, antes referido, essa autonomia plena já não existia, pois, no texto constitucional de 1988, como resulta das normas básicas dos arts. 37 e 39, toda a disciplina constitucional originária do regime dos servidores públicos — inclusive a do seu regime previdenciário — já abrangia os três níveis da organização federativa e se impunham à observância de todas as unidades federadas, incluídas as que tivessem sistema previdenciário próprio para os seus servidores.

Certo, no sistema primitivo da Constituição, os sistemas previdenciários estaduais — com base no mesmo art. 149, parág. único — já poderiam ser organizados em bases contributivas, inclusive no tocante à aposentadoria, que, no entanto, era gratuita para o servidor público federal: a EC 3/93, entretanto, também a este impôs contribuir para o custeio de sua inatividade.

Por outro lado, também no que diz especificadamente com a "a*posentadoria em cargos ou empregos temporários",* o primitivo art. 40, § 2º, da Constituição já previra a sua disciplina por lei, embora nada lhe impusesse ao conteúdo.

Mas, o tema é previdenciário e, por sua natureza, comporta norma geral de âmbito de validade, que à União se facultava editar, sem prejuízo da legislação estadual suplementar ou plena, na falta de lei federal.

Observei, por isso, na ADInMC 455, 25.4.91, RTJ 136/508 — a propósito de legislação estadual sobre aposentadoria parlamentar, que é espécie do gênero considerado — que "*visualizado (...) sob o prisma da aposentadoria previdenciária (...) o problema toca no da competência estadual concorrente para legislar sobre previdência social (CF, art. 24, XII), que, argumente-se, seria plena, à falta de normas gerais da União (art. 24, § 3º).*

Certo, agora, antecipando-se à lei, o questionado § 13 do art. 40, incluído pela EC 20/98, já impõe para os ocupantes de cargos temporários ou de empregos públicos o regime geral de previdência social.

Mas, se já o podia ter feito a lei federal, com base, com base nos preceitos recordados do texto constitucional originário — arts. 24, XII e § 1º, e 40, § 2º — obviamente não afeta ou, menos ainda, tende a abolir a autonomia dos Estados-membros que assim agora tenha prescrito diretamente a norma constitucional sobrevinda.

Pretende-se mais que a regra de emenda — no que impõe às unidades federadas a correspondente contribuição para o custeio, segundo o regime geral, da previdência social dois servidores e empregados públicos por ela abrangidos —, ofenderia outro princípio básico da Federação, o da imunidade tributária recíproca dos entes estatais que a integram.

Certo, o argumento serviu de base, na ADInMC 926 (Sanches, 1º.9.93, RTJ 152/85), para a suspensão cautelar da regra que fazia incidir sobre Estados e Municípios o **IPMF**: cuidava-se, porém, de imposto, em relação aos quais inequívoca a aplicabilidade do princípio da imunidade recíproca.

Ainda que se possa entendê-lo aplicável também a outras exações tributárias de natureza similar, à primeira vista, não parece ser o caso da contribuição estatal à previdência social de servidores e empregados públicos.

Por isso, aliás, antes do período — agora findo com a EC 19/98 — do regime jurídico único, jamais se contestou a validez da submissão ao sistema geral de previdência social dos empregados públicos contratados sob a **CLT** e da conseqüente incidência da contribuição patronal sobre os entes estatais empregadores.

Finalmente, insurge-se a presente argüição contra a auto-aplicabilidade do § 13 discutido, cuja eficácia estaria pendente de lei que disciplinasse a contribuição estatal no regime geral de previdência dos segurados nele compreendidos: é questão, logo se percebe, estranha à da constitucionalidade do preceito e, por isso, exorbitante do âmbito próprio da ação direta.

De tudo, indefiro a medida cautelar: é o meu voto.

❖ ❖ ❖

LEI COMPLEMENTAR Nº 95, DE 26 DE FEVEREIRO DE 1998

Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e seu sanciono a seguinte Lei Complementar:

CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º A elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis obedecerão ao disposto nesta Lei Complementar.

Parágrafo único. As disposições desta Lei Complementar aplicam-se, ainda, às medidas provisórias e demais atos normativos referidos no art. 59 da Constituição Federal, bem como, no que couber, aos decretos e aos demais atos de regulamentação expedidos por órgãos do Poder Executivo.

Art. 2º (VETADO)

§ 1º (VETADO)

§ 2º Na numeração das leis serão observados, ainda, os seguintes critérios:

I — as emendas à Constituição Federal terão sua numeração iniciada a partir da promulgação da Constituição;

II — as leis complementares, as leis ordinárias e as leis delegadas terão numeração seqüencial em continuidade às séries iniciadas em 1946.

CAPÍTULO II
DAS TÉCNICAS DE ELABORAÇÃO, REDAÇÃO E ALTERAÇÃO DAS LEIS

SEÇÃO I
DAS ESTRUTURAÇÃO DAS LEIS

Art. 3º A lei será estruturada em três partes básicas:

I — parte preliminar, compreendendo a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas;

II — parte normativa, compreendendo o texto das normas de conteúdo substantivo relacionadas com a matéria regulada;

III — parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação quando couber.

Art. 4º A epígrafe, grafada em caracteres maiúsculos, propiciará identificação numérica singular à lei e será formada pelo título designativo da espécie normativa, pelo número respectivo e pelo ano de promulgação.

Art. 5º A ementa será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei.

Art. 6º O preâmbulo indicará o órgão ou instituição competente para a prática do ato e sua base legal.

Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes príncipios:

I — executadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;

II — a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;

III — o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específica quanto o possibilite o conhecimento técnico ou cientifico da área respectiva;

IV — o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subseqüente de destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa.

Art. 8º A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" para as leis de pequena repercussão.

Art. 9º Quando necessária a cláusula de revogação, esta deverá indicar expressamente as leis ou disposições legais revogadas.

SEÇÃO II
DA ARTICULAÇÃO E DA REDAÇÃO DAS LEIS

Art. 10. Os textos legais serão articulados com observância dos seguintes princípios:

I — a unidade básica de articulação será o artigo, indicado pela abreviatura "Art.", seguida de numeração ordinal até o nono e cardinal a partir deste;

II — os artigos desdobrar-se-ão em parágrafos ou em incisos; os parágrafos em incisos, os incisos em alíneas e as alíneas em itens;

III — os parágrafos serão representados pelo sinal gráfico "§", seguido de numeração ordinal até o nono e cardinal a partir deste, utilizando-se, quando existente apenas um, a expressão "parágrafo único" por extenso;

IV — os incisos serão representados por algarismos romanos, as alíneas por letras minúsculas e os itens por algarismos arábicos;

V — o agrupamento de artigos poderá constituir Subseções; o de Subseções, a Seção; o de Seções, o Capítulo; o de Capítulos, o Título; o de Títulos, o Livro e o de Livros, a Parte;

VI — os Capítulos, Títulos, Livros e Partes serão grafados em letras maiúsculas e identificados por algarismos romanos, podendo estas últimas desdobrar-se em Parte Geral e Parte Especial ou ser subdivididas em partes expressas em numeral ordinal, por extenso;

VII — as Subseções e Seções serão identificadas em algarismos romanos, grafadas em letras minúsculas e postas em negrito ou caracteres que as coloquem em realce;

VIII — a composição prevista no inciso V poderá também compreender agrupamentos em Disposições Preliminares, Gerais, Finais ou Transitórias, conforme necessário.

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I — para obtenção de clareza:

a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;

b) usar frases curtas e concisas;

c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis;

d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;

e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico;

II — para a obtenção de precisão:

a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma;

b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico;

c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto;

d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais;

e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado;

f) grafar por extenso quaisquer referências feitas, no texto, a números e percentuais;

III — para a obtenção de ordem lógica:

a) reunir sob as categorias de agregação — subseção, seção, capítulo, título e livro — apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei;

b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio;

c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;

d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.

SEÇÃO III
DA ALTERAÇÃO DAS LEIS

Art. 12. A alteração da lei será feita:

I — mediante reprodução integral em novo texto, quando se tratar de alteração considerável;

II — na hipótese de revogação;

III — nos demais casos, por meio de substituição, no próprio texto, do dispositivo alterado, ou acréscimo de dispositivo novo, observadas as seguintes regras:

a) não poderá ser modificada a numeração dos dispositivos alterados;

b) no acréscimo de dispositivos novos entre preceitos legais em vigor, é vedada, mesmo quando recomendável, qualquer renumeração, devendo ser utilizado o mesmo número do dispositivo imediatamente anterior, seguido de letras maiúsculas, em ordem alfabética, tantas quantas forem suficientes para identificar os acréscimos;

c) é vedado o aproveitamento do número de dispositivo revogado, devendo a lei alterada manter essa indicação, seguida da expressão "revogado";

d) o dispositivo que sofrer modificação de redação deverá ser identificado, ao seu final, com as letras NR maiúsculas, entre parênteses.

CAPÍTULO III
DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS E OUTROS ATOS NORMATIVOS

SEÇÃO I
DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS

Art. 13. As leis federais serão reunidas em codificações e em coletâneas integradas por volumes contendo matérias conexas ou afins, constituindo em seu todo, juntamente com a Constituição Federal, a Consolidação das Leis Federais Brasileiras.

Art. 14. Ressalvada a legislação codificada e já consolidada, todas as leis e decretos-leis de conteúdo normativo e de alcance geral em vigor serão reunidos em coletâneas organizadas na forma do artigo anterior, observados os prazos e procedimentos a seguir:

I — os órgãos diretamente subordinados à Presidência da República e os Ministérios, no prazo de cento e oitenta dias, contado da vigência desta Lei Complementar, procederão ao exame, triagem e seleção das leis complementares, delegadas, ordinárias e decretos-leis relacionados com as respectivas áreas de competência, agrupando e consolidando os textos que tratem da mesma matéria ou de assuntos vinculados por afinidade, pertinência ou conexão, com indicação precisa dos diplomas legais ou preceitos expressa ou implicitamente revogados;

II — no prazo de noventa dias, contando da vigência desta Lei Complementar, as entidades da administração indireta adotarão, quanto aos diplomas legais relacionados com a sua competência, as mesmas providências determinadas no

inciso anterior, remetendo os respectivos textos ao Ministério a que estão vinculadas, que os revisará e remeterá, juntamente com os seus, à Presidência da República, para encaminhamento ao Congresso Nacional nos sessenta dias subseqüentes ao encerramento do prazo estabelecido no inciso I;

III — a Mesa do Congresso Nacional adotará todas as medidas necessárias para, no prazo máximo de cento e oitenta dias a contar do recebimento dos textos de que tratam os incisos I e II, ser efetuada a primeira publicação da Consolidação das Leis Federais Brasileiras.

Art. 15. Na primeira sessão legislativa de cada legislatura, a Mesa do Congresso Nacional promoverá a atualização da Consolidação das Leis Federais Brasileiras, incorporando às coletâneas que a integram as emendas constitucionais, leis, decretos legislativos e resoluções promulgadas durante a legislatura imediatamente anterior, ordenados e indexados sistematicamente.

SEÇÃO II
DA CONSOLIDAÇÃO DE OUTROS ATOS NORMATIVOS

Art. 16. Os órgãos diretamente subordinados à Presidência da República e os Ministérios, assim como as entidades da administração indireta, adotarão, em prazo estabelecido em decreto, as providências necessárias para, observado, no que couber, o procedimento a que se refere o art. 14, ser efetuada a triagem, o exame e a consolidação dos decretos de conteúdo normativo e geral e demais atos normativos inferiores em vigor, vinculados às respectivas áreas de competência, remetendo os textos consolidados à Presidência da República, que os examinará e reunirá em coletâneas, para posterior publicação.

Art. 17. O Poder Executivo, até cento e oitenta dias do início do primeiro ano do mandato presidencial, promoverá a atualização das coletâneas a que se refere o artigo anterior, incorporando aos textos que as integram os decretos e os atos de conteúdo normativo e geral editados no último quadriênio.

CAPÍTULO IV
DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 18. Eventual inexatidão formal de norma elaborada, mediante processo legislativo regular, não constitui escusa válida para o seu descumprimento.

Art. 19. Esta Lei Complementar entra em vigor no prazo de noventa dias, a partir da data de sua publicação.

Brasília, 26 de fevereiro de 1998; 177º da Independência e 110º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Iris Rezende

(DOU 27.02.98)

❖ ❖ ❖

Decreto nº 2.954 de 29 de janeiro de 1999
(D.O. nº 21, de 1º-2-1999, p. 7)

Estabelece regras para a redação de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, e

Considerando a necessidade do controle de juridicidade e legitimidade dos atos normativos, assim como a uniformização dos atos e procedimentos administrativos, DECRETA:

CAPÍTULO I
DA ELABORAÇÃO DOS ATOS NORMATIVOS

Âmbito de Aplicação

Art. 1º Os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal observarão as normas e diretrizes constantes deste Decreto e as do Manual de Redação da Presidência da República na elaboração dos seguintes atos a serem encaminhados à Casa Civil da Presidência da República, e, no que couber, aos demais atos de regulamentação expedidos por órgãos do Poder Executivo:

I — exposições de motivos dirigidas ao Presidente da República;

II — proposições de natureza legislativa, iniciadas no âmbito do Poder Executivo e sujeitas à assinatura do Presidente da República, tais como os projetos de lei e medidas provisórias;

III — decretos.

Seção I
Das Regras Básicas de Elaboração

Competência para Propostas

Art. 2º Incumbe aos Ministérios, às Secretarias da Presidência da República e aos demais órgãos da estrutura da Presidência da República propor a elaboração de atos normativos, observadas as suas respectivas competências.

§ 1º Para apresentação de uma proposta legislativa, deverá o autor certificar-se de que a proposição se afigura como a única forma de resolver ou superar o problema.

§ 2º A proposta deverá explicitar as normas que poderão ser afetadas ou revogadas pela proposição.

Plano Legislativo

Art. 3º Cada Ministério, até o final do mês de fevereiro, deve apresentar à Casa Civil da Presidência da República um plano legislativo orgânico dos atos normativos que considera necessário editar ou encaminhar durante o ano.

Parágrafo único. Esse plano deve incluir as leis de vigência temporária que necessitam prorrogação.

Autorização Legislativa

Art. 4º Os projetos de lei não conterão autorizações legislativas puras ou incondicionadas.

Regulamentação de Lei

Art. 5º As proposições regulamentares estabelecerão as condições para a aplicação da lei, não podendo conter matéria estranha ao ato legislativo a ser regulamentado.

Leis Extravagantes e Matérias Diversas na mesma Lei

Art. 6º Os projetos de atos normativos não poderão conter matéria estranha ao seu objeto principal ou a ele não vinculado por afinidade, pertinência ou conexão, enunciado na respectiva ementa.

§ 1º O mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de um ato normativo, salvo quando o subsequente alterar o preexistente, vinculando-se a este por remissão expressa ou consolidando os anteriores.

§ 2º Evitar-se-á a edição de leis novas de caráter independente, optando-se por dar preferência à inserção de comandos novos nas leis já existentes.

Aferição de Resultados

Art. 7º Os projetos de lei que disciplinem matérias técnicas ou tecnológicas complexas devem prever forma de aferição de resultados, tendo em vista a necessária adequação do direito positivo às novas situações, ao desenvolvimento tecnológico, ou ao desenvolvimento das relações fáticas e jurídicas.

Parágrafo único. Dos projetos de lei que reclamarem avaliação sistemática de resultados, deverá constar cláusula relativa à elaboração de “relatórios de experiência” a serem encaminhados periodicamente a órgão dos Poderes Executivo ou Legislativo.

Alteração de Regime

Art. 8º Os projetos de lei que alterem sistema ou regime jurídico conterão cláusulas que assegurem a transição de um para outro regime, em respeito ao princípio da segurança jurídica.

Normas Penais

Art. 9º Os projetos de lei que contenham normas penais deverão:

I — compatibilizar as penas previstas, com outras figuras penais existentes no ordenamento jurídico, de modo a evitar a desproporção entre os bens jurídicos protegidos e as penas aplicadas para delitos diversos ou semelhantes;

II — evitar as formulações abertas (tipo penal em branco), bem como aquelas que permitam uma aplicação estritamente subjetiva da norma;

III — explicitar as situações que poderão ser afetadas pela edição da norma, identificando os efeitos que ela há de produzir no sistema jurídico-penal vigente (abolição de crime, lei mais benéfica, lei agravadora da pena);

IV — conter ressalva expressa de aplicação das normas penais criadas somente aos fatos ocorridos após sua entrada em vigor.

Normas Tributárias

Art. 10. Na elaboração de normas que instituam tributos, deverá o proponente certificar-se de que os princípios da anterioridade e da legalidade estão sendo devida e rigorosamente observados.

§ 1º O projeto de lei ou medida provisória que institua contribuição social, deverá conter disposição expressa prevendo sua cobrança apenas após noventa dias, a contar de sua publicação.

§ 2º O projeto de lei ou medida provisória que institua taxa deverá estabelecer valor que guarde proporção com o serviço público prestado.

Normas Processuais

Art. 11. Os projetos de lei que impliquem alteração de normas processuais não deverão causar prejuízos à defesa judicial da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, suas autarquias e fundações públicas.

Parágrafo único. Em relação aos projetos de lei mencionados no *caput*, deverá ser ouvida a Advocacia-Geral da União e, eventualmente, as Procuradorias-Gerais dos Estados.

Remissões

Art. 12. Nos atos normativos, devem ser evitadas as remissões numéricas a dispositivos de outras normas legais, dando-se preferência à explicitação mínima de seu conteúdo, de forma a dispensar consulta a dispositivos não integrantes da própria norma.

Vigência e Contagem de Prazo

Art. 13. A vigência do ato deverá ser indicado de forma expressa, sendo regra geral a entrada em vigor na data da publicação, reservando-se atos de maior repercussão a fixação de período de vacância, de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento.

Parágrafo único. A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabelecerem período de vacância se fará incluindo no prazo a data da publicação e o último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à consumação integral do período de vacância.

Cláusula de Revogação

Art. 14. A cláusula de revogação, quando necessária, deverá conter, expressamente, todas as disposições revogadas a partir da vigência do novo ato.

Consulta Pública

Art. 15. Na hipótese de elaboração de projetos de atos normativos de especial significado político ou social, poderá ser dada ampla divulgação ao texto básico, inclusive tornando disponível seu texto por via da “Internet”, ou realizando audiência pública, com o objetivo de receber sugestões por parte de órgãos, entidades ou pessoas a quem a medida se destina ou interessa.

Parágrafo único. Em nenhuma hipótese proceder-se-á à divulgação dos projetos de que trata este artigo sem o prévio conhecimento da Casa Civil da Presidência da República.

Seção II
Da Numeração dos Atos Legais e Regulamentares

Numeração de Leis

Art. 16. As leis complementares, as leis ordinárias e as leis delegadas terão numeração seqüencial em continuidade às séries iniciadas em 1946.

Numeração de Medidas Provisórias

Art. 17. As medidas provisórias terão numeração seqüencial em continuidade às séries iniciadas em 1988.

§ 1º Na reedição de medidas provisórias, serão mantidos os números originários a elas atribuídos, acrescidos do número correspondente à reedição, separado por hífen.

§ 2º Em se tratando de revogação, com reprodução, parcial ou integral de texto de medida provisória anterior, atribuir-se-á novo número ao ato normativo, acrescido do número correspondente de reiterações.

§ 3º Será atribuído número novo ao primeiro texto de medida provisória em edição.

Numeração de Decretos

Art. 18. Somente serão numerados os decretos que contenham regras jurídicas de caráter normativo geral e abstrato, em continuidade à seqüência iniciada em 1990.

§ 1º Os decretos relativos a abertura de crédito, declaração de utilidade pública, reforma agrária, doação e aceitação de imóvel, luto oficial, concessão de rádio e televisão, criação de embaixadas e consulados, declaração de calamidade pública, e todos aqueles relativos a situações particulares e casuais, não serão numerados, mas apenas ementados, de forma a permitir a identificação do ato pela ementa e data de promulgação.

§ 2º Os decretos pessoais e os relativos a provimento ou vacância de cargo público não serão numerados nem conterão ementa.

Seção III
Da Articulação e da Técnica Redacional

Articulação

Art. 19. Os textos dos atos de que trata este Decreto deverão ser elaborados com observância aos seguintes princípios:

I — a unidade básica de articulação será o artigo, designado pela forma abreviada "Art.", seguido de algarismo arábico e do símbolo de número ordinal "º" até o de número 9, inclusive ("Art. 1º", "Art. 2º" etc.); a partir do de número 10, segue-se o algarismo arábico correspondente, seguido de ponto ("Art. 10.", "Art. 11." etc.);

II — caso necessário o acréscimo de dispositivos ao texto, conservarão estes a forma do inciso anterior, seguidos de letras maiúsculas, observando-se os seguintes exemplos: "Art. 1º-A.", "Art. 15-B., "Seção I-A", "Capítulo II-B";

III — a inserção de unidades inferiores ao artigo (parágrafos, incisos, alíneas ou itens) numa seqüência já existente não deverá ser feita na forma do inciso anterior, mas com remuneração da seqüência, se não convier colocar a nova unidade no final da seqüência;

IV — a indicação de artigo será separada do texto por um espaço em branco, sem traços ou outros sinais;

V — o texto de um artigo inicia-se por letra maiúscula e termina por ponto, salvo nos casos em que contiver incisos, quando se encerra por dois-pontos;

VI — os incisos dos artigos e dos parágrafos devem ser designados por algarismos romanos seguidos de hífen, e iniciados por letra minúscula, a menos que a primeira palavra seja nome próprio; ao final, serão pontuados com ponto-e-vírgula, exceto o último, que se encerra em ponto, e aquele que contiver desdobramento em alíneas, que se encerra por dois-pontos;

VII — nas seqüências de incisos, alíneas ou itens, o penúltimo elemento será pontuado com ponto-e-vírgula seguido da conjunção "e", quando de caráter cumulativo, ou da conjunção "ou", se a seqüência for disjuntiva;

VIII — o parágrafo único de artigo deve ser designado pela expressão "Parágrafo único", seguida de ponto;

IX — quando um artigo contiver mais de um parágrafo, estes serão designados pelo símbolo "§", seguido do algarismo arábico correspondente e do símbolo de número ordinal "º" até o nono parágrafo, inclusive ("§ 1º"; "§ 2º" etc.); a partir do de número 10, a designação deve ser feita pelo símbolo "§ " seguido do algarismo arábico correspondente e de ponto ("§ 10."; "§ 11." etc.);

X — o texto dos parágrafos inicia-se com letra maiúscula e encerra-se com ponto, exceto se for desdobrado em incisos, quando se encerra por dois-pontos;

XI — os incisos desdobram-se em alíneas, que deverão ser grafadas com a letra minúscula correspondente, seguida de parêntese: "a)", "b)" etc.;

XII — as alíneas desdobram-se em itens, que deverão ser grafados por algarismos arábicos seguidos de ponto ("1.", "2." etc.);

XIII — o texto dos itens inicia-se por letra minúscula e termina em ponto-e-vírgula, salvo o último, que se encerra por ponto;

XIV — em remissões a outros artigos do texto normativo, deve-se empregar a forma abreviada "art." seguida do número correspondente ("o art. 8º", "no art. 15" etc); quando o número for substituído por um adjetivo ("anterior", "seguinte" etc.), a palavra artigo deverá ser grafada por extenso ("no artigo anterior", "no artigo seguinte");

XV — devem ser grafadas por extenso quaisquer referências, feitas no texto, a números e percentuais (trinta; dez; vinte e cinco; duzentos e trinta e cinco; zero vírgula zero duzentos e trinta e quatro por cento; dois vírgula quinze por cento etc.), exceto nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto;

XVI — valores monetários devem ser expressos em algarismos arábicos, seguidos da indicação, por extenso, entre parênteses: R$ 3.800,00 (três mil e oitocentos reais);

XVII — as datas devem ser grafadas por extenso, sem o numeral zero à esquerda: “4 de março de 1998”, e não “04 de março de 1998”;

XVIII — na primeira remissão a texto legal após a ordem de execução e nas citações em cláusulas revogatórias, a data do ato normativo deve ser grafada por extenso: Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; nas demais remissões, a citação deve ser feita de forma reduzida: Lei 8.112, de 1990;

XIX — ao contrário do número das leis, a indicação do ano não deve conter ponto entre a casa do milhar e a da centena: 1998, 1999, 2000, e não 1.998, 1.999, 2.000;

XX — para melhor localização e identificação dos dispositivos da lei, poderá ser adotada a especificação temática do conteúdo de um artigo ou grupo de artigos, mediante título que precede os dispositivos, grafado em letras minúsculas postas em negrito, justificado à esquerda, sem numeração (como adotado no presente Decreto);

XXI — o agrupamento de artigos poderá constituir Subseções, o de Subseções, a Seção, o de Seções, o Capítulo, o de Capítulos, o Título, o de Títulos, o Livro e o de Livros, a Parte;

XXII — os Capítulos, os Títulos, os Livros e as Partes serão grafados em letras maiúsculas e identificados por algarismos romanos, podendo estas últimas desdobrar-se em Parte Geral e Parte Especial ou ser subdivididas em partes expressas em numeral ordinal, por extenso;

XXIII — as Subseções e Seções serão identificadas em algarismos romanos, grafadas em letras minúsculas e postas em negrito;

XXIV — deve-se usar um espaço simples entre capítulos, seções, artigos, parágrafos, incisos, alíneas e itens;

XXV — o texto deverá ter dezoito centímetros de largura, ser digitado em “Times New Roman corpo 12” em papel de tamanho “A-4” (vinte e nove vírgula quatro por vinte e um centímetros), tendo a margem esquerda dois centímetros, e a direita, um centímetro;

XXVI — a epígrafe deverá ser grafada em caixa alta, sem negrito, de forma centralizada, propiciando identificação numérica singular ao ato, e formada pelo título designativo da espécie normativa e pela data de promulgação; e

XXVII — a ementa, alinhada à direita, com nove centímetros, deverá ser grafada de forma concisa, a fim de permitir, de modo imediato, o conhecimento da matéria legislada, devendo guardar estreita correlação com a idéia central do texto, bem assim com o art. 1º do ato proposto.

Técnica Redacional

Art. 20. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I — para a obtenção de clareza:

a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;

b) usar frases curtas e concisas;

c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis;

d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente; e

e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico;

II — para a obtenção de precisão:

a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo do texto e a permitir que se evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma;

b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico;

c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto;

d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais; e

e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado;

III — para a obtenção de ordem lógica:

a) reunir sob as categorias de agregação — subseção, seção, capítulo, título e livro — apenas as disposições relacionadas com o objeto da norma;

b) restringir o conteúdo de cada artigo a um único assunto ou princípio; e

c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida.

Seção IV
Da Alteração ou Retificação dos Atos Normativos

Formas de Alteração

Art. 21. As propostas de alteração de lei ou decreto deverão ser feitas:

I — mediante reprodução integral num só texto, quando se tratar de alteração considerável;

II — nos demais casos, mediante substituição ou supressão, no próprio texto do dispositivo atingido, ou acréscimo de dispositivo novo, observadas as seguintes regras:

a) não poderá ser modificada a numeração de dispositivos alterados:

b) é vedada, mesmo quando recomendável, qualquer remuneração de artigos, subseções, seções, capítulos, títulos, livros ou partes de atos normativos em vigor, devendo ser utilizado o mesmo número do dispositivo imediatamente anterior, seguido de letras maiúsculas, em ordem alfabética, tantas quantas forem necessárias para identificar os acréscimos, observado, quanto à forma, o disposto no inciso II do art. 17;

c) é vedado o aproveitamento de número de dispositivo revogado;

d) os dispositivos revogados deverão manter essa indicação, seguida da expressão "revogado", nas publicações subsequentes do texto integral do ato normativo alterado;

e) o dispositivo que sofrer acréscimo ou modificação de redação deverá ser identificado, ao seu final, com as letras NR maiúsculas, entre parênteses.

Ementa de Alteração

Art. 22. Os atos com dispositivos modificadores de outras normas deverão conter ementa que identifique claramente a matéria alterada.

Republicação de Lei Alterada

Art. 23. Deverá ser inserido dispositivo final no projeto de lei que implique em alterações ou inserções significativas em lei existente, recomendando a republicação da lei alterada, incluindo as alterações feitas desde a publicação original.

Retificação

Art. 24. No caso de erro material que não afete a substância dos atos singulares de caráter pessoal (nomeação, promoção, transferência etc.), a correção deverá ser feita mediante apostila.

CAPÍTULO II
DA APRESENTAÇÃO E TRAMITAÇÃO DOS ATOS SUJEITOS A APRECIAÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Encaminhamento de Propostas

Art. 25. Os projetos de atos normativos, na sua elaboração, deverão observar a orientação constante do Anexo I a este Decreto, e serão encaminhados à Casa Civil da Presidência da República mediante exposição de motivos da autoridade proponente, à qual serão anexados:

I — as notas explicativas e justificativas da proposição, integrantes da exposição de motivos, em consonância com o Anexo II a este Decreto;

II — o projeto do ato normativo;

III — o parecer conclusivo da Consultoria Jurídica do Ministério ou do órgão de assessoramento jurídico da respectiva Secretaria da Presidência da República, quanto à constitucionalidade, à juridicidade da proposição, bem como sobre a forma do ato normativo proposto.

§ 1º Quando se tratar de ato proposto por mais de uma autoridade, deverá vir acompanhado dos pareceres a que se refere o inciso III, elaborados pelos órgãos de assessoramento jurídico de todas as autoridades proponentes.

§ 2º Os projetos que tratem de assunto envolvendo mais de um Ministério ou órgão da estrutura da Presidência da República deverão contar com a participação de cada um desses órgãos na sua elaboração.

§ 3º Quando os projetos demandarem despesas, deverá ser indicada a existência de prévia dotação orçamentária.

Exposições de Motivos

Art. 26. As exposições de motivos dos projetos de natureza legislativa, devidamente assinadas, e seus respectivos anexos, serão apresentadas em original, observados os parâmetros do Anexo II.

Parágrafo único. As exposições de motivos deverão explicitar a justificativa da edição do ato e estar de tal forma articuladas e fundamentadas que possam servir como defesa prévia contra qualquer possível argüição de inconstitucionalidade.

Referenda

Art. 27. Os projetos de natureza legislativa, encaminhados na forma do artigo anterior, deverão conter a referenda da autoridade proponente, exceto em se tratando de projeto de lei.

Análise de Mérito

Art. 28. Quanto ao mérito, oportunidade e viabilidade política das proposições, a Secretaria de Relações Institucionais e a Subchefia de Coordenação da Ação Governamental da Casa Civil da Presidência da República examinarão os projetos, cabendo a esta última a compatibilidade da matéria com as políticas e diretrizes estabelecidas pelas Câmaras do Conselho de Governo, articulando com os órgãos interessados os ajustes necessários.

Análise Jurídica

Art. 29. Quanto à juridicidade e constitucionalidade das proposições, a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República emitirá parecer final sobre a matéria.

Rejeição de Proposta

Art. 30. O ato normativo, objeto de parecer contrário quanto à juridicidade, constitucionalidade ou mérito, será devolvido à origem com a justificativa do não-seguimento da proposta.

Sanção e Veto de Projeto de Lei

Art. 31. Na apreciação de projetos de lei, enviados pelo Congresso Nacional ao Presidente da República para sanção, a Secretaria de Estado de Relações Institucionais da Presidência da República formulará pedido de informações aos Ministérios e aos demais órgãos da Administração Pública Federal, que julgar conveniente, para instruir o exame do projeto.

§ 1º Salvo determinação em contrário, os Ministérios e demais órgãos da Administração Pública Federal procederão, impreterivelmente, no prazo de dez dias, ao exame do pedido de informações de que trata este artigo.

§ 2º Quando necessário, a solicitação de informações ao Poder Judiciário e ao Ministério Público será feita por intermédio do Chefe da Casa Civil da Presidência da República, com indicação da data em que a proposta de sanção ou veto deverá ser apresentada ao Presidente da República.

§ 3º No caso de proposição de veto por inconstitucionalidade, está deverá ser flagrante e inequívoca.

CAPÍTULO III
DA APRECIAÇÃO DAS PROPOSTAS DE MEDIDAS PROVISÓRIAS

Condições para Edição de Medida Provisória

Art. 32. Somente serão apreciados pela Presidência da República projetos de medida provisória se caracterizado estado de necessidade legislativo decorrente de circunstância fática ou situação jurídica de difícil previsão.

§ 1º O estado de necessidade legislativo caracteriza-se pela exigência ou indispensabilidade de tomada de providência de índole legislativa com efeito imediato, sob pena de se verificarem prejuízos de ordem administrativa, econômica, social ou de segurança pública.

§ 2º Não serão disciplinadas por medidas provisórias matérias que possam ser aprovadas dentro dos prazos estabelecidos pelo procedimento legislativo de urgência previsto na Constituição.

§ 3º Caso se verifique retardo ou demora na apreciação de projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo, poderá o órgão competente, configurada a urgência, propor a edição de medida provisória também na hipótese do parágrafo anterior.

§ 4º O proponente deverá verificar se a proposta não esbarra na vedação constitucional de se editar medida provisória regulamentando artigo da Constituição Federal cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda constitucional promulgada a partir de 1995.

Encaminhamento de Proposta de Medida Provisória

Art. 33. Os projetos de medida provisória deverão observar, na sua elaboração, a orientação constante do Anexo I a este Decreto, e serão encaminhados à Casa Civil da Presidência da República mediante exposição de motivos da autoridade proponente, que deverá explicitar o estado de necessidade legislativo e a conveniência da edição da medida, observado o mesmo procedimento disposto no art. 25.

Propostas de Alteração de Medida Provisória

Art. 34. As propostas de alteração de medidas provisórias em vigor, sempre encaminhadas por intermédio de exposição de motivos, devem guardar relação de pertinência com texto vigente e objetivar a supressão de incompletudes, falhas ou incorreções que possam causar graves prejuízos à ordem administrativa, jurídica ou às finanças públicas.

Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, somente serão consideradas as propostas apresentadas à Casa Civil da Presidência da República, devidamente instruídas na forma dos itens 7 e 8 do Anexo II, até cinco dias úteis antes do término do prazo de vigência da medida que se pretende alterar.

Art. 35. Quando a medida provisória a ser alterada envolver matéria de competência de mais de um Ministério ou órgão da estrutura da Presidência da República, a exposição de motivos deverá vir assinada pelos titulares de todos os órgãos envolvidos.

CAPÍTULO IV
DA COMPETÊNCIA DA CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Cumprimento do presente Decreto

Art. 36. À Casa Civil da Presidência da República compete zelar pela fiel observância dos preceitos deste Decreto, podendo devolver aos órgãos de origem os atos em desacordo com suas normas.

Supervisão da Elaboração Normativa

Art. 37. A Casa Civil da Presidência da República supervisionará a elaboração de projetos de atos normativos de iniciativa do Poder Executivo, solicitando a participação dos órgãos competentes, nos casos de:

I — declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no tocante à iniciativa do Poder Executivo (CF, art. 103, § 2º);

II — deferimento de mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal, no tocante à iniciativa do Poder Executivo (CF, art. 102, I, "q").

Regulamentação de Leis

Art. 38. Na hipótese de regulamentação exigida por lei, a Casa Civil da Presidência da República fará gestões junto aos Ministérios e órgãos da estrutura da Presidência da República no sentido do cumprimento dessa prescrição.

Coordenação das Consolidações

Art. 39. À Casa Civil da Presidência da República, por intermédio da Subchefia para Assuntos Jurídicos, incumbe coordenar a consolidação de atos normativos no âmbito do Poder Executivo.

Republicação de Decretos

Art. 40. Fica autorizado o Chefe da Casa Civil da Presidência da República a ordenar a republicação de decretos:

I — que tenham sofrido sucessivas alterações de comandos normativos, de modo a facilitar o conhecimento de seu conteúdo integral;

II — regulamentadores de medidas provisórias que tenham sido convertidas em lei, de modo a atualizar as remissões e fundamentação.

CAPÍTULO V
DA CONSOLIDAÇÃO E REVISÃO DE ATOS NORMATIVOS

Comissões de Consolidação

Art. 41. Será constituída, no âmbito da Consultoria Jurídica de cada Ministério, Comissão de Consolidação e Revisão de Atos Normativos, com a finalidade de proceder ao levantamento da legislação pertinente à sua esfera de atuação, bem como dos atos normativos infralegais editados pelo próprio Ministério, visando à compactação de textos e à limpeza periódica do sistema, pela retirada de normas repetitivas, não revogadas expressamente ou consideradas inconstitucionais ou ilegais.

Parágrafo único. A Comissão de Consolidação do Ministério da Justiça, além das matérias que lhe são diretamente afetas, tem competência residual para todas as matérias legais não incluídas na esfera específica de algum ministério.

Comissões de Especialistas

Art. 42. Poderá ser constituída comissão de especialistas, escolhidos dentre juristas de notável conhecimento sobre determinada matéria, para elaborar projetos de consolidação em matérias que exijam maior nível de especialização.

Comissões Mistas e Matérias

Art. 43. Para a consolidação de leis que estejam na esfera de atuação de mais de um Ministério, a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República definirá a competência para a realização do trabalho de consolidação ou a constituição de grupo de trabalho misto, podendo ser desmembrada a lei de uso interministerial, para aglutinação em diferentes matrizes de consolidação, conforme a matéria específica a ser tratada.

Matrizes de Consolidação

Art. 44. Considera-se matriz de consolidação a lei geral básica, em torno da qual outros diplomas legais de caráter extravagante serão aglutinados.

§ 1º Os dispositivos de caráter penal ou que tratem de isenções tributárias em leis que versem sobre matérias diversas serão consolidados em matrizes penais ou tributárias.

§ 2º Não poderão ser consolidadas numa mesma matriz leis ordinárias e leis complementares, dada a diversidade de quorum de aprovação.

Tratamento de Medidas Provisórias

Art. 45. Não serão incluídas nos textos consolidados das leis as medidas provisórias ainda não convertidas em lei, constando apenas remissão a seus comandos na justificação da consolidação.

Parágrafo único. A consolidação de medidas provisórias se fará mediante aglutinação em torno a núcleos temáticos quando de sua reedição, de tal forma que para cada matéria (trabalhista, previdenciária, tributária, administrativa, penal etc.) haja uma única medida provisória e que cada medida provisória contenha somente normas dessa matéria.

Alterações Admitidas nas Consolidações de Leis

Art. 46. Os textos de consolidação de leis, a serem enviados para apreciação do Congresso Nacional, não poderão importar em alteração do mérito do conteúdo normativo dos dispositivos consolidados, admitindo-se, tão-somente, reordenações e simplificações ínsitas a todo e qualquer processo consolidatório, do seguinte teor:

I — introdução de eventuais novas divisões do texto legal-base;

II — diferente colocação e numeração dos artigos consolidados;

III — fusão de dispositivos repetitivos ou de valor normativo idêntico;

IV — atualização na denominação de órgãos;

V — atualização do valor de multas e penas pecuniárias, com base em indexador padrão, ou aquele pela lei estipulado;

VI — atualização de termos antiquados e modos de escrita ultrapassados;

VII — garantia da homogeneidade terminológica do texto;

VIII — eliminação de ambigüidades decorrentes do mau uso do vernáculo;

IX — eliminação de dispositivos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal;

X — eliminação de dispositivos não recepcionados pela Constituição Federal em vigor;

XI — declaração expressa de revogação de dispositivos implicitamente revogados por leis posteriores; e

XII — declaração expressa de revogação de dispositivos de leis temporárias cuja vigência tenha expirado.

§ 1º Os dispositivos de leis temporárias cuja vigência ainda não se tenha expirado deverão ser incluídos na parte de disposições transitórias das matrizes de consolidação.

§ 2º As leis revogadas implicitamente em todo o seu conteúdo deverão ser declaradas expressamente revogadas na matriz de consolidação da matéria que lhes for conexa.

§ 3º Se alguma Comissão de Consolidação constatar a necessidade de alteração de mérito na legislação vigente, deverá propor o encaminhamento de projeto de lei específico e independente do projeto de consolidação.

Encaminhamento dos Projetos de Lei de Consolidação

Art. 47. As Comissões de Consolidação dos Ministérios deverão realizar os trabalhos de consolidação de acordo com os parâmetros, prazos e apresentação gráfica definidos pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, encaminhando para esse órgão os trabalhos elaborados, para revisão final.

Fundamentação dos Projetos de Consolidação

Art. 48. Os textos consolidados deverão trazer, em anexo, a fundamentação de qualquer supressão ou alteração textual dos atos normativos originais, esclarecendo o motivo pelo qual a mesma se justifica e não importa em mudança de mérito no ordenamento jurídico vigente.

Art. 49. A justificação básica das alterações deverá indicar:

I — o dispositivo da lei posterior que revogou expressamente lei anterior;

II — o dispositivo da lei posterior que estaria em conflito com lei anterior, revogando-a implicitamente;

III — o dispositivo da Constituição Federal atual que estaria em conflito com lei anterior, não a recepcionando;

IV — a decisão do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade que declarou inconstitucional o dispositivo de lei não incluído na consolidação.

Solução de Controvérsias pela Advocacia-Geral da União

Art. 50. As controvérsias existentes sobre a constitucionalidade ou revogação tácita de dispositivos legais que sejam objeto de consolidação serão submetidas à Advocacia-Geral da União.

Consolidação de Decretos

Art. 51. A consolidação de decretos adotará os mesmos critérios do art. 46, não importando em alteração de mérito dos decretos consolidados.

Parágrafo único. Anualmente, até o final do mês de março, a Casa Civil fará publicar na imprensa oficial a relação dos decretos em vigor, uma vez feita a consolidação e revogação dos decretos incluídos na consolidação ou que perderam sua vigência.

CAPÍTULO VI
DISPOSIÇÕES GERAIS E FINAIS

Constituição de Comissões dependentes da Presidência da República

Art. 52. A constituição de delegações, comissões, comitês ou grupos de trabalho, que dependa de autorização ou aprovação do Presidente da República, far-se-á mediante exposição de motivos, dispensada a edição de decreto, exceto nos casos em que a constituição tenha sido determinada por lei ou por despacho do Presidente da República.

§ 1º A exposição de motivos, devidamente fundamentada e instruída com os anexos, indicará a autoridade encarregada de presidir ou de coordenar os trabalhos do colegiado, a sua composição e, quando for o caso, os membros, o órgão encarregado de prestar apoio administrativo dos serviços, a autoridade encarregada de estabelecer o regimento interno ou as normas de funcionamento, bem como o custeio das despesas, se for o caso, e o prazo de duração dos trabalhos.

§ 2º Findo o prazo para conclusão dos trabalhos, deverá ser apresentado à Casa Civil da Presidência da República ou à Câmara do Conselho de Governo, de que trata o § 4º, relatório circunstanciado das atividades desenvolvidas.

§ 3º Quando a constituição desses colegiados se der por decreto, este não será numerado e conterá as indicações referidas no § 1º.

§ 4º Os grupos de trabalho, comissões e comitês serão vinculados a uma Câmara do Conselho de Governo sempre que tiverem por finalidade a elaboração de proposta de diretrizes e políticas públicas, ou ação integrada de órgãos do governo.

§ 5º Fica vedada a divulgação, pelos integrantes dos colegiados instituídos na forma deste artigo, das discussões em curso ou dos resultados finais dos trabalhos, sem prévia anuência das autoridades que propuseram a sua constituição.

Comissões para Elaboração de Anteprojetos de Lei

Art. 53. Poderão ser instituídas pelos Ministérios comissões de especialistas para elaboração de anteprojetos de atos normativos, cujos resultados poderão ser acolhidos no todo ou em parte pela autoridade que as constituiu, sujeitos a alterações que esta venha a introduzir, aplicando-se às comissões o disposto no § 5º do artigo anterior.

Consulta Pública e Encaminhamento dos Projetos de Consolidação

Art. 54. Ficam disponibilizadas, para consulta pública via “Internet” a partir da publicação do presente Decreto, as matrizes de consolidação de leis federais que tenham sido concluídas em atendimento ao disposto no art. 14 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, para receberem sugestões no prazo de trinta dias.

§ 1º Findo o prazo, de que trata o caput, a Presidência da República, após análise das sugestões, deverá remeter ao Congresso Nacional, no prazo de trinta dias, a versão final dos projetos de consolidação submetidos a consulta pública.

§ 2º A cada quinze dias, a contar da publicação do presente Decreto, deverá ser disponibilizado novo grupo de matrizes de consolidação para consulta pública, até a conclusão integral do trabalho de consolidação da legislação federal no que concerne à parte do Poder Executivo.

Divulgação de Projetos

Art. 55. Caberá à Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República a divulgação, através da "Internet", dos textos das medidas provisórias em vigor, bem como da legislação básica e projetos de consolidação elaborados.

Art. 56. Caberá à Secretaria de Estado de Relações Institucionais da Presidência da República a divulgação, através da "Internet", dos projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo em tramitação no Congresso Nacional.

Divulgação de Projetos

Art. 57. Para o ano de 1999, o prazo previsto no art. 3º do presente Decreto será até o final do mês de abril.

Vigência

Art. 58. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Revogações

Art. 59. Ficam revogados os Decretos nº 1.937, de 21 de junho de 1996, e 2.124, de 16 de janeiro de 1997.

FERNADO HENRIQUE CARDOSO

Clovis de Barros Carvalho

ANEXO I

QUESTÕES QUE DEVEM SER ANALIZADAS NA ELABORAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO

1. Deve ser tomada alguma providência?

1.1. Qual o objetivo pretendido?

1.2. Quais as razões que determinaram a iniciativa?

1.3. Neste momento, como se apresenta a situação no plano fático e no plano jurídico?

1.4. Que falhas ou distorções foram identificadas?

1.5. Que repercussões tem o problema que se apresenta no âmbito da economia, ciência, técnica e jurisprudência?

1.6. Qual é o número de atingidos pelo problema, e qual o número de casos a resolver?

1.7. O que poderá acontecer se nada for feito? (e.g. O problema tornar-se-á mais grave? Permanecerá estável? Poderá ser superado pela própria dinâmica social, sem a intervenção do Estado? Com que conseqüências?)

2. Quais as alternativas disponíveis?

2.1. Qual foi o resultado da análise do problema? Onde se situam as causas do problema? Sobre quais causas pode incidir a ação que se pretende?

2.2. Quais os instrumentos da ação que parecem adequados para alcançar os objetivos pretendidos, no todo ou em parte? (e.g. Medidas destinadas à aplicação e execução de dispositivos já existentes; trabalhos junto à opinião pública; amplo entendimento; acordos; investimentos; programas de incentivo; auxilio para que os próprios atingidos pelo problema envidem esforços que contribuam para sua resolução; instauração de processo judicial com vistas à resolução do problema).

2.3. Quais os instrumentos de ação que parecem adequados, considerando-se os seguintes aspectos:

- desgaste e encargos para os cidadãos e a economia;
- eficácia (precisão, grau de probabilidade de consecução do objetivo pretendido);
- custos e despesas para o orçamento público;
- efeitos sobre o ordenamento jurídico e sobre metas já estabelecidas;
- efeitos colaterais e outras conseqüências;
- entendimento e aceitação por parte dos interessados e dos responsáveis pela execução;
- possibilidade de impugnação no Judiciário.

3. Deve a União tomar alguma providência? Dispõe ela de competência constitucional ou legal para fazê-lo?

3.1. Trata-se de competência privativa?

3.2. Tem-se um caso de competência concorrente?

3.3. Na hipótese de competência concorrente, está a proposta formulada de modo a assegurar a competência substancial do Estado-membro?

3.4. A proposta não apresenta uma formulação extremamente detalhada que acaba por exaurir a competência estadual?

3.5. A matéria é de fato de iniciativa do Poder Executivo? Ou estaria ela afeta à iniciativa exclusiva do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores ou do Procurador-Geral da República?

4. Deve ser proposta uma lei?

4.1. A matéria a ser regulada está submetida ao princípio da reserva legal?

4.2. Por que deve a matéria ser regulada pelo Congresso Nacional?

4.3. Se não for o caso de se propor uma lei: deve a matéria ser disciplinada por um regulamento? Por que não seriam suficientes portarias?

4.4. Existe fundamento legal suficiente para a edição de ato normativo secundário? Qual?

4.5. Destina-se a regra a atingir objetivo previsto na Constituição?

4.6. A disciplina proposta é adequada para consecução desses fins?

4.7. A regra proposta é necessária ou seria suficiente fórmula menos gravosa?

4.8. A disciplina proposta não produz resultados intoleráveis ou insuportáveis para o atingido?

5. Deve a lei ter prazo de vigência limitado?

5.1. É a lei necessária apenas por período limitado?

5.2. Não seria o caso de editar-se uma lei temporária, submetida a um período probatório?

6. Deve ser editada uma medida provisória?

6.1. Em se tratando de proposta de medida provisória, há justificativas plausíveis para a sua edição?

6.2. O que acontecerá se nada for feito? A proposta não poderia ser submetida ao Congresso em regime de urgência?

6.3. Trata-se de matéria que pode ser objeto de medida provisória?

6.4. A medida provisória estaria regulamentando artigo da Constituição Federal cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda constitucional promulgada a partir de 1995 (o que é vedado pelo art. 246 da Constituição Federal)?

6.5. Estão caracterizadas a urgência e relevância necessárias para ser editada medida provisória?

6.6. No caso de reedição, a alteração proposta é necessária e guarda relação de pertinência com a matéria objeto da medida provisória?

6.7. Trata-se de matéria relativa ao direito penal e ao direito processual penal?

6.8. Trata-se de matéria reservada à lei complementar?

6.9. Trata-se de matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional?

7. Deve ser tomada alguma providência neste momento?

7.1. Quais as situações-problema e os outros contextos correlatos que devem ainda ser considerados e pesquisados? Por que, então, deve ser tomada alguma providência neste momento?

7.2. Por que não podem ser aguardadas outras alterações necessárias, que se possam prever, para que sejam contempladas em um mesmo ato normativo?

8. A densidade que se pretende conferir ao ato normativo é a apropriada?

8.1. O projeto de ato normativo está isento de disposições programáticas?

8.2. Pode a densidade da norma (a diferenciação e o detalhamento) ser limitada por fórmulas genéricas (tipificação e utilização de conceitos amplos e de clausulas gerais ou atribuição de competência discricionária)?

8.3. Podem os detalhes ou eventuais alterações ser confiados ao poder regulamentador do Estado ou da União?

8.4. Não teria a matéria já sido regulada em outras disposições de hierarquia superior (regras redundantes que poderiam ser evitadas)? Por exemplo, em:

- tratado devidamente aprovado pelo Congresso Nacional;
- lei federal (em relação a regulamento);
- regulamento (em relação a portaria).

8.5. Quais as regras já existentes que serão afetadas pela disposição pretendida? São regras dispensáveis?

9. As regras propostas afetam direitos fundamentais? As regras propostas afetam garantias institucionais?

9.1. Os direitos de liberdade podem ser afetados?

- Direitos fundamentais especiais podem ser afetados?
- Qual é o âmbito de proteção do direito fundamental afetado?
- O âmbito de proteção sofre restrição?
- A proposta preserva o núcleo essencial dos direitos fundamentais afetados?
- Cuida-se de direito individual submetido a simples reserva legal?

- Cuida-se de direito individual submetido a reserva legal qualificada?
- Qual seria o outro fundamento constitucional para a aprovação da lei (v.g. regulação de colisão de direitos?)?
- A proposta não abusa de formulações genéricas (conceitos jurídicos indeterminados)?
- A fórmula proposta não se afigura extremamente casuística?
- Observou-se o princípio da proporcionalidade ou do devido processo legal substantivo?
- Pode o cidadão prever e aferir as limitações ou encargos que poderão lhe advir?
- As normas previstas preservam o direito ao contraditório e à ampla defesa no processo judicial e administrativo?

9.2. Os direitos de igualdade foram afetados?

- Observaram-se os direitos de igualdade especiais (proibição absoluta de diferenciação)?
- O princípio geral de igualdade foi observado?
- Quais são os pares de comparação?
- Os iguais foram tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual?
- Existem razões que justifiquem as diferenças decorrentes ou da natureza das coisas ou de outros fundamentos de índole objetiva?
- As diferenças existentes justificam o tratamento diferenciado? Os pontos em comum legitimam o tratamento igualitário?

9.3. A proposta pode afetar situações consolidadas? Há ameaça de ruptura ao princípio de segurança jurídica?

- Observou-se o princípio que determina a preservação de direito adquirido?
- A proposta pode afetar o ato jurídico perfeito?
- A proposta contém possível afronta à coisa julgada?
- Trata-se de situação jurídica suscetível de mudança — institutos jurídicos, situações estatutárias, garantias institucionais?
- Não seria recomendável a adoção de cláusula de transição entre o regime vigente e o regime proposto?

9.4. Trata-se de norma caráter penal?

- A pena proposta é compatível com outras figuras penais existentes no ordenamento jurídico?
- Tem-se um agravamento ou uma melhoria da situação do atingido?
- Trata-se de uma pena mais grave?
- Trata-se de norma que propicia a despenalização da conduta?

- Eleva-se o prazo de prescrição do crime?
- A proposta ressalva expressamente a aplicação da lei nova somente aos fatos supervenientes a partir de sua entrada em vigor?

9.5. Pretende-se instituir ou aumentar tributo? Qual é o fundamento constitucional?

- A lei não afeta fatos geradores ocorridos antes de sua vigência (lei retroativa)?
- A cobrança de tributos vai-se realizar no mesmo exercício financeiro da publicação da lei?
- O princípio da imunidade recíproca está sendo observado?
- As demais imunidades tributárias foram observadas?
- O projeto que institui contribuição social contém disposição que assegura o princípio da anterioridade especial (cobrança apenas após noventa dias a contar da publicação)?
- O tributo que se pretende instituir não tem caráter confiscatório?
- Em se tratando de taxa, trata-se de exação a ser cobrada em razão do exercício de poder de polícia ou da prestação de serviço público específico e divisível prestados ou postos à disposição do contribuinte?
- Em se tratando de taxa, há equivalência razoável entre o custo da atividade estatal e a prestação cobrada?

10. O ato normativo correspondente às expectativas dos cidadãos e é inteligível para todos?

10.1. O novo ato normativo será entendido e aceito pelos cidadãos?

10.2. As limitações à liberdade individual e demais restrições impostas são indispensáveis? Por exemplo:

- proibições, necessidades de autorizações;
- comparecimento obrigatório perante autoridade;
- indispensabilidade de requerimento;
- dever de prestar informações;
- imposição de multas e penas;
- outras sanções.

10.3. Podem as medidas restritivas ser substituídas por outras?

10.4. Em que medida os requisitos necessários à formulação de pedidos perante autoridades poderia ser reduzido a um mínimo aceitável?

10.5. Podem os atingidos pela regra entender o vocabulário utilizado, a organização e a extensão das frases e das disposições, a sistemática, a lógica e a abstração?

11. O ato normativo é exeqüível?

11.1. Por que não se renuncia a um novo sistema de controle por parte da administração?

11.2. As disposições podem ser aplicadas diretamente?

11.3. Podem as disposições administrativas que estabelecem normas de conduta ou proíbem determinadas práticas ser aplicadas com os meios existentes?

11.4. É necessário incluir disposições sobre proteção jurídica? Por que as disposições gerais não são suficientes?

11.5. Por que não podem ser dispensadas?

- As regras sobre competência e organização?
- A criação de novos órgãos e comissões consultivas?
- A intervenção da autoridade?
- Exigência relativas à elaboração de relatórios?
- Outras exigências burocráticas?

11.6. Quais os órgãos ou instituições que devem assumir a responsabilidade pela execução das medidas?

11.7. Com que conflitos de interesse pode-se prever que o executor das medidas ver-se-á confrontado?

11.8. Dispõe o executor das medidas de necessária discricionariedade?

11.9. Qual é a opinião das autoridades incumbidas de executar as medidas quanto à clareza dos objetivos pretendidos e à possibilidade de sua execução?

11.10. A regra pretendida foi submetida a testes sobre a possibilidade de sua execução com a participação das autoridades encarregadas de aplicá-la? Por que não?

A que conclusão se chegou?

12. Existe uma relação equilibrada entre custos e benefícios?

12.1. Qual o ônus a ser imposto aos atingidos pela norma? (calcular ou, ao menos, avaliar a dimensão desses custos).

12.2. Podem os atingidos pela norma, em particular as pequenas e médias empresas, suportar esses custos adicionais?

12.3. As medidas pretendidas impõem despesas adicionais ao orçamento da União, dos Estados e dos Municípios? Quais as possibilidades existentes para enfrentar esses custos adicionais?

12.4. Procedeu-se a uma análise de relação custo-benefício? A que conclusão se chegou?

12.5. De que forma serão avaliados a eficácia, o desgaste e eventuais efeitos colaterais do novo ato normativos após sua entrada em vigor?

1999

JANEIRO

D	S	T	Q	Q	S	S
					1	2
3	4	5	6	7	8	9
10	11	12	13	14	15	16
17	18	19	20	21	22	23
24	25	26	27	28	29	30
31						

FEVEREIRO

D	S	T	Q	Q	S	S
	1	2	3	4	5	6
7	8	9	10	11	12	13
14	15	16	17	18	19	20
21	22	23	24	25	26	27
28						

MARÇO

D	S	T	Q	Q	S	S
	1	2	3	4	5	6
7	8	9	10	11	12	13
14	15	16	17	18	19	20
21	22	23	24	25	26	27
28	29	30	31			

ABRIL

D	S	T	Q	Q	S	S
				1	2	3
4	5	6	7	8	9	10
11	12	13	14	15	16	17
18	19	20	21	22	23	24
25	26	27	28	29	30	

MAIO

D	S	T	Q	Q	S	S
						1
2	3	4	5	6	7	8
9	10	11	12	13	14	15
16	17	18	19	20	21	22
23	24	25	26	27	28	29
30	31					

JUNHO

D	S	T	Q	Q	S	S
		1	2	3	4	5
6	7	8	9	10	11	12
13	14	15	16	17	18	19
20	21	22	23	24	25	26
27	28	29	30			

JULHO

D	S	T	Q	Q	S	S
				1	2	3
4	5	6	7	8	9	10
11	12	13	14	15	16	17
18	19	20	21	22	23	24
25	26	27	28	29	30	31

AGOSTO

D	S	T	Q	Q	S	S
1	2	3	4	5	6	7
8	9	10	11	12	13	14
15	16	17	18	19	20	21
22	23	24	25	26	27	28
29	30	31				

SETEMBRO

D	S	T	Q	Q	S	S
			1	2	3	4
5	6	7	8	9	10	11
12	13	14	15	16	17	18
19	20	21	22	23	24	25
26	27	28	29	30		

OUTUBRO

D	S	T	Q	Q	S	S
					1	2
3	4	5	6	7	8	9
10	11	12	13	14	15	16
17	18	19	20	21	22	23
24	25	26	27	28	29	30
31						

NOVEMBRO

D	S	T	Q	Q	S	S
	1	2	3	4	5	6
7	8	9	10	11	12	13
14	15	16	17	18	19	20
21	22	23	24	25	26	27
28	29	30				

DEZEMBRO

D	S	T	Q	Q	S	S
			1	2	3	4
5	6	7	8	9	10	11
12	13	14	15	16	17	18
19	20	21	22	23	24	25
26	27	28	29	30	31	

GOVERNO FEDERAL

Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Procuradoria Geral do INSS
SAS Quadra 2, Bloco 'O', 5º andar
Tels: (061) 226-7449/224-0837/313-4814
Fax: (061) 313-4740
CEP: 70070-907 – Brasília-DF