

Marcelo Roque Anderson Maciel Avila

**A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE ÀS
EMENDAS CONSTITUCIONAIS(Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito
e Coisa Julgada) E O MANEJO PRÁTICO DA AÇÃO MANDAMENTAL.**

Maio/2000

AGRADECIMENTOS

À minha esposa, pelo incondicional apoio; às minhas filhas Ana Beatriz e Mariana, por se constituírem em incentivos diários que não me permitem esmorecer face às dificuldades e percalços inerentes ao exercício do meu mister na advocacia. O meu agradecimento sincero, não pelo que fazem por mim, mas pelo simples fato de estarem na minha vida.

Ao eminente B. Calheiros Bomfim, pela confiança depositada num jovem desconhecido advogado e pelo encorajamento que me vem emprestando com sua receptividade à esta obra.

ÍNDICE

Notas Prévias.....1

PARTE I – Doutrina

Capítulo I

- Da segurança jurídica e dos direitos fundamentais.....2
- Direito adquirido.....2
- Ato jurídico perfeito.....7
- Ato perfeito administrativo.....8
- Teoria do fato consumado.....10
- Coisa julgada.....12

Capítulo II

- Poder reformador e direitos fundamentais.....12
- As limitações que Carta impõe.....13

Capítulo III

- Constituição e poder reformador.....19
- Ação direta de inconstitucionalidade.....22

PARTE II – Prática

Capítulo IV

Mandado de Segurança em Matéria Tributária

- Incidência da CPMF na movimentação financeira dos contribuintes.....26
- Desconto de imposto de renda na fonte sobre proventos de aposentadoria de Ex-combatentes art. 6º lei 7.713/88.....32
- Descontos de imposto de renda na fonte sobre proventos de pessoas maiores de 65 anos.....36
- Aumento da alíquota de contribuição dos servidores públicos ativos.....43
- Contribuição previdenciária do servidor inativo da União-MP 1.415/96.....57
- Contribuição previdenciária do servidor inativo da união Lei 9.783/99.....62
- Contribuição previdenciária dos servidores do Estado do RJ – IPERJ.....75

Capítulo V

Mandado de Segurança em Matéria Previdenciária

- Filho adotivo de servidor público. Direito à percepção de auxílio funeral.....80
- Ex-companheira. Direito à pensão estatutária mesmo após o rompimento da convivência.....82
- Ex-companheira. Direito à pensão militar ainda que não previamente designada pelo ex-servidor.....88
- Filha solteira maior de 21 anos. Direito à pensão estatutária deixada pelo pai falecido antes do advento da lei 8.112/90.....91
- Menor sob guarda judicial. Maioridade quando do falecimento do tutor. Pretensão à percepção de pensão.....95

Capítulo VI

Mandado de Segurança em Matéria Constitucional/Previdenciária

- Suspensão de benefício previdenciário por mera suspeita de fraude. Ofensa as garantias constitucionais.....98
- Descontos mensais em benefício previdenciário a título de reposição ao erário. Impossibilidade. Cessação dos descontos.....104
- Cassação de aposentadoria de ex-combatente. Ausência do devido processo legal.....110

Capítulo VII

Mandado de Segurança em Matéria Constitucional/Administrativo

- Omissão legislativa quanto à revisão de vencimentos de servidores públicos. CF/88 art. 37.....125
- Supressão de vantagem pessoal incorporada nos contracheques de servidor público. Impossibilidade. Direito adquirido.....129
- Ato Judicial Omissivo. Demora injustificada p/prestar informações em Agravo..... 135
- Emissão de certidão de tempo de serviço. Estrangeiro residente no País. Acordos internacionais de previdência.....138
- Indenização de transporte. Militar. Devolução. Impossibilidade.....141
- Descontos efetivados em folha de pagamento. Reposição ao erário. Erro da Administração Pública. Ilegalidade.....148
- Valores recebidos por terceiros após falecimento de servidor. Cobrança da pensionista. Impossibilidade.....154

Capítulo VIII

Mandado de Segurança –Ex-combatentes

- Preservação de direitos e prerrogativas. Lei especial de regência. Vigência. recepção pela nova Constituição.....158
- Manutenção de vantagens pessoais. Abono Anual, Ferias e paridade.....166
- Limitação de proventos ao teto constitucional através de Decreto meramente regulamentar. Impossibilidade.....173
- Limitação de proventos ao teto constitucional através de Portaria Ministerial. Inidoneidade da via eleita.....177

Notas Previas

Notável constitucionalista, Michel Temer já afirmou em sua obra que “Sendo a emenda constitucional derivada da atividade constituinte originária, esta lhe impõe limitações”. Mas que limitações são essas? Num primeiro momento, há que se ter em mente o respeito às cláusulas pétreas (imutáveis) inseridas no texto originário da nossa Constituição, dentre elas estão o Direito Adquirido, a Coisa Julgada o Ato Jurídico Perfeito, este último configurado como aquele praticado de acordo com as leis vigentes ao tempo em que se efetuou. Pois bem, uma emenda constitucional que venha ferir direitos e garantias individuais postos no texto originário da Carta Política, já nasce, do ponto de vista constitucional, fadada à inconstitucionalidade. Passível, pois, do controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal, que, tempos atrás, no julgamento da Emenda Constitucional nº 03, que instituiu o IPMF em 1993, julgou aquela emenda, em parte, inconstitucional, e foi ainda mais longe: baseou-se no fato de que a emenda feria dispositivo da Constituição não inserido sequer nos setenta e sete incisos do art. 5º (direitos e garantias fundamentais), lastreou-se o STF no fato de que o parágrafo 2º do art. 5º não excluía dos direitos e garantias individuais outros que estivessem espalhados pela Constituição.

É o que ocorrerá no caso de restar promulgada por emenda constitucional que venha malferir direitos e garantias individuais, já que o art. 60, § 4º garante que não será objeto, sequer, de deliberação, a emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, sendo que no caso presente desse estudo esses direitos são: a) o ato jurídico perfeito, praticado sob a vigência de leis válidas; b) o direito adquirido; e a coisa julgada, imutável.

Na oportunidade em que declarou inconstitucional a emenda nº 3, o STF através do voto do Min. Carlos Velloso** decretou que “as reformas constitucionais precipitadas, ao sabor de conveniências políticas, não levam a nada, geram a insegurança jurídica, é lógico, portanto, que o constituinte originário desejando preservar sua obra, crie dificuldades para alteração...” É perfeita do ponto de vista jurídico e social a afirmação, pois não se poderia admitir a mudança da constituição, como uma colcha de retalhos, à cada necessidade do Governo, isso traria a insegurança jurídica e social para os cidadãos, que nunca teriam a certeza de seus direitos e garantias, se admitindo pudessem ser alterados ao bel prazer dos governantes.

De outra sorte, é claro que em respeito à Constituição e aos seus princípios básicos, o legislador derivado, usando do poder de reforma, que a própria Constituição lhe confere, poderá mudar o texto constitucional através de emenda. Entretanto, eventual modificação necessariamente deverá observar a manutenção e garantia de situações já consumada no passado. Já a partir da promulgação da emenda, as situações ainda não consumadas se tornarão mera expectativa de

direito, submetendo-se, para sua consecução, à novel regra constitucional posta pela emenda. É que se demonstrará a seguir.

* Elementos de Direito Constitucional, Michel Temer, 15ª edição, Malheiros, 1999, São Paulo;

** Julgamento da Adin 939-7/DF, 1993

Capítulo I

DA SEGURANÇA JURÍDICA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CARTA DE 1988

De bom alvitre, inicialmente, fazer lembrar que o amplo rol de direitos fundamentais, o qual se inscreve nos artigos 5º, 6º, 7º 8º e 9º da Constituição Federal, não esgota o campo constitucional desses direitos fundamentais – lembremo-nos todos, pedra angular da Carta Magna. Estão também dispersos ao longo de todo o texto constitucional. São vulgarmente chamados de direitos fundamentais constitucionais fora do catálogo. Alguns desses direitos são direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias e dentre estes se situa o direito que todos temos de ser cidadãos de um País Soberano, dono de suas decisões nos campos econômico, político e social.

Esses princípios podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos atos ou as decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas e apontam basicamente para: A) a proibição de leis retroativas; B)inalterabilidade do caso julgado; C) a tendencial irrevogabilidade dos atos administrativos constitutivos de direitos (Gomes Canotilho, Direito Constitucional, p. 363/365). São pois, respectivamente, os conhecidos Direito Adquirido, Coisa Julgada e Ato Jurídico Perfeito, magistralmente definidos e conceituados pelo mestre Canotilho.

A seguir, estudaremos, uma a uma, tais garantias constitucionais. Vejamos:

DIREITO ADQUIRIDO

Segundo magistério de DE PLÁCIDO E SILVA: “ O direito adquirido tira sua existência dos fatos jurídicos passados e definitivos, quando o seu titular os pode exercer. No entanto, não deixa de ser adquirido o direito, mesmo quando seu exercício dependa de um termo prefixo ou de uma condição preestabelecida inalterável ao arbítrio de outrem.” Por isso sob o ponto de vista da retroatividade das leis, não somente se consideram adquiridos os direitos aperfeiçoados ao tempo em que se promulga a lei nova, como os que estejam subordinados a

condições ainda não verificadas, desde que não se indiquem alteráveis ao arbítrio de outrem” (vocabulário jurídico, Forense, 8ª ed. 1984, pg.77/78).

Para CARVALHO SANTOS, “ Se o exercício depende de termo prefixo, o direito já é adquirido, sendo evidente, pois, que no sistema do código não é adquirido somente o direito que já se incorporou ao patrimônio individual. O prazo ou termo, de fato, não prejudica a aquisição do direito, que já se verificou, sendo seu único efeito protelar o exercício deste direito” (Código Civil Brasileiro Interpretado, Freitas Bastos, 14ª ed. Vol, I, 1986 pg. 43/44)

CLÓVIS BEVILAQUA, defende a posição de que “ Trata-se aqui de um termo e condições suspensivos, que retardam o exercício do direito. Quanto ao prazo, é princípio corrente que ele pressupõe a aquisição definitiva do direito e apenas lhe demora o exercício. A condição suspensiva torna o direito apenas esperado, mas ainda não realizado. Todavia, com seu advento, o direito se supõe ter existido desde no momento em que se deu o fato que o criou” (Comentários ao Código Civil, 5ª edição, pag. 101).

Vale lembrar que os direitos adquiridos se configuram-se desde logo, uma vez preenchidos seus requisitos, surgindo claro que, qualquer tentativa de supressão, seja por ato normativo, administrativo ou judicial, atenta contra a ordem constitucional, violando o basilar princípio da segurança jurídica insculpido no inciso XXXVI do art. 5º da Carta Política, segundo o qual“ A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”

Noutro giro, trata-se ainda da aplicação do art. 6º, parte final, do decreto-lei nº 4.657/42(Lei de Introdução ao Código Civil)“ Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.”

A este respeito, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, com a habitual excelência de seu magistério, anota que o problema“ não se resolve com a simples noção de irretroatividade de lei, pois não se coloca a questão de seu retorno sobre o pretérito. Trata-se, isto sim, da sobrevivência dos efeitos da lei antiga, vale dizer, da persistência de seus efeitos em casos concretos, durante o império da nova lei. Cogita-se de hipótese em que situação produzida no passado, sem consumação nele, deve ter efeitos perduráveis no tempo, permitindo que eles atravessem incólumes o domínio das leis posteriores. Não há, pois, a rigor, questão de retroatividade. Pelo contrário: há sustação dos efeitos, isto é, da incidência da nova lei sobre situações concretas dantes ocorridas, cujos efeitos se deseja pôr a salvo, a fim de que não sejam perturbados pela sucessão normativa” (in Revista de Direito Público nº 96, p. 119).

Ainda BANDEIRA DE MELLO: “Segue daí que uma vantagem funcional, por exemplo, constituída no passado e cujos efeitos juridicamente se perfizeram,

consumando-se, está consolidada, ainda que não tenha sido fruída. Isto é, os efeitos materiais podem não ter sucedido, mas se os efeitos jurídicos já se completaram, nenhuma regra nova pode alcança-la, pois, de direito, a situação já estará definida”. (Ob.cit.p.112).

OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, citando a lição de Léon de Duguit, afirma que “São insuscetíveis de serem apanhadas pela lei nova não só as situações subjetivas ou individuais, como outrossim os fatos realizados no passado, regidos pela lei em vigor no momento em que foram produzidos” (RT 739p.145).

Já REIS FRIEDE assevera que a acepção básica da denominação Direito Adquirido encontra berço na fundamental questão da irretroatividade das leis. E vai além, caracteriza como adquirido todo direito oriundo de ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, por já se Ter definitivamente incorporado ao patrimônio jurídico do indivíduo. (Lições Objetivas de Direito Constitucional, 1999, Saraiva).

E, não se pode negar, absoluta razão assiste ao ilustre magistrado federal, porquanto se o direito origina-se de a um ato perfeito, praticado de acordo com normas então vigentes, nova lei não poderá feri-lo; assim como no caso de direito adquirido judicialmente através da coisa julgada, eis que não mais existindo a possibilidade de recurso, tal direito é incontestavelmente adquirido, inmaculável por qualquer outro ato.

Frise-se que aqui tem-se clara a noção de direito adquirido adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, que o fez adotando a teoria de GABBA, segundo a qual “É adquirido todo direito que seja consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo em que esse fato foi realizado, embora a ocasião de o fazer valer não se tenha apresentado antes do surgimento de uma lei nova sobre o mesmo.” Em nosso ordenamento tal teoria foi “traduzida” na seguinte assertiva: “(...) ou condição preestabelecida inalterável ao arbítrio de outrem”, esta, parte final da redação do parágrafo 2º do art. 6º da lei de Introdução ao Código Civil. Veja-se, então que a definição de GABBA foi adotada e reproduzida em sua essência, qual seja a impossibilidade de alteração ou supressão do direito adquirido, ainda que esse o titular desse direito não se tenha manifestado interesse em garanti-lo, eis que já o possuía independentemente de prévia manifestação de vontade.

Veja-se a respeito a orientação adotada pelo ilustre Ministro ALDIR PASSARINHO ao proferir seu voto no RE 105.812-PB, 2ª Turma, unânime, RTJ, 119/1232:“ É que a norma constitucional beneficiou os que até a data prevista haviam complementado o requisito temporal. O direito já o possuía ele. Apenas o seu exercício que ficou dependendo de vaga do cargo titular. E é o que,

como salienta o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, resulta do § 2º do art. 6º da lei de introdução ao Código Civil(...)"

De outra senda, esse não-exercício do direito não é suficiente, e nem poderia sê-lo, para macular o direito adquirido, relegando-o ao plano da mera expectativa de direito, eis que surge, in casu, a figura do DIREITO EXPECTATIVO, expressão muito(bem) utilizada por novos e jovens processualistas para caracterizar o direito adquirido vem aclarar-se posteriormente ao momento da sua aquisição. Dentre esses jovens e brilhantes estudiosos da matéria destaca-se o eminente Juiz Federal WILNEY MAGNO DE AZEVEDO SILVA, que assim define a noção "É o caso de direito adquirido, sujeito apenas, à ocorrência de condição inexorável e insuscetível de alteração, por vontade alheia, no caso o falecimento de sua mãe. É o assim chamado DIREITO EXPECTATIVO, noção diversa de Expectativa de Direito" (in MS 97.0014975/RJ)"

Ainda acerca do Dec-Lei nº 4.657/42, temos a questão da retroatividade das leis: "Art.2º: Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. §2º - A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior" Mais uma vez presente na caracterização do direito adquirido, está a noção de irretroatividade. Razão pela qual reputamos seja ela um dos mais importantes requisitos à configuração do direito.

Enfatize-se o entendimento jurisprudencial, consolidado sobretudo pelo STF, para o qual "o fato gerador do recebimento de pensão é o óbito do instituidor, sendo regida pela legislação vigente ao tempo do passamento. (in MS 21.540-2/RJ, DJ-I, 26/4/96, pág. 13113, Rel. Min. Octávio Gallotti, plenário, unânime.)

E nessa seara tem sido farta a doutrina: " A lei nova não pode, portanto, ferir direitos adquiridos. E nota Porchat, com muita adequação, que, no Brasil, desde o Império, não é possível por distorção constitucional, a lei retroativa."

Já para PLANIOL não haveria nenhuma segurança para os cidadãos, se seus direitos pudessem a cada passo, ser postos em questão ou suprimidos pela vontade do legislador. O interesse geral, não é senão a resultante dos interesses individuais" (RT 739/147).

Sem dúvida, podemos afirmar, esposando as palavras de Ivo Dantas, que prescrevendo o art. 60, § 4º da Constituição a limitação material ao poder constituído de reforma, o direito adquirido assume um novo contorno, tornando-o imutável. É dizer que incide na hipótese o principio do tempus regit actum

É certo pois, que encontraremos inúmeros juristas, alguns dos mais consagrados, que não exitariam em afirmar que inexistente direito adquirido contra a Constituição ou contra o interesse da coletividade. Entretanto, tal interpretação não nos parece

a mais correta, tal como é posta: a uma em razão de que o direito adquirido por ser assim um direito, não é dirigido “contra” alguém ou contra a constituição, mas simplesmente em favor de seu detentor, garantidor que é de uma situação fática já consumada, sendo por demais oportuna a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, segundo a qual “não é rara a afirmativa de que não há direito adquirido em face de lei de ordem pública ou de direito público. A generalização não é correta nesses termos. A constituição não faz distinção.”(curso de direito constitucional positivo, 9ªed. Malheiros.)

Com a mesma opinião, alinha-se HUGO DE BRITO MACHADO esclarecendo que o direito adquirido “particulariza-se pelo conteúdo patrimonial, o que contudo, não significa que não possa residir em relações do direito público. Não se pode por exemplo, cogitar de direito adquirido ao modo de exercer uma função pública, embora se possa falar de direito adquirido à remuneração do servidor, ou aos proventos de sua aposentadoria” (“O Direito adquirido e a coisa julgada como garantias constitucionais”)

Nessa esteira, é a orientação assente no Supremo Tribunal Federal, segundo o qual: “O direito à aposentadoria se considera adquirido pela satisfação de todos os seus pressupostos antes da vigência da lei nova, modificando-os”. RDA 104/188.

E tal posicionamento exsurge da exegese da súmula 359 (STF): “Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quanto a atividade for voluntária”

“Assim entendeu o STF porque a afirmação do direito à aposentadoria conduz ao direito adquirido. Se já houve a aquisição desse direito, não pode estar condicionado a outra exigência” (RE 86.608, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, RTJ 83/304; RE 85.330, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 15.12 1980 – Proventos com base em todas as vantagens a que fazia jus quando adquiriu o direito; RTJ 106/763, 107/1.207 e 109/739).

Esta, pois, a posição atual do STF: Se, na vigência da lei anterior, o servidor preencher todos os requisitos exigidos, o fato de, na sua vigência, não haver requerido a aposentadoria não faz perder o seu direito que já estava adquirido.

Para Ivo Dantas*, a teor da Emenda Constitucional nº 1/69, a posição antes assumida frente à Legislação Ordinária, ou seja, aquela (EC) não poderia modificar direito à aposentadoria quando os requisitos antes exigidos tivessem sido preenchidos na vigência do texto originário de 1967, conforme se infere do julgamento do RE 74.284 e 74.534, de 28.3.73, e RE 73.189, de 29.3.73), ressalvado o ponto de vista dos Ministros que ficaram vencidos. Recurso Extraordinário não conhecido”.

Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade, Lumen Juris, 1997

Corroborar esse entendimento o art. 3º, da EC 20/98, sobre direito adquirido dos que, à data de sua promulgação, houvessem cumprido os requisitos para obtenção de benefícios previdenciários com base na legislação então vigente.

ATO JURÍDICO PERFEITO

“Os contratos, que se qualificam como atos jurídicos perfeitos, acham-se protegidos, em sua integridade, inclusive quanto aos efeitos futuros, pela norma de salvaguarda constante do art.5º.XXXVI, da Constituição da República”.

Sendo assim, “a incidência imediata da lei nova sobre os efeitos futuros de um contrato preexistente, precisamente por afetar a própria causa geradora do ajuste negocial, reveste-se de caráter retroativo (retroatividade injusta de grau mínimo), achando-se desautorizada pela cláusula constitucional que tutela a intangibilidade das situações jurídicas definitivas consolidadas, mesmo em se tratando de “normas de ordem pública, que também se sujeitam à cláusula inscrita no art.5º, XXXVI, da Carta Política (que) não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade” (RE 201.176-2- RS, 1ª T/STF, RT 741/202).

O princípio constitucional do respeito ao ato jurídico perfeito se aplica também, conforme é o entendimento da Suprema Corte, às leis de ordem pública.(RE 209.517-6-STF/1ª T, DJU 29.8.97, p. 40.255). No mesmo sentido, RE 209.519-2-SC, STF/ 1ª T, RT 746/176.

Esclarece J. Cretella Júnior que: “Na expressão “ato jurídico perfeito” o vocábulo “perfeito” tem o sentido de “acabado”, “que completou todo o ciclo de formação”, “que preencheu todos os requisitos exigidos pela lei”. Não o sentido de “irrepreensível”, “íntegro”, embora os dois sentidos tenham pontos de contato. Se o ato se completou, na vigência de determinada lei, nenhuma lei posterior pode incidir sobre ele, tirando do mundo jurídico, porque “perfeição”, aqui, é sinônimo de “conclusão” (Comentário...,v.1. p. 460).

Ora, assim, podemos afirmar que uma aposentadoria ou a pensão estatutária uma vez instituída sob a égide da Lei antiga, assume o caráter “actus perfectus”, ficando subordinada à lei ao tempo de sua instituição, nesse sentido, mui esclarecedora é a lição de Eduardo Pinto Pessoa Sobrinho, escrevendo o verbete “Aposentadoria” para o Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro, editado por Carvalho Santos, é incisivo: “A aposentadoria, depois de sua decretação, constitui um fato jurídico perfeito e acabado. Não fica passível, portanto, de revisões futuras, por efeito de modificação de legislação respectiva” (RT 739/97 p. 146).

É ressabido que tem decidido reiteradamente a Corte Constitucional que as aposentadorias são regidas pela lei vigente a época da inativação, bem como as pensões, pela Lei vigente ao tempo do passamento.

Bastante elucidativa, sob a ótica do procedimento administrativo é a Instrução Normativa/INSS nº 06, de 11.06.1993: DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL ÀS PENSÕES: 7.1- Às pensões devidas em consequência dos óbitos de funcionários, ocorridos até 11 de dezembro de 1990, inclusive, aplicam-se as leis nºs 1.711, de 1952, 3.373, de 1958 e 6.782 de 1980, e o Decreto nº 76.954 de 1975. 7.2- À pensão devida em consequência de óbito de servidor, ocorrido após 11 de dezembro de 1990, aplica-se a lei nº 8.112/90. Esta instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação”

Vale enfatizar ainda o entendimento jurisprudencial, consolidado sobretudo pelo STF, para o qual “o fato gerador do recebimento de pensão é o óbito do instituidor, sendo regida pela legislação vigente ao tempo do passamento. (in MS 21.540-2/RJ, DJ-I, 26/4/96, pág. 13113, Rel. Min. Octávio Gallotti, plenário, unânime.) Assim, não só da ótica do direito adquirido, a pensão estatutária uma vez instituída sob a égide da Lei antiga, assume o caráter “actus perfectus”, ficando subordinada á lei ao tempo de sua instituição.

Valiosa aqui a lição de PONTES DE MIRANDA no sentido de que “a lei nova não pode retirar do mundo jurídico o ato jurídico perfeito, nem alterá-lo a seu talante.(in Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969, Forense, 1987, Tomo V, p. 101.

ATO PERFEITO ADMINISTRATIVO

Efeito Sanatório do Tempo

Como cediço, os atos administrativos estão sujeitos aos efeitos sanatórios do tempo, sendo certo que assim sendo configuram ato jurídico perfeito e acabado nos termos do art. 207 da CLPS, verbis: “Art. 207: O processo de interesse de beneficiário ou empresa não pode ser revisto após 5(cinco) anos contados de sua decisão final, ficando dispensada a conservação da documentação respectiva além desse prazo” A tal respeito, temos que perquirir as seguintes considerações: “O art. 207 da CLPS, estatui que o direito da autarquia previdenciária de rever os atos concessórios de benefícios extingue-se em cinco anos a contar da sua decisão final. Pois bem, é ressabido que tal dispositivo não fora revogado pelas Leis 8.212/91 e 8213/91. Pelo contrário, a Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999 é que ratifica a norma suso, em seu artigo 54, estatuinto que o Administrador decai de seu direito à revisão após cinco anos, salvo se comprovada má-fé. Que, diga-se, in casu inoerre, porquanto os valores pagos aos recorrentes foram determinados por legislação específica e aprovados pelo INSS. (Juiz Federal Leopoldo Muylaert, in MS 98.0029681-6)

A referida lei limitou de modo considerável, o alcance do Enunciado 473, da súmula do Supremo Tribunal Federal, que sempre fora interpretado como se

pudesse a Administração Pública efetivar a nulificação quando melhor lhe apossesse. A análise crítica do dispositivo legal em comento, traz uma conclusão indubitosa, a certeza de que o legislador abraçou a tese que os atos administrativos estão sujeitos ao efeito sanatório do tempo, ressalvada exclusivamente a hipótese de má-fé do beneficiário.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO - REVISÃO DE ATO PRATICADO HA MAIS DE DEZ ANOS - PRESCRIÇÃO.

I - Os atos administrativos também estão sujeitos a prescrição.

II - Impossibilidade de se rever o ato praticado ha mais de dez anos, sob pena de impossibilitar a sedimentação de situações fáticas já consolidadas pelo decurso do tempo.

III - Apelação e remessa oficial improvidas. (AMS-98.0201117-7 Rel.Juiz Ney Fonseca. P.10/08/99. grifamos para destacar.

No mesmo sentido, esposando a tese:

REMESSA EX OFFICIO Nº 89.02.08817-0 Relator: JUIZ CELSO PASSOS
Turma: 03. TURMA Julgamento: 19/02/92 Publicação: 09/06/92 Fonte: DJ
Vol: Pag: 16463

E M E N T A: ADMINISTRATIVO – MILITAR – ERRO ADMINISTRATIVO – RETIFICAÇÃO DE REFORMA.

1. Afastadas as preliminares, pois a autoridade federal prestou informações, sendo o ato impugnado da própria autoridade impetrada que, só após 27 anos, deu cumprimento a portaria ministerial que reduziria os proventos da reforma do autor.

2. E certo que a administração não decai de seu poder de anular seus atos ilegais, podendo corrigi-los sempre, a partir do momento que constatar seu erro. Entretanto, o direito do impetrante não pode ser prejudicado pela omissão da autoridade.

3. Assim, se tais omissões administrativas, mantendo atos ilegítimos e operantes a longo, tempo já produziram efeitos perante terceiros de boa fé, há de se deferir a pretensão do autor, confirmando-se a sentença.

4. Remessa oficial a que se nega provimento, em decisão unanime. Grifamos

Ainda no mesmo sentido:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO - DIREITO PROCESSUAL CIVIL – DIREITO CONSTITUCIONAL - SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO DE SEGURADO DO INSS - AUSÊNCIA DE FORTE INDÍCIO DE FRAUDE.

- A concessão do benefício constitui um ato administrativo e, assim, presumidamente legal e regular.

- Militando a favor do impetrante esta presunção, despendida a prova, por ele, da regularidade da concessão do benefício, bastando a comprovação da concessão do benefício para a caracterização da liquidez e da certeza do direito.

- Ausente a comprovação de fortes indícios de fraude, descabe a suspensão do benefício. - Pelo provimento do apelo em mandado de segurança.(Apelação em Mandado de Segurança nº 97.0207655-2, Juíza Vera Lúcia Lima da Silva)

Conclui-se, de conseguinte, pela inadmissibilidade da revisão também do ato perfeito administrativo, por atentar contra direitos e garantias inalienáveis, sem os quais, caem por terra os princípios fundamentais enunciados nos artigos inaugurais da Carta, como a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho; e, bem assim, dentre outros, o objetivo da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

TEORIA DO FATO CONSUMADO

Na dicção da Corte Superior de Justiça a aplicação da denominada “teoria do fato consumado” pressupõe uma situação ilegal consolidada no tempo, em decorrência da concessão de liminar, ou de ato administrativo praticado por autoridade competente para se reconhecer o direito sobre determinada situação que ainda não ocorreu.

Do voto do eminente Ministro BILAC PINTO no RE n. 85.179/RJ (RTJ 83/921), destaca-se a lavra de Miguel Reale (Revogação e Anulamento do Ato Administrativo, Forense, 1968), que traz valiosos ensinamentos sobre o assunto:

“Não é admissível, por exemplo, que, nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, na época, de um requisitos complementares exigidos por lei, possa a Administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais do que isso, quando a prática e a experiência podem ter compensado a lacuna originária. Não me refiro, é claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si só convalescer, - como seria, por exemplo, a falta de diploma para ocupar cargo reservado a médico, - mas a exigência outras que, tomadas no seu rigorismo formal, determinariam a nulidade do ato.

Escreve com acerto José Frederico Marques que a subordinação do exercício do poder anulatório a um prazo razoável poder ser considerado requisito implícito no princípio do “due process of law” Tal princípio, em verdade, não é válido apenas no sistema do

direito norte – americano, do qual é uma das peças basilares, mas é extensível a todos os ordenamentos jurídicos, visto como corresponde a uma tripla exigência, de regularidade normativa, de economia de meios e formas e de adequação à atipicidade fática. Não obstante a falta de termo que em nossa linguagem rigorosamente lhe corresponda, poderíamos traduzir “due process of law” por devia atualização do direito, ficando entendido que haverá infração desse ditame fundamental a toda vez que, na prática do ato administrativo, for preterido algum dos momentos essenciais à sua ocorrência; foram destruídas, sem motivo plausível, situações de fato, cuja continuidade seja economicamente aconselhável, ou se a decisão não corresponder ao complexo de notas distintas da realidade social tipicamente configurada em lei.

Assim sendo, se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quanto a inércia da Administração já permitiu se constituíssem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela.

Desde o famoso “affaire Chachet” é esta a orientação dominante no Direito francês, com os aplausos de Maurice Hauriou, que bem soube pôr em realce os perigos que adviriam para a segurança das relações sociais se houvesse possibilidade de indefinida revisão dos atos administrativos.

Da França tal doutrina passou para a Itália, granjeando o apoio de seus mais ilustres mestres como Cino Vitta e D’Alessio, cuja doutrina é oportunamente lembrada por José Frederico Marques ao tratar deste assunto. Consoante ponderação do primeiro dos administrativistas citados, uma grande distância de tempo, pode parecer oportuno manter o ato em vida, apesar de ilegítimo, a fim de não subverter estados de fato já consolidados, só por apego formal e abstrato ao princípio de legitimidade. Não se olvide que ordenamento jurídico é conservador no sentido de respeitar fatos ocorridos, há muito tempo, muito embora não conformes à Lei” (pp. 84 a 86)”.

Concluindo o julgamento do MS 6.215/DF, o Ministro Félix Fischer, salientou que é possível se aplicar essa tese, por exemplo, no caso do vestibulando que ingressa na faculdade amparado por liminar, e o mérito da questão somente é apreciado quando já está por concluir o curso. Ou no do candidato que tem sua inscrição indeferida por insuficiência de idade, presta o concurso por força de liminar, é aprovado, nomeado e empossado no cargo e, após anos no seu exercício, vai ser apreciada aquela questão inicial.(in LEX 125/79, JSTJ e TRF’s)

Exsurge, pois, que a teoria do fato consumado, embora não possa parecer tem muita aplicação nos dias de hoje, a teor de atos revogatórios baseados na sumula 473 do STF que a Administração Pública tem entendido, erradamente, como ilimitado seu poder-dever de rever seus próprios atos. Todavia, de bom alvitre o destaque, a mesma súmula garante o respeito ao direito adquirido e ressalva, em todos os casos, a apreciação da questão pelo Poder Judiciário. E isso exatamente porque uma ato hoje verificado ilegal pode ter tido seus efeitos perpetrados de tal; forma no tempo que tenha hoje, esse ato, feito surgir direitos em relação a terceiros que, de boa fé, em nada contribuíram para a materialização

do ato, mas que dele sofreram os efeitos, e não seria justo tirar dessas pessoas direitos que conquistaram. Aplica-se aqui, então, a teoria do fato consumado.

COISA JULGADA

Sobre a coisa julgada, esclarece Hugo de Brito Machado, que “a questão de saber se a violência contra a coisa julgada configura uma questão constitucional não pode ser resolvida com uma resposta afirmativa, ou negativa, para todos os casos. Se uma lei disciplina determinada situação de certo modo, e nada diz a respeito da aplicação desse novo disciplinamento à (sic) situações amparadas pela coisa julgada, é evidente que a aplicação desse novo disciplinamento àquelas situações é que viola a coisa julgada. Entretanto, se a lei diz expressamente que o seu disciplinamento aplica-se exclusive àquelas situações, é a própria lei que violou a garantia da coisa julgada. Nesse último caso, portanto, trata-se de lei inconstitucional”.

Capítulo II

PODER REFORMADOR E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Certo é, pois, que a norma constitucional emanada do poder reformador, ou poder constituinte derivado, não pode, validamente, alterar norma que, em virtude de preceito explícito do poder constituinte originário, está amparada por cláusula de imodificabilidade. OTTO BACHOF (Verfassungswidrige Verfassungsnormen?),

Antes de mais, impositivo traçar as básicas diferenças entre as formas previstas de alteração do texto constitucional, quais sejam as Emendas Constitucionais e Emendas Constitucionais de Revisão. A esse teor, com maestria, o faz R. Friede, in Lições Objetivas de Direito Constitucional, cujos ensinamentos transcrevemos:

”Conforme já mencionamos, o processo de reforma da Constituição (ou, em termos mais amplos, processo de mutação explícita formal), em essência, pode ser instaurado por dois diferentes mecanismos: a emenda e a revisão. A emenda representa, em síntese, o mecanismo ordinário em que é exigido quorum especial (típico das Constituições rígidas), no caso brasileiro de três quintos dos membros de cada uma das Câmaras do Legislativo (Câmara dos Deputados ou Câmara baixa (representando, proporcionalmente, o povo) e Senado Federal ou Câmara Alta (representando, por três membros por Estado, o pacto federativo)), para a alteração do Texto Constitucional (respeitados os limites ao poder da reforma), de forma pontual, ou seja, sem a abrangência de modificação da Constituição como um todo.

A revisão, ao contrário, refere-se a um mecanismo extraordinário com necessária e expressa previsão autorizativa no próprio Texto Constitucional originário, restrita normalmente por uma limitação temporal (como no caso da Constituição de 1988, em que se afirma a possibilidade de revisão após cinco anos de vigência) e com escopo

particular de atuação (objetivo próprio (no caso brasileiro a adaptação das normas constitucionais em relação a eventual modificação da forma de governo por plebiscito)), ainda que com ampla abrangência.

AS LIMITAÇÕES QUE A PRÓPRIA CARTA IMPÕE.

A Emenda Constitucional está prevista no art.59, I e regulada pelo art.60 das Disposições Permanentes. O procedimento de elaboração de Emenda à Constituição obedece aos seguintes pressupostos: a) a iniciativa é conferida ao Presidente da República ou a um terço de deputados federais, ou a um terço de senadores e, ainda, por proposta de mais da metade das Assembléias Legislativas estaduais (art.60); b) a proposta é discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois momentos distintos (chamados turno de votação); discutida e aprovada em turno, volta a sê-lo em outro turno de discussão e votação (art. 60, § 2º); c) sua aprovação demanda 3/5 dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional (art.60,§ 2º) d) não há sanção; há promulgação efetivada pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art.60,§ 3º).

Este procedimento há de ser rigorosamente obedecido, sob pena de inconstitucionalidade em razão de desobediência à forma. Obedecido o procedimento, há condicionantes relativas ao conteúdo, à matéria. Havendo, por óbvio, vedações na própria Constituição. Tais vedações podem ser explícitas ou implícitas.

São explícitas as que impedem a alteração da Federação; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais. Não se permite nem mesmo deliberação sobre proposta de emenda tendente a abolí-las.

De outra senda, a proposta que direta ou reflexamente, ainda que de forma remota tenda (e apenas isso é o que basta) a abolir a forma federativa, por exemplo, é expressamente proibida, vedada, inviável e insuscetível sequer de deliberação. Exsurge, pois, que a proibição de discutir tais matérias é limitação explícita à atividade reformadora. Encontra-se na própria Lei Maior, um aspecto que merece ser destacado: não é necessário que a proposta de emenda traga, em si, diretamente, uma ameaça de alcançar os princípios citados. Suficiente ser apenas que esteja marcada por uma tendência à abolição de qualquer um dos incisos que compõem o art. 60, § 4º, para que não possa, nem ao menos, ser proposta.

Por derradeiro, é implícita a proibição que jungida ao procedimento de elaboração da norma constitucional, oriunda esta do constituinte derivado. Isto porque o constituinte originário estabeleceu procedimento rígido para a reforma. Não podendo o órgão a quem restou atribuída a competência reformadora modificar o critério de rigidez estabelecido pelo legislador originário, conessor da atribuição..

O art. 60 em seu § 4º, é quem fixa os Limites Materiais do Poder Constituído de Reforma. Mais uma vez, a lição de R. Friede se impõe: “Por efeito, possuindo natureza própria de poder derivado, o poder reformador se encontra irremediavelmente adstrito aos limites expressamente estabelecidos pelo poder originário em sua obra última (ou seja, a Constituição) em três diferentes níveis formais: limites temporais (relativos ao transcurso de um tempo mínimo de vigência para que as normas constitucionais possam ser reformadas (ou seja, emendadas ou revistas)), limites circunstanciais (relativos a determinadas circunstâncias expressamente previstas que, quando existentes, impedem o processo de reforma (estado de sítio, estado de defesa etc.)) e limites materiais (relativos a certas matérias que não podem, em nenhuma hipótese, ser objeto de reforma (alteração), por constituírem elementos basilares da Constituição originária (cláusulas pétreas)) e pelo próprio direito natural, como imposição lógica e universal, independente da positivação das regras constitucionais pelo poder originário, por meio dos denominados limites substanciais em um único nível material (disposições fixas).

Nesse particular, muito embora a nomenclatura relativa às modalidades de limitações ao poder reformador não seja completamente pacífica na doutrina, existindo aqueles que aludem aos chamados limites processuais, entre outros, deve ser consignado caracterizar o erro mais comum, a confusão que se estabelece, em algumas situações, entre as cláusulas pétreas (limitações formais, sob a ótica material) e as disposições fixas (limitações não formais), comprometendo, em certo aspecto, o necessário tecnicismo a respeito do tema.: (ob.cit, 101/2)

Como afirma PONTES DE MIRANDA, ao ser aplicado como novo Direito, o novel texto constitucional assegura a permanência de situações jurídicas(sejam de direito público ou de direito privado), anteriormente constituídas.

Para Ivo Dantas*, Ao entendimento referido, segundo o qual a consagração do Direito Adquirido em sede constitucional vincula o legislador, acrescenta-se que, no caso da Constituição brasileira de 1988(rígida), o princípio encontra-se inserido na categoria de Cláusula Pétrea (art.60,§ 4º, IV), pelo que se dirige, igualmente, ao denominado Poder Reformador em qualquer de suas formas, ou seja, Revisão ou Emenda.

Ob. Cit.

O mesmo se diga com relação às Disposições Transitórias, que integram a Constituição, não se caracterizando, com respeito das opiniões em contrário, como um conjunto de normas independentes. A par disso afirmamos sem titubear o ADCT é parte integrante do texto constitucional. Nesse viés e mais uma vez esposando a cultural lição de Ivo Dantas, é de clareza solar que, na esteira do nosso entendimento, qualquer uma das suas normas só poderá ser alterada pelo

mesmo processo e com todas as vedações e limitações inerentes às emendas, conforme previsto nas Disposições Permanentes.

Neste quadro de ações, a mudança formal da Constituição, por envolver aspectos de ordem procedimental e de ordem material, a serem seguidos pelo Poder Legislativo, em seu exercício de Poder Reformador, são passíveis de controle, tanto pelo Supremo Tribunal Federal, na via da Ação Direta de Inconstitucionalidade e pela Ação Declaratória de Constitucionalidade, como pela via de Defesa ou incidental, inclusive, através do Mandado de Segurança.

No tocante aos aspectos de ordem material, entretanto, e de forma correta, tem admitido o STF a apreciação da constitucionalidade de uma Emenda Constitucional.

De outro lado, o controle incidental encontra-se previsto no mesmo art. 102, inciso III da Lei Maior, e ao qual, ainda em decorrência da EC 3/93, foi acrescentado o parágrafo 1º, nos seguintes termos: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 926-5- DF. Relator o Min. SIDNEY SANCHES, dentre outros aspectos, decidiu o STF o seguinte: “A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito.” Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 829-3-DF/54 Relator – Min. MOREIRA ALVES: O STF decidiu “examinar a inconstitucionalidade ou não, de emenda constitucional.”

Para SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, nas ADIN nº926-5 e ADIN 1.396-3. “o controle pela via incidental, “o que se torna necessário evidenciar é que a inconstitucionalidade, como exceção, pode ser argüida no curso de processo normal, logicamente perante qualquer órgão jurisdicional, singular ou coletivo, nessa hipótese: “Nenhum magistrado deve aplicar uma lei que em sua opinião seja inconstitucional”.

Também nessa linha de raciocínio, no que respeita ao caráter impositivo da regra constitucional originária, já frisou o eminente Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADIn 293-7/DF: “Uma constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples estrutura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos povos e nas nações. Todos os atos estatais que rupugnem a constituição expõem-se à censura jurídica dos Tribunais, especialmente porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste –enquanto for respeitada- constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. (ADIn 293/7/DF, STF. DJU de 16.04.93, p. 6.429)

Não há como aceitar, por sua patente inconstitucionalidade, eventual afronta a cláusulas pétreas, seja através de lei, seja através de Emenda Constitucional, ou qualquer outra espécie normativa.

Considerando as vedações e limites ao poder de reforma, como o poder constituinte derivado, e dentro de um quadro de Constituição rígida como a nossa, cuja imutabilidade dos princípios gerais norteiam a nossa República, as cláusulas pétreas consignadas no § 4º do art. 60 não podem restar afrontadas. Há destarte, que se prosseguir, no que respeita à reforma da Constituição, a preservação de seu espírito, que, ademais, é incompatível com um novo desenho de Estado, que as alterações propostas pretendem impor.

De acordo com o professor José Afonso da Silva, “ no qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, as vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem, no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidas, mas concreta e materialmente efetivados(...) Direitos fundamentais do homem significam direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos humanos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17” (in Curso de Direito Constitucional Positivo, 6º ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 159).

Por sua vez, como uma das modalidades dos direitos fundamentais do homem, “os direitos sociais são prestações constitucionais positivas estatais, enunciados em normas constitucionais positivas, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais” (José Afonso da Silva), in ob. Cit).

Mas é preciso convir, antes de mais, que esses direitos não excluem outros, além daqueles constantes dos artigos 5º e seguintes da Constituição Federal, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela própria Constituição. Leia-se, a propósito, o disposto § 2º, do artigo 5º, que reza: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...”

O amplo rol de direitos fundamentais, o qual se inscreve nos artigos 5º, 6º, 7º 8º e 9º da Constituição Federal, não esgota, pois, o campo constitucional dos direitos fundamentais – lembremo-nos todos, pedra angular da Carta Magna. Estão também dispersos ao longo de todo o texto constitucional. São vulgarmente chamados de direitos fundamentais constitucionais fora do catálogo. Alguns desses direitos são direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias e dentre estes se situa o direito que todos temos de ser cidadãos de um País Soberano, dono de suas decisões nos campos econômico, político e social.

Um bom exemplo é a Lei 9.793/99 que cria nova exação para os inativos e pensionistas, deixando de lado um dos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático e Constitucional, que é o princípio da segurança jurídica.

A esse respeito, pode-se dizer, com Gomes Canotilho, que as idéias nucleares da segurança jurídica se desenvolvem em torno de dois conceitos:

a) estabilidade ou eficácia ex post da segurança jurídica: uma vez adotadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estatais não devem ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável que a sua alteração se verifique quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes.

b) Previsibilidade ou eficácia ex ante do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certa calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos.

Estes princípios podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Esses princípios apontam basicamente para:

1. a proibição de leis retroativas;
2. a inalterabilidade do caso julgado;
3. a tendencial irrevogabilidade dos atos administrativos constitutivos de direitos (Gomes Canotilho, Direito Constitucional, p. 363/365).

Conclui-se, de conseguinte, pela inconstitucionalidade da indigitada contribuição, tal qual restou reconhecida no Julgamento da ADinMc nº 2010/DF, pelo E. STF, no qual restou assente, ainda que em sede de liminar, mas com essência meritória, a inconstitucionalidade da cobrança da contribuição, Veja-se a respeito:

Supremo Tribunal Federal - Informativo 164: A CF, na redação dada pela EC 20/98, não autoriza a cobrança de contribuição de seguridade social sobre os servidores aposentados e pensionistas. Com esse entendimento, o Tribunal deferiu o pedido de liminar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB para suspender, até decisão final da ação direta, no caput do art. 1º, a eficácia das expressões "e inativo, e dos pensionistas" e "do provento ou da pensão", e, integralmente, o art. 3º e seu parágrafo único, todos da Lei 9.783/99, que dispõe sobre a contribuição para o custeio da previdência social dos servidores públicos, ativos e inativos, e dos pensionistas dos Três Poderes da União ("art. 1º. A contribuição social do servidor público civil, ativo e inativo, e dos pensionistas dos três Poderes da União, para a manutenção do regime da previdência social dos seus servidores, será de onze por cento, incidente sobre a totalidade da

remuneração de contribuição, do provento ou da pensão"). À primeira vista, o Tribunal considerou relevante a arguição de inconstitucionalidade por ofensa ao art. 195, II, da CF, com redação dada pela EC n° 20/98, tendo em vista que a CF expressamente excluiu os inativos e pensionistas das fontes de custeio da referida contribuição ("art. 195. ... II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidos pelo regime geral de previdência de que trata o art. 201;"). ADInMC 2.010-DF, rel. Min. Celso de Mello, 29.9.99.

Mais uma vez vê-se explícita na dicção da Suprema Corte a necessidade de respeito às situações jurídicas consolidadas na vigência de leis anteriores, sob o pálio do texto constitucional originário, necessidade essa imposta e oponível, inclusive, e principalmente frente à Emenda Constitucional, em respeito, sempre, ao direitos e garantias fundamentais que a própria Lei Maior nos dá.

Mais quais são e onde estão os Direitos e Garantias fundamentais?

Como bem acentuou o eminente Ministro Carlos Velloso ao proferir voto em ação direta de inconstitucionalidade, estão eles espalhados por toda a Constituição e não apenas nos setenta e sete incisos do art. 5º, como poderia parecer numa superficial análise. Vejamos o teor do voto:

“Direitos e garantias individuais não são apenas os que estão inscritos no art. 5º. Não. Esses direitos e essas garantias se espalham pela Constituição. O próprio art. 5º no seu § 2º, estabelece que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Sabido, hoje, que a doutrina dos direitos fundamentais não compreende, apenas, direitos e garantias individuais, mas, também, direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos. Este quadro todo compõe a teoria dos direitos fundamentais. Hoje não falamos, apenas em direitos individuais, assim de primeira geração. Já falamos de direitos de primeira , de Segunda, de terceira e até de quarta geração.” (ementário 1.730-10, cit)

Esses direitos estão hoje assim classificados:

Direitos da Primeira Geração: São os direitos da liberdade, correspondentes à fase inaugural do constitucionalismo – direitos civis políticos. Têm por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado, traduzindo-se como faculdades ou atributos da pessoa. A subjetividade é seu traço característico.

Direitos da Segunda Geração: Dominam o século XX do mesmo modo que os da primeira geração dominaram o século XIX. São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades. Foram introduzidos nos constitucionalismo pela reflexão antiliberal , de início, nas

Constituições marxistas e, depois, nas Constituições dos Estados Sociais. Fundamentam-se na Igualdade.

Direitos da Terceira Geração: Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os Direitos de Terceira Geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo. Assentam-se na Fraternidade.*

Ivo Dantas, obra citada.

Capítulo III CONSTITUIÇÃO E PODER REFORMADOR

Para deslinde da questão proposta, do qual, na verdade, dependerá o posicionamento do Poder Judiciário de forma geral, necessário se torna abordar o tema da distinção entre constituinte e poder reformador. Quem esclarece é OTTO BACHOF in “Normas Constitucionais Inconstitucionais? (Verfassungswidrige Verfassungsnormen?), com tradução para o português do Professor José Manuel Cardoso da Costa, editada pela Livraria Almedina, de Coimbra).

“Nas Constituições rígidas – que são aquelas que, para sua reforma, exigem formalidades especiais, distintas das seguidas para a elaboração das leis ordinárias a competência para alterá-las pertence a um poder reformador, distinto em sua natureza tanto do poder constituinte, quando do poder legislativo ordinário.”

Se o poder constituinte é limitado, o poder reformador não o é, tendo que se ater, necessariamente, às regras instituídas por aquele. Assim, quando a norma constitucional adventícia, emanada do poder reformador, se dispõe a alterar outra de modo contrário à cláusula de imodificabilidade contida no Diploma Maior, estaremos certamente diante de norma Constitucional inconstitucional, inexistindo em tal afirmação qualquer incongruência, contradição ou impropriedade, como, à primeira vista, pode parecer.”

Assim têm entendido, na doutrina pátria, entre outros, NELSON DE SOUZA SAMPAIO (O Poder da Reforma Constitucional, Livraria Progresso Editora, Bahia, 1954, pp.44/45 e 92 e sgs)., JOSÉ AFONSO DA SILVA 9 Curso de Direito Constitucional Direito Positivo, Edit. Revista dos Tribunais SP. 1989 pp. 59/60; PINTO FERREIRA Princípios de Direito Constitucional Moderno, Revista dos Tribunais, SP 5ª edição, vol. I, p.159, da Constituição, José Konfino Edit.Rio de Janeiro,1956,pp.

Em favor do seu entendimento, CARLOS VELLOSO, invoca a autoridade do insigne professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, como se lê:

“Mais na frente do que nós, nos sustentar o princípio da oposição do direito adquirido à própria Constituição, e, evidentemente, com muito maior autoridade, fortalecendo, assim, o nosso modesto ponto-de-vista, encontra-se o exímio Caio Mário da Silva Pereira, quando ensina.” Em princípio não pode haver nenhum direito oponível à Constituição, que é a fonte primária de todos os direitos e garantias do indivíduo, tanto na esfera publicística quanto na privatística. “Uma reforma Constitucional não pode sofrer restrições com fundamento na idéia genérica do respeito ao direito adquirido. Mas, se é a própria Constituição que consiga o princípio de não-retroatividade, seria uma contradição consigo mesma se assentasse para todo o ordenamento jurídico a idéia do respeito às situações constituídas e, simultaneamente, atentasse contra este conceito. Assim, um a reforma da Constituição que tenha por escopo suprimir uma garantia antes assegurada constitucionalmente (“*exempli gratia*”, a inamovibilidade e a vitaliciedade dos juizes), tem efeito imediato, mas não atinge aquela prerrogativa ou aquela garantia, integrada no patrimônio de todos que os gozavam do benefício “. (a referida lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA está estampada em sua obra Instituições de Direito Civil, Forense, 1961, vol.I, p.128)”.

A vexata quaestio é a seguinte: os direitos e garantias individuais, informados pelas chamadas cláusulas pétreas da Constituição (art.60, § 4º, IV), são apenas os arrolados nos setenta e sete incisos do seu art. 5º, ou, acaso, existem outros, enunciados em dispositivos diversos daqueles?

Tem-se por assente, inclusive com o reforço do posicionamento do Min. Velloso suso transcrito, onde observa a respeito do não-exaurimento dos direitos individuais nos setenta e sete incisos do art. 5º da Constituição, salientando que o elenco do art. 5º da Constituição não é exaustivo dos direitos e garantias individuais, até pelo que dispõe o § 2º do referido art.5º:

“§ 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Sem discrepar se manifesta o eminente Ministro ILMAR GALVÃO: “A nova Carta enumera os direitos e garantias individuais em seu art.5º. Fê-lo de maneira minuciosa, mas não exaustiva, já que, no § 2º, deixou ressalvado que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Repare-se que o texto não fere direitos e garantias expressos no art.5º, mas na Constituição, querendo significar,

portanto, que o mencionado dispositivo não é exaustivo em relação aos direitos expresso na Carta.” (STF-ementário nº 1739-10).

Tem-se, pois, que os direitos e garantias individuais, protegidos como cláusulas pétreas na Constituição, não se exaurem nos 77 incisos do art. 5º, consoante a interpretação corrente que é dada ao § 2º do art.5º da Lei Maior, como referido no julgamento da ADIn 939-7 (concessão de Medida Cautelar) pelo Supremo Tribunal Federal.

Relembrando a lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, já invocada, pode-se afirmar que “uma reforma da Constituição que tenha por escopo suprimir uma garantia antes assegurada constitucionalmente (“*exempli gratia*”, a inamovibilidade e a vitaliciedade dos juízes), tem efeito imediato, mas não atinge aquela prerrogativa ou aquela garantia, integrada no patrimônio de todos que gozavam o benefício.”

Assim entendidos os direitos e garantias individuais, o art. 60 ao fixá-los como cláusulas pétreas, leva à conclusão de que deverão eles ser interpretados não apenas como aqueles enumerados no art. 5º, mas, igualmente, como todos os constantes do Título II da Constituição Federal.

Todas essas matérias incluem-se nas denominadas cláusulas pétreas, mais precisamente, no inciso IV do art. 60, não podendo ser, nem ao menos, objeto de deliberação qualquer proposta tendente à aboli-los.

Em seu já citado estudo *Constituição e Direito Adquirido*, RAUL MACHADO HORTA afirma que “o constitucionalismo brasileiro, desde o seu texto inicial, em 1824, consagrou o princípio da irretroatividade ampla, desconhecendo técnica da retroatividade parcial, preferida nas Constituições dos Estados Unidos de 1787, da Argentina de 1853, da Itália de 1947 e da França de 1958”.

O que significa dizer, que o direito adquirido (art. 5º, inciso XXXVI) – tal como vimos defendendo – é imune a toda e qualquer alteração constitucional formal, seja pela Emenda, seja pela Revisão.(Ivo Dantas, Ob. Cit)

“O controle de constitucionalidade tem por objeto lei ou emenda constitucional promulgada”. RE 21.642 – Rel. Min. CELSO DE MELLO.

“Cabe Mandado de Segurança, no curso do processo legislativo, contra emenda constitucional que viole o art.60.§ 4º da Constituição. RE 21.747 – CELSO DE MELLO.

JOSÉ NERI DA SILVEIRA, *Reforma Constitucional e o Controle de sua Constitucionalidade* “possível será indicar, ad exempla, normas que, desde logo, definem conteúdos imutáveis da Constituição, tais como o art.2º, quanto à

separação dos Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário; o art. 5º, quando define “direitos e garantias individuais. Revista do Ministério Público, Nova Fase, Ed. RT, Porto Alegre, nº 35, 1995, pp.16-17.

Não se ode olvidar, a teor do rol do art. 59 da Carta, que a Emenda está compreendida no processo legislativo. E, assim sendo, é também Lei. Uma vez lei, está sujeita e adstrita ao princípio da irretroatividade

Duas observações da lavra do brilhante Ivo Dantas merecem destaque: a) o vocábulo Lei contido no mandamento transcrito engloba, indistintamente, todas as espécies legislativas contidas no art. 59 do texto constitucional, pois se assim não fosse estaríamos admitindo que só a Lei (tomada apenas no sentido formal e restrito) não poderia prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Em consequência, os decretos legislativos e as resoluções, por serem destituídos daquele sentido, não estariam incluídos nas limitações previstas e determinadas pelo inciso XXXVI; b) quando se fala em Emenda Constitucional, esta é manifestação de um Poder Constituído – Poder de Reforma – integrando, nos termos do art. 59 (CF, 1988), o Processo Legislativo e, como tal, encontra-se obrigada a render homenagem ao texto da Constituição, conclusão a que se chega não por mero exercício exegético, mas, inclusive, por determinação expressa deste mesmo texto (art.60, § 4º).

Tais emendas, entretanto, só poderão atingir Expectativas de Direito, nunca Direitos Adquiridos, visto que esses, entre nós, têm sede constitucional originária.

A esse respeito, o Min. Carlos Velloso: “Então é descabido, data venia, afirmar-se que tal direito não é oponível à reforma consubstanciada na Emenda Constitucional 1/69. É oponível, sim, porque é também um direito constitucional contido na matriz da reforma, na obra do Poder Constituinte originário do qual se derivou o Poder Constituinte de revisão”.

DA AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE(Direta)

São legitimados para propor a referida ação direta, também catalogada como representação de inconstitucionalidade, O Presidente da República, a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados a Mesa da Assembléia Legislativa, O Governador de Estado, o Procurador - Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

As decisões nas ações de inconstitucionalidade não fazem coisa julgada (salvo nos casos concretos) – na via de exceção .

Por leis não se entendem-se todas as espécies previstas no art. 59: inclusive Emendas à Constituição.

Por ato normativo, entende-se: a) decretos do Poder Executivo; b) normas regimentais dos Tribunais federais e estaduais e suas resoluções. Exclui-se desse controle o prejudicado fixado pelos Tribunais.

Inconstitucionalidade da Emenda:

Estas também se submetem ao controle da constitucionalidade, uma vez que, sendo fruto da competência reformadora, deverão ser produzidas segundo forma e com conteúdo previstos na Constituição.

Produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

O art.60, § 4º, por sua vez, impede apreciação de emenda tendente a abolir a Federação, o voto direto, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais. Ou seja: tais matérias são vedadas ao legislador comum. Elevam-se à condição de imutáveis. Nesse ponto a Constituição é imodificável. Ou seja, ainda: nessas matérias o grau de rigidez é o máximo, inadmitindo qualquer flexibilidade.

A rigidez constitucional impõe o controle da constitucionalidade.

Arruda Alvim Salienta que “a primeira palavra lúcida a respeito foi dita pelo Min. Costa Manso, para quem a essência do conceito, o aspecto mais importante, diz respeito ao fato. Sua frase era esta: “O fato é que o peticionário deve tornar certo e incontestável”. Sucessivamente, a partir dessa idéia, o Des. Luiz Andrade bem observou, já agora não com relação ao fato, mas ao direito, que a controvérsia não exclui juridicamente a certeza; vale dizer, sendo certo o fato, mesmo que o direito seja altamente controvertido, isso não exclui, mas justifica o cabimento do mandado de segurança. Numa palavra: a controvérsia e a certeza jurídica, esta a ser conseguida afinal, na sentença, não são idéias antinômicas, não são idéias que inelutavelmente brigam entre si. Portanto, o direito é certo desde que o fato seja certo; incerta será a interpretação, mas esta se tornará certa, mediante a sentença, quando o juiz fizer a aplicação da lei ao caso concreto controvertido”.

Quando se fala, pois, em direito líquido e certo quer-se significar que num primeiro momento o fato pode ser controvertido; depois, tornar-se-á certo pela adequada interpretação do direito. Por isso, não há instrução probatória no mandado de segurança. Impetrante e informante não produzem documentalmente, todo o alicerce para sustentação das suas alegações. O fato, portanto, há de tornar-se incontroverso pela interpretação do direito, dada por meio da decisão judicial.

O eminente Vicente Ráo, na sua conhecida obra “O Direito e a Vida dos Direitos”, descreve, com maestria, o sentido profundo da intangibilidade do tempo pretérito, nos seguintes termos: “A inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de Portalis, o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não pudesse julgar seguro sequer quanto à sua vida passada (...). Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar, através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já foi, fazer reviver as nossas dores, sem restituir as nossas esperanças (...). (Ed. Resenha Universitária, 1977, v. 1, p. 428).

Já Raul Machado Horta, no judicioso artigo “Constituição e Direito Adquirido”, publicado na Revista Trimestral de Direito Público, nº 1/93, p. 50-61, obedeceu a dois períodos. No primeiro, a irretroatividade ampla se encontra na Constituição e a proteção do direito adquirido advém desta, como princípio-reflexo. No segundo, a irretroatividade ampla foi absorvida pelo direito adquirido, que se tornou princípio constitucional explícito.

As Constituições Federais de 1824, 1891 e 1937 integram o primeiro período sendo que as de 1934, 1946, 1967 e 1988 o segundo, quando o direito adquirido passou a ser princípio constitucional, absorvendo nele a irretroatividade das leis.

Na vigente Carta Política, o direito adquirido, ao lado da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, é direito e garantia individual, quando considerado em relação à lei nova, que não poderá prejudicá-lo, conforme estabelece o art. 5º, inciso XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Como se vê, o legislador tratou o assunto em sede constitucional, colocando em igual patamar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Não se admitir o respeito ao direito adquirido implicaria dar-se o mesmo tratamento para o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A Lei Maior, por decisão soberana dos constituinte originário, é, a um só tempo, fonte e protetora do direito adquirido. É dizer, origina-o e protege-o como cláusula pétrea.

Carlos Ayres Britto e Valmir Pontes Filho, no substancial estudo “Direito Adquirido contra Emendas Constitucionais”, repontam esta posição com igual vigor.

“Há direito adquirido, sim, contra as emendas constitucionais. O que não há é direito adquirido contra a constituição, tal como originariamente posta (...) Noutros termos(...) somente a Constituição originária é que se põe na linha de largada do Direito Positivo(...). Isto, pelo fato de que seu órgão de elaboração

(Assembléia Nacional Constituinte no caso brasileiro) é o único a se caracterizar como instância capaz de normar sem ser normada (...)” (RDA 202/95, p 75/76).

Certo é que o poder de emenda não se confunde com o poder originário: aquele se sujeita às limitações que este lhe impõe. Tais limitações, no sistema jurídico-positivo vigente, estão consagradas nos incisos I a IV do § do art.60 da Carta Política, in verbis:

“Art.60.....

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.”

Ivo Dantas, na já citada brilhante obra “Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade”, observa:

“(...) quando se fala em Emenda Constitucional, esta é manifestação de um Poder Constituído – Poder de Reforma – integrando nos termos da art. 59 (CF, 1988) o Processo Legislativo e, como tal, encontra-se obrigada a render homenagens ao texto da Constituição, conclusão a que se chega não por mero exercício exegético, mas ,inclusive, por determinação expressa do mesmo texto (art.60, § 4º) “(...) (Ed. Lumen Juris. 1996, p.62).

Não discrepa a orientação do Supremo Tribunal Federal , no julgamento da ADIn nº 939-DF, decidiu que: “Uma emenda à Constituição, emanada, portanto, de Constituinte derivado, incidindo em violação à Constituição originária , pode ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é a guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, a CF). (...)”. (RTJ, 151/755).

Ainda, o Excelso Pretório, no julgamento do Recurso de Mandado de Segurança nº 11.395, decidiu que: “Se na vigência da lei anterior, o servidor preenchia todos os requisitos exigidos, o fato de, na sua vigência, não haver requerido a aposentadoria não faz perder o seu direito que já estava adquirido (...)”. (TRJ, 48/392).

Como se vê, nem mesmo através de Emenda poderia restar maculado o direito já incorporado ao patrimônio do indivíduo ou da coletividade, pois na Lição de Luís Roberto Barroso “A regra do art. 5º, inc. XXXVI, dirige-se, primariamente, ao legislador, e, reflexamente, aos órgãos judiciários e administrativos. Seu alcance atinge, também, o constituinte derivado, haja vista que a não retroação, nas hipóteses constitucionais, configura direito individual, que, como tal, é protegido pelas limitações materiais do art. 60, § 4º, IV. Disso resulta que as emendas à Constituição, tanto quanto as leis infraconstitucionais, não podem malferir o

direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. (in Interpretação e Aplicação da Constituição, p. 52, 1996, Saraiva.)

Em conclusão, nada há de surpreendente em que os princípios constitucionais fundamentais sejam intocáveis, pois se tratam de direitos e garantias individuais e coletivos, sendo defeso sua abolição por meio de proposta de emenda constitucional. As disposições desta não podem retroagir para desconstituí-los, sob pena de inconstitucionalidade.

PARTE PRÁTICA

O MANEJO PRÁTICO DA AÇÃO MANDAMENTAL

(em face de atos diversos de autoridade pública)

Capítulo I

Mandado de Segurança em Matéria Tributária

Incidência da CPMF na movimentação financeira dos contribuintes, Vício do procedimento legislativo– ato do Sr. Delegado da Receita Federal no RJ. Ordem Concedida.

EX.^{mo} Sr. Dr. Juiz Federal da Vara – Seção do Rio De Janeiro

vem, por seu advogado ao final, com escritório na rua México, 70, sala 1.006, onde receberão intimações ou qualquer outro ato processual, com fulcro no artigo 5º, inciso LXIX da CARTA MAGNA e dos dispositivos contidos na lei 1.533 / 51, impetrar o presente

MANDADO DE SEGURANÇA

(com pedido de liminar *inaudita altera pars*)

em face do ato do Ilustre Sr. Delegado da Receita Federal no Rio de Janeiro, que vem, ilegalmente, cobrando a Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira (CPMF), em confronto com as normas constitucionais e o melhor direito como se provará pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

DA HIPÓTESE

Como amplamente divulgado, a CPMF voltou a ser cobrada de forma compulsória em 17 de junho do corrente, com fulcro na Emenda Constitucional nº 21, a qual adicionou o art. 75 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CRFB/88.

DOS FATOS

Os impetrantes, como se comprova pelos documentos adunados, são titulares das contas correntes que mantêm nas instituições bancárias ao final indicadas, portanto, sujeitos passivos da indigitada Contribuição.

DAS INCONSTITUCIONALIDADES

A CPMF reapareceu no cenário nacional através da proposta de emenda à Constituição nº 34 de 1998, de iniciativa do Senado Federal, tendo como primeiro signatário do 1/3 determinado pelo art. 60, I, CF, o Senador Elcio Alvares.

A proposta cuidou de acrescentar um único artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Provisórias, o art. 75. Já votada em segundo turno pelo Senado Federal, a referida proposta teve sua redação final elaborada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, da qual resultou o parecer nº 35 de 1999, enviado à Câmara dos Deputados.

Sucedo que, na Casa Revisora, a Câmara dos Deputados, o teor do § 3º do citado artigo foi alterado. Como se vê:

“Art. 75.

Omissis

§ 3º - É a União autorizada a emitir títulos da dívida pública interna, cujos recursos serão destinados ao custeio da saúde e da previdência social, em montante equivalente ao produto da arrecadação da contribuição, prevista e não realizada em 1999, ***hipótese em que o resultado da arrecadação verificado no exercício financeiro de 2002 será integralmente destinado ao resgate da dívida pública federal.***”

Em total afronta ao art. 65 da CF/88, que determina o retorno do projeto alterado na Casa Revisora à Casa Iniciadora, a Câmara dos Deputados suprimiu a parte grifada e não retornou o projeto ao Senado Federal para votação.

E não se diga que a supressão em tela é de menor importância, pois apresenta-se como um dos maiores entraves à garantia da ordem econômica do país.

De outra eiva não subsiste o malsinado tributo. Sua reintrodução ao mundo jurídico foi desprovida de técnica legislativa, o que não lhe permite o condão da legalidade, questão sempre insofismável. E não há de ser justamente no campo tributário que a legalidade poderá ser atropelada, ainda mais com o fito de dar ênfase a uma política de tapar a corrupção e a má gestão da verba pública com o aumento indiscriminado da carga fiscal, que aliás já se encontra entre as mais altas do mundo, embora de retorno social medíocre.

O inusitado foi a prorrogação daquilo que não mais existia na acepção do art. 2º da LICC, verbis:

"Art.2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue."

Do texto, pode-se concluir que sendo a lei de vigência temporária, esta não mais existirá ao seu término.

Nem se diga que foi um caso *sui generis* de **repristinação**, pois como cedição em doutrina e jurisprudência, para a existência da repristinação é essencial a lei revogadora, que também não houve no caso em tela. Ademais, sendo a repristinação exceção e não regra no direito brasileiro, não se pode emprestá-la interpretação extensiva, como regra básica de hermenêutica.

Se a positividade do direito não permite tais contorcionismos do legislador, não é por pura vaidade da ciência, mas sim por respeito a quem está por trás do sistema e sofrendo suas ingerências, o cidadão. E esse foi o princípio norteador do Estado de Direito, já hoje assimilado e vertido.

"Tanto o Direito positivo, quanto a ciência do Direito, que o tem por objeto, apresentam incontável unidade científica. Esse dado deve estar sempre na mente do jurista, como informação fundamental e princípio reitor de qualquer trabalho que venha a empreender." Paulo de Barros Carvalho

A perda da vigência não pode ser encarada pela óptica da casualidade, pois seria atribuir-lhe a face do inexpressivo, abrindo espaço a imaginativas inovações no ordenamento jurídico e praticando o suicídio do Estado de Direito sob o manto da pseudo legalidade.

O Pretório Excelso considera o tema de suma importância, firmando jurisprudência no sentido de que ao encerrar a vigência das leis temporárias, estas perdem seu objeto, como extraímos da ADIN 534-1/DF, Ministro Relator Celso de Mello:

“.....

A cessação da vigência da lei ou da espécie normativa argüida de inconstitucional inibe, na linha de reiterada jurisprudência desta Corte (RTJ 84/39 - 114/91 1 ADIn 652-MA, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o prosseguimento da ação direta, desde que inexistam efeitos residuais concretos, decorrentes da aplicação do ato estatal impugnado.

Desse modo, o processo de controle normativo abstrato apenas subsistirá quando, não obstante a superveniente cessação de eficácia da lei questionada, remanescerem conseqüências jurídicas derivadas do ato que constituir objeto da ação respectiva (RTJ 541710 - 55/662 - 87/758 - 89/367 - 1001467 104/62; RDA 140/41 - 145/131 - 152/166).

Impõe-se registrar que a cessação superveniente da vigência da norma estatal impugnada, que se revela apta a gerar a extinção do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, tanto pode decorrer da revogação pura e simples do ato normativo impugnado como do exaurimento de sua eficácia, tal como sucede nas hipóteses de normas legais de caráter temporário.

No caso presente, as normas questionadas pelo Partido Socialista Brasileiro, revestem-se de conteúdo transitório, porque condicionada a sua aplicabilidade a um lapso de ordem temporal que, iniciado em 19.8.91, exauriu-se em 17.8.92.

.....

Feitas essas considerações, e acolhendo a preliminar suscitada pela douta Procuradoria-Geral da República, julgo prejudicada a presente ação direta, em face do completo exaurimento das normas que constituíram objeto desta impugnação em abstrato.

É o meu voto.

EXTRATO DE ATA

Decisão: Por votação unânime, o Tribunal, resolvendo questão de ordem, julgou prejudicada a ação, Votou o Presidente, Ausente, ocasionalmente, o Ministro Paulo Brossard. Plenário, 26.08.92 “

Consoante tamanhas implicações do tema no mundo jurídico, não se pode agora querer desclassificá-lo ao sabor das marés.

E assim estabeleceu o caput do art. 75, ADCT;

"Art.75 - É prorrogada, por trinta e seis meses, a cobrança da contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira de que trata o art. 74, instituída pela Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, modificada pela Lei nº 9.539, de 12 de dezembro de 1997, cuja vigência é também prorrogada por idêntico prazo."

E a redação da Lei 9.539 / 97, em seu art. 1º, verbis:

"Art.1º – Observadas as disposições da Lei 9.311, de 24 de outubro de 1996, a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF incidirá sobre os fatos geradores ocorridos no prazo de vinte e quatro meses, contado a partir de 23 de janeiro de 1997."

Como se depreende da parte grifada, a Lei 9.539/97 foi de vigência temporária, com início em 23.01.97 e fim em 23.01.99, data em que deixou de existir para o mundo dos fatos presentes, restando-lhe apenas a reserva dos fatos ocorridos ao seu tempo.

Tendo sido publicada em 19.03.99, e só aí ganhando validade jurídica, a Emenda Constitucional nº 21 ficou sem condições lógicas de prorrogar a Lei 9.539/97. Caso contrário uma pergunta ficaria sem resposta: como se adiar o término de algo que já terminou?

LIMINAR COM BASE NO PRETÓRIO EXCELSO

Revista **Consultor Jurídico**, 23 de junho de 1999.

"O juiz Martinez Perez, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, concedeu liminar que livra mais um contribuinte do pagamento do imposto do cheque. A medida reformou decisão contrária ao correntista, proferida em 1ª instância pela juíza federal Valéria Nunes da Silva. Perez entendeu que a contribuição não poderia ser instituída com a prorrogação da Lei 9.539/97 determinada pela Emenda Constitucional 21/99. O juiz explica que a lei tinha um prazo definido - findo em 23 de janeiro - e após esse prazo considera-se que ela não mais existia. 'De sorte que não se poderia prorrogar o que não mais existe', sentenciou.

Omissis

*O juiz citou decisão do STF, em que os ministros consideraram inválida a prorrogação de uma norma, com prazo de vigência definido, através de Medida Provisória. À época se questionava a validade das alíquotas de contribuição para o plano de seguridade social do servidor público da ativa. As alíquotas haviam sido instituídas pela Lei 8.688/93, com prazo de vigência até 30 de junho de 1994. O governo, através da MP, prorrogou a cobrança das alíquotas, que passariam a vigor em 1º de julho daquele ano. O relator do processo, **ministro Sepúlveda Pertence**, entendera que 'cessada a sua vigência em 30 de junho de 1994, à falta de alíquotas, a própria contribuição social dos servidores públicos se tornou inoperante, um sino sem badalo'."*

DO DANO IRREPARÁVEL

A vigência do malsinado tributo já se iniciou, sua forma inexorável de cobrança e a oblíqua processualística com a qual se vêm inviabilizando a entrega da jurisdição quando o réu é o Estado, firmam ao dano os caracteres de real e irreparável.

E impor ao contribuinte a via crucis de uma ação de repetição de indébito com “direito” à precatório ao final para receber as diferenças da CPMF seria, na prática, o mesmo que negar-lhe a jurisdição.

PEDIDO

Do exposto, tendo em vista a presença do *fumus boni juri*, estampado nas questões de direito abordadas, e o *periculum in mora*, pela certeza da inviabilidade de receber esses valores a posteriori, requerem os Impetrantes:

1 - O deferimento da **MEDIDA LIMINAR - *inaudita altera pars*** - para determinar à digna autoridade coatora, o Sr. Delegado da Receita Federal no Rio de Janeiro, que se abstenha de cobrar ou recolher a CPMF sobre as movimentações financeiras dos impetrantes ou quaisquer outros fatos gerados que possam determinar a sua incidência.

2- Que sejam oficiados os gerentes das respectivas agências dos Bancos Depositários, onde os impetrantes possuam numerário, seja conta corrente, poupança, fundos de investimento ou qualquer outra espécie, para que cumpram a determinação Judicial no sentido de não efetuar o desconto da CPMF dos valores dos Impetrantes; quais sejam:

- ✓ **Banco do Brasil:**
- ✓ **Banco Real:**
- ✓ **Banco Bradesco:**
- ✓ **Unibanco:**

3- A requisição das informações à Delegacia da Receita Federal no Rio de Janeiro, respeitado o decêndio legal;

4- E, finalmente, após o judicioso parecer do parquet, na apreciação do mérito seja-lhes concedida a segurança definitiva com a finalidade de desobrigá-los ao pagamento dessa imposição despida de suporte constitucional, condenando os réus nas despesas processuais, por ser uma medida de **DIREITO E DE JUSTIÇA** .

Dá-se à causa o valor de R\$ 500,00

Nestes Termos,

Espera Deferimento.

Rio de Janeiro, 30 de outubro de 2018

Desconto de Imposto de Renda na Fonte Sobre Proventos de Aposentadoria de Ex- Combatentes. Art.6º, XII da Lei 7.713/88. Ordem Concedida.

EXMO. SR. DR. JUIZ DA __ VARA FEDERAL -SEÇÃO DO RIO DE JANEIRO

vem através de seu advogado “ *in fine*” com fulcro no artigo 5º, inciso LXIX da CARTA MAGNA e dos dispositivos contidos na lei 1.533/51, bem como na lei 4.348/64, impetrar:

**MANDADO DE SEGURANÇA
(Com Pedido de Liminar)**

em face do ato do Ilustre Sr. Delegado da Receita Federal no Rio de Janeiro, que vem, ilegalmente, exigindo e descontando IMPOSTO DE RENDA, sobre rendimentos provenientes de **reforma de ex-combatente** pagos pelo INSS constituindo-se em verdadeiro seqüestro, o que conflita com a norma legal garantidora da isenção ao ex-combatente como se provará pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

DA HIPÓTESE

De acordo com os documentos adunados, constata-se que o impetrante é ex-combatente **APOSENTADO COM BASE NA LEI 2.579/55**, e vem sofrendo, mensalmente, desconto de imposto de renda na fonte.

1. DO DIREITO DO EX COMBATENTE À ISENÇÃO

A Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, preconiza, em seu art. 6º, XII a hipótese dos autos, *verbis*:

Art.6º. Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

.....

*XII – as pensões e os proventos concedidos de acordo com os Decretos-Leis, nº 8.794 e 8.795 de 23 de janeiro de 1946, e Lei nº 2.579 de 23 de agosto de 1955, e art. 30 da Lei nº 4.242 de 17 de julho de 1963, em decorrência de reforma ou falecimento ou **ex-combatente** da Força Expedicionária Brasileira;*

O artigo suso restou regulamentado pelo Decreto 3.000/99 verbis:

Capítulo II

RENDIMENTOS ISENTOS OU NÃO TRIBUTÁVEIS

Seção I - Rendimentos Diversos

Art. 39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto:

Proventos e Pensões da FEB

XXXV - as pensões e os proventos concedidos de acordo com o Decreto-Lei nº 8.794 e o Decreto-Lei nº 8.795, ambos de 23 de janeiro de 1946, e Lei nº 2.579, de 23 de agosto de 1955, Lei nº 4.242, de 17 de julho de 1963, art. 30, e Lei nº 8.059, de 4 de julho de 1990, art. 17, em decorrência de reforma ou falecimento de ex-combatente da Força Expedicionária Brasileira (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso XII);

Como se constata da certidão de Ex-Combatente emitida em favor do impetrante, fica claro que preenche este os requisitos da supracitada legislação, para auferimento do benefício vindicado, qual seja a isenção dos descontos do imposto de renda, inclusive na fonte.

Nesse sentido, tem sido pacífica a jurisprudência dos Tribunais:

“EMENTA: Militar. Ex-combatente.

Ex-combatente é aquele que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei 5.315, de 12/09/67. Não preenchendo o impetrante os requisitos da lei, ex-combatente não é”. (STJ. MS 761/DF Rel., Min. José de Jesus Filho., 1ª seção. Decisão 29/10/91.) grifamos.

“ EMENTA: Militar. Ex- Combatente. Pensão por morte. Lei 5.315/67.

I- A lei 5.315/67, art. 1º, considera-se ex-combatentes do Exército aqueles que tenham participado efetivamente de missões de vigilância e segurança do litoral, como integrantes de guarnições de ilhas oceânicas ou unidades que se deslocam de suas sedes para cumprimento daquelas missões. Por outro lado, o art. 53 do Ato das Disposições Constitucionais transitórias (Constituição de 1988), entre outros direitos concedidos á ex-combatente, concede á viúva ou companheira pensão por morte, como pleiteada na inicial pela autora.” (TRF 2ª Região. AC 90.02.01181-4/RJ Rel. Juiz Henry Barbosa, 1ª Turma.)grifamos.

Mais uma vez reportando-se às certidões anexas, aduz o impetrante que, de acordo com a definição da doutrina e entendimento da jurisprudência, **sua certidão foi expedida nos termos da Lei 5.315/67**, razão pela qual encontram-se preenchidos os requisitos legais. Senão vejamos:

O Decreto nº 83.080 de 24 de janeiro de 1979, considera Ex-combatente aquele que, integrando a Força Expedicionária Brasileira, a Força do Exército, a Força Aérea Brasileira, a Marinha de Guerra Brasileira, ou a Marinha Mercante Nacional nos termos da Lei 5.315/67, participou efetivamente de operações bélicas, na Segunda Guerra Mundial.

Considera-se ainda como ex-combatente, nos termos do aludido Decreto, o piloto civil que no período de 22 de março de 1941 à 8 de maio de 1945, tenha participado, por solicitação de autoridade militar, de patrulhamento, busca, vigilância ou localização de navio torpedeado e assistência à naufragos, *ex vi* do seu art. 173.

Já o artigo 174 do daquele diploma, institui como prova da condição de ex-combatente, a certidão do Ministério Militar competente.

Deságua, pois, concluir, que reunidas as condições exigidas tanto na Legislação do Imposto de Renda quanto na lei previdenciária, caracterizam-se os impetrantes como ex-combatentes. Destinatários, portanto, da norma de Isenção invocada.

Restando flagrante, a ilegalidade do ato que exige Imposto de Renda sobre seus proventos de Ex-combatente.

Em excelente estudo publicado, o professor IVES GANDRA, distingue entre as normas de aceitação social e as de rejeição social, tratando estas últimas como impositivas, de maneira que se não expressamente obrigado, a ninguém apreciaria o cumprimento.

“Não matar”, por exemplo, é norma de aceitação social, em virtude de que ainda que inexistente o comando legislativo, o próprio instinto de preservação da espécie faria com que os homens não desobedecessem tal regra. Por sua vez, pagar imposto, é toda exigência de rejeição social, não sendo necessário que entre outras coisas, se mencione o emprego irregular de verbas públicas e o imenso desperdício de recursos sem a correspondente prestação de serviços obrigatórios.

É de fácil constatação, que o objetivo do legislador foi dar aos que vão se aproximando do término da vida, e já deram sua contribuição à pátria, no caso dos autos, arriscando a própria vida em zona de guerra, um vencimento

integral sem descontos, para que possam usufruir totalmente daquilo que recebem.

DO PEDIDO

EX POSITIS, considerando que a autoridade coatora vem impondo ao impetrante desconto ILEGAL e estando presentes os pressupostos necessários a concessão da **MEDIDA LIMINAR**, ISTO É, *Fumus boni juris*, estampada na plausibilidade do direito vindicado, expresso no art. 6º, XII da Lei 7713/88, e pelas decisões colacionadas acerca da matéria, e o *periculum in mora*, representado pelo dano de difícil reparação consubstanciado no desconto do Imposto de Renda na fonte de forma coativa e irresistível, de vez que a recuperação desses recursos pela via do indébito é de longa duração, pois são pessoas que ultrapassaram a média de vida do brasileiro, que não podem esperar por muito tempo o desfecho final do processo, e **ainda mais por se tratar de vencimentos de caráter alimentar que o impetrante necessita para satisfazer suas necessidades vitais e de sua família.**

Isto posto, o Impetrante requer :

1- O deferimento da **MEDIDA LIMINAR** para determinar à digna autoridade coatora que se abstenha de exigir o Imposto de Renda na fonte sobre os rendimentos provenientes de proventos de ex-combatente, sem que lhe seja imposta a obrigatoriedade de depósito das quantias discutidas, considerando que continuaria privado desse recurso tão necessário à sua subsistência;

2- **Seja oficiado o INSS, posto de pagamento de ex-combatente, na Av. Presidnete Vargas, 1997**, para que cumpra a determinação Judicial, no sentido de não efetuar o desconto de Imposto de Renda na fonte na aposentadoria do Impetrante;

2.1- Seja igualmente oficiado ao Ministério da Defesa-Aeronáutica, para que dê igual cumprimento à ordem mandamental.

3- Que sejam requisitadas a Delegacia da Receita Federal no Rio de Janeiro, as informações necessárias dentro do prazo legal ;

4- Que, finalmente, na apreciação do mérito seja concedida a Segurança definitiva com a finalidade de desobrigá-lo do pagamento dessa imposição despida de suporte legal e moral, por ser uma medida de **DIREITO E DE JUSTIÇA** .

Dá-se o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

N. Termos

P. Deferimento.

Descontos de Imposto de Renda na Fontes incidente sobre proventos e Aposentados e Pensionistas maiores de 65 anos. Inteligência do art. 153, II, § 2º da CF/88. Revogado pela EC 20/98. Ordem Concedida

EXMO. SR .DR. JUIZ DA __ VARA FEDERAL -SEÇÃO DO RIO DE JANEIRO

vem através de seu advogado “ *in fine*” com fulcro no artigo 5º, inciso LXIX da CARTA MAGNA e dos dispositivos contidos na lei 1.533/51, bem como na lei 4.348/64, impetrar:

Mandado de Segurança
(Com Pedido de Liminar)

em face do ato do Ilustre Sr. Delegado da Receita Federal no Rio de Janeiro , que vem, ilegalmente, descontando IMPOSTO DE RENDA, sobre rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, pagos pela Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a pessoas com mais de 65 anos (sessenta e cinco anos) de idade, constituindo-se em verdadeiro seqüestro, o que conflita com a norma constitucional como se provará pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

DA HIPÓTESE

De acordo com os documentos acostados, constata-se que os impetrantes pertencentes, OS DOIS PRIMEIROS aos quadros **Ministério da Saúde**, e o terceiro, ao quadros **do INSS**, são pessoas com mais de 65 anos de idade, vivem exclusivamente do rendimento do trabalho, e vem sofrendo mensalmente desconto de imposto de renda na fonte.

DO DIREITO

A Constituição Federal em seu artigo 153, III, parágrafo 2º inciso II dispõe que não incidirá Imposto de Renda nos termos e limites fixados em lei , sobre rendimentos provimentos de aposentadoria e pensão , pagos pela Previdência Social da União dos Estados , do Distrito Federal e dos Municípios , a pessoa com idade superior a sessenta e cinco anos , cuja renda total seja constituída exclusivamente de rendimentos do trabalho .

Como se constata pelo aludido inciso II do artigo 153 , três são os requisitos necessários a não incidência do Imposto de Renda na fonte:

- a) Ser maior de 65 anos de idade.
- b) Ter suas aposentadorias ou pensões pagos pela previdência social da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios .
- c) Ter a renda exclusiva do trabalho.

Da prova pré constituída trazida à colação na peça exordial constata-se que os Impetrantes **são maiores de 65 anos** , cujos recolhimentos **são provenientes de aposentadoria e pensão e exclusivos do trabalho** (carteira de identidade , contra- cheques e declaração do Imposto de Renda).

A questão de fundo contida no artigo 153 II, § 2º da C.F/88 cinge-se ao exame quanto ao aspecto tributário.

Trata-se, na realidade, de **imunidade tributária** que não pode ser atingida de qualquer forma por lei ordinária fixando valor quantitativo, pois isto subverteria o princípio constitucional, inerente a tributos, por razões de ordem varias, a pessoas com mais de 65 anos de idade.

Segundo o Magistério de José Geraldo Ataliba Nogueira , em seu livro noções de Direito Tributário , Editora Revista dos Tribunais , fls. 65:

“ Imunidade é sinônimo de inatingibilidade . É imune a uma doença quem não pode ser atingido por ela: imune a um veneno quem não sofre os efeitos da picada.

Assim no Direito Tributário , imunidade quer dizer inatingibilidade, imanência a tributos. As pessoas imunes não são atingidas por qualquer tributo. Com respeito a elas, nem sequer chega a nascer a obrigação tributária. É como se não existissem impostos para elas.

O imune nenhum múnus tem, nem teve. O imune não deve satisfações ao Fisco , sua condição está acima de qualquer lei”.

O professor José Afonso da Silva em seu curso de Direito Constitucional Positivo 9ª edição , Editora Malheiros , fls 607 leciona:

“ As imunidades fiscais instituídas por razões de privilégio ou de consideração de interesse geral , neutralidade religiosa, econômica, ou política excluem a atuação do poder de tributar

Nas hipóteses imunes a tributação incorre fato gerador de obrigação tributária .Nisso diferem imunidades e isenções pois relativas a estas dá-se o fato gerador da obrigação tributária , mas o contribuinte fica apenas imune do pagamento do tributo.(grifo nosso).

As imunidades configuram privilégios de natureza constitucional e não podem estender-se além das hipóteses expressamente previstas na Constituição. Note-se que só existe imunidade quanto aos impostos.

*Ela não beneficia as taxas nem as contribuições de melhoria, nem as contribuições fiscais ou parafiscais. **Há outras imunidades específicas que se acham nos dispositivos constitucionais** sobre não incidência de determinados impostos em hipóteses indicadas; onde a Constituição começa um 2º dispositivo com a norma **não incidirá, o imposto,de renda sobre rendimentos de aposentado nas condições indicadas no art. 153** (grifos nossos)*

Nesse mesmo sentido leciona o professor ADILSON RODRIGUES PIRES em seu manual de Direito Tributário 6ª edição, editora forense, fls. 15/19:

“Para estudarmos a imunidade tributária é preciso inicialmente tecermos algumas considerações sobre incidência, não-incidência e isenção:

Incidência - *A lei tributária prevê uma serie de situações que, uma vez ocorridas originam a obrigação correspondente. A definição do fato gerador, de forma abstrata, pela lei é perfeitamente delimitada no que se costuma chamar de campo de incidência tributária.*

Podemos dizer que, cada tributo aqui entendido em seu sentido amplo possui seu próprio campo de incidência, no final são elencadas pelo legislador todas as hipóteses de incidência.

Não - Incidência - *Os fatos não previstos pelo legislador como necessários e suficientes à ocorrência do fato gerador, diz-se estão fora do campo de incidência. Não quis o legislador, digamos fossem eles objeto de imposição tributária.*

Objetivamente, o fato e, subjetivamente o sujeito passivo não são alcançados pela regra jurídica.

Pode também, o legislador fazer menção expressa na lei de situações que igualmente não podem ser objeto de tributação.

*Assim, faz ele constar do texto legal, todas aquelas situações que, ocorrendo na prática não poderão ser afetadas pela norma, **como que não querendo deixar margem a dúvida por parte do aplicador da lei.** Essa situação é comumente encontrada nas leis específicas de vários tributos.*

Isenção - A isenção é norma de exclusão de crédito tributário, como de vê no art. 175 do Código Tributário Nacional. Sendo exclusão, fácil é concluir que o crédito existiu e o fato gerador ocorreu efetivamente, fazendo nascer a obrigação tributária. **A isenção, podemos dizer é dispensa do pagamento do tributo a partir do nascimento da obrigação respectiva. Situa-se portanto dentro do chamado campo de incidência. Essa a posição doutrinária dominante.**

IMUNIDADE - A imunidade é uma limitação do exercício do poder de tributar, prevista na constituição brasileira. A norma é dirigida ao legislador não lhe permitindo exercer sua competência tributária nos casos que especifica. Vale dizer, ainda que ocorra o fato, se pratique o ato, ou se celebre o negócio considerado pela constituição como revelador da capacidade econômica do contribuinte, dele não pode aproveitar-se o legislador para considerá-lo fato gerador de imposto. **Imunidade é exclusão do poder de tributar, na expressão corrente entre os autores**

Em termos comparativos e para facilitar a compreensão, podemos concluir afirmando que, enquanto na isenção é uma forma de exclusão de crédito tributário, a imunidade consiste na exclusão da própria competência tributária.

Convém lembrar que a imunidade se refere apenas a impostos, não se dirigindo, de maneira alguma, a outras modalidades de tributo. É que sendo o imposto um tributo não-vinculado, na feliz classificação de |Geraldo Ataliba, a ele não corresponde atividade específica do Estado em relação ao contribuinte, razão porque pode o constituinte vedar a instituição de impostos sobre pessoas ou bens a partir das situações descritas. O mesmo não se pode dizer de outra espécies tributárias, como por exemplo, a taxa, o tributo não - vinculado a uma atividade estatal relativa ao contribuinte. Como poderia um município coletar o lixo das nossas residências se não lhe fosse facultado o acesso aos recursos necessários à prestação daquele serviço? Quem quer um fim não pode subtrair os meios. A atual constituição, entretanto, de forma expressa, assegura a impossibilidade de cobrança de custas e de taxas nas ações de “ habeas corpus” e o “ habeas data” e aos atos necessários ao exercício da soberania, neste ultimo caso, na forma como dispuser a lei.

Do mesmo modo também determinou sejam gratuitos para os reconhecidamente pobres , nos termos da Lei 7.844/89, o registro civil de nascimento e a certidão de óbito, instituindo assim, no caso das taxas , também a imunidade.

A Constituição em nenhum momento utiliza o termo imunidade em seu texto .Prefere as expressões como “ é vedado” ,”não incide”,etc.

Na constituição brasileira encontramos a imunidade nos seguintes dispositivos:

Art.150, VI.....

Art.153, § 2º, II - Imunidade para os aposentados e pensionistas com mais de 65 anos, que recebem pela previdência social da União, dos estados, do Distrito Federal, e dos Municípios, cuja renda total seja constituída exclusivamente dos rendimentos do trabalho, nos termos e limites estabelecidos em lei

Art. 153, § 3º, III.....
(*grifos nossos*)

A expressão contida na norma constitucional. mais precisamente no inciso II do § 2º do art. 153, NÃO INCIDIRÁ, significa pela ótica do Direito Tributário, Inatingibilidade, Imanência. É notório que a eventual superveniência de lei cujo escopo é instrumentalizar um mandamento constitucional criando mecanismos para seu exercício não pode se sobrepor ao próprio direito criado pela Lei Maior.

Em recente estudo publicado, o professor IVES GANDRA, distingue entre as normas de aceitação social e as de rejeição social, tratando estas ultimas como impositivas, de maneira que se não expressamente obrigado, a ninguém apreciaria o cumprimento.

“ Não matar”, por exemplo, é norma de aceitação social, em virtude de que ainda que inexistente o comando legislativo, o próprio instinto de preservação da espécie faria com que os homens não desobedecessem tal regra.

Por sua vez, pagar imposto, é toda exigência de rejeição social, não sendo necessário que entre outras coisas, se mencione o emprego irregular de verbas publicas e o imenso desperdício de recursos sem a correspondente prestação de serviços obrigatórios.

E, continua o ilustre professor IVES GANDRA em seu livro “A Constituição do Brasil”, Pág. 289:

“Um outro aspecto que se coloca é o de saber se à falta da lei, o principio será definido por lei, mas em sua ausência já deve ser aplicado em seu aspecto temporal, vale dizer, o cidadão que completou 65 anos, já começou no primeiro dia seguinte a acrescentar à sua idade, com que já terá idade superior a estabelecida e gozará de imediato da IMUNIDADE colocada.”

Reforçando a tese exposta, faz-se necessário citar o entendimento de nossos Tribunais:

Remessa oficial de apelação em mandado de segurança nº 10721/rj reg. 94.0208544-0 relator: paulo freitas barata apelante: união federal. Remte: Juízo da 28ª vara federal rj origem: mandado de segurança nº 930000764-5

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL - IMUNIDADE - IMPOSTO DE RENDA SOBRE PROVENTOS DE APOSENTADORIA E PENSÃO - PESSOAS COM IDADE SUPERIOR A 65 ANOS DE IDADE- ART. 153, II 2º CF/88 E LEI 7713/88.

1. *Mandado de Segurança impetrado por pessoas com mais de 65 anos de idade objetivando a imunidade do imposto de renda incidente sobre o pagamento de suas aposentadorias e pensões.*
2. *Direito líquido e certo dos impetrantes de receberem seus proventos de inatividade sem o desconto.*
3. *Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.*

A norma “*in casu*”, tem potencialidade de regular integralmente as relações concretas, pois está apta produzir efeitos nestas relações, resultando por conseguinte na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam.

DO MÉRITO

Evidentemente, não é possível descontar o IR na fonte dos aposentados com mais de 65 anos de idade, pois estão imunes ao fisco, não existindo desta forma nenhum “*múnus*” considerando o princípio constitucional que os coloca acima de qualquer lei.

É importante acentuar, que **segundo dados do IBGE a vida média do brasileiro é de 65 anos**, portanto seria um grande absurdo impor a essas pessoas, que no âmbito sócio-econômico já fizeram a sua parte na construção da sociedade brasileira, correndo o risco de muitos deles não gozarem do benefício constitucional, sucumbindo ao encontro inadiável com a morte.

A aposentadoria é corolário de um salário de longos anos de trabalho, e sua fixação não pode ser deixada a livre concorrência nem ao arbítrio dos que detém o poder, devendo ser feita segundo a justiça e equidade.

A sobrevivência do aposentado depende do rendimento da aposentadoria, que deve ser suficiente para que ele tenha uma vida digna e possa sustentar a si e aos seus.

Não seria justo tirar dos aposentados que, por não fazerem parte diretamente das forças produtivas, não frágeis, sustentam as suas lutas pela dignidade daquilo que são.

Portanto o direito do aposentado e pensionista tem de ser respeitado acima do poder arbitrário do Estado , que, até a presente não se dignou de fazer uma lei para fixar a imunidade tributária; a morte não pode esperar.

É de fácil constatação, que o objetivo do constituinte legislador foi dar aos que vão se aproximando do término da vida um vencimento integral, sem descontos, para que possam usufruir totalmente daquilo que recebem.

Acentua-se aqui apenas para ilustrar, que os autores já sofrem um pesadíssimo desconto por força da lei em grande parte de seus salários; haja vista exame dos contra – cheques, que comprova a afirmação.

Válida a menção das palavras de Alípio Silveira na sua magistral obra - “ HERMENÊUTICA DO DIREITO BRASILEIRO” , volume II , pág.22 e 23 , transcritas:

“Em nenhum ramo da ciência jurídica tem maior explicação do que no Direito Constitucional o conceito exposto por WIGMORE, de que “ as palavras estão longe de serem coisas mais fluidas e indefinidas “ (The Judicial Function, em Science of Legl Philosophy séries , t . IX pg. XXXV.

Ou o conceito enunciado pelo Juiz Holmes ao dizer que uma palavra não é um cristal , transparente e imutável é a epiderme de um pensamento vivo e pode mudar muito de cor de conteúdo segundo as circunstâncias e o momento em que é utilizada (Towne V. Eisner, 1917 , 245 V.S 425) . Por outro lado , o conteúdo teleológico de uma norma constitucional há de exercer sempre decisiva influência na interpretação, que invariavelmente deverá inclinar-se a favor da proteção e do amparo da liberdade do indivíduo , assim como da efetividade de valor éticos que operam predominantemente no direito constitucional , com a justiça , a igualdade , o bem estar geral , etc.

DO PEDIDO

EX POSITIS , considerando que a autoridade coatora vem impondo aos impetrantes desconto inconstitucional e estando presentes os pressupostos necessários a concessão da **MEDIDA LIMINAR** , ISTO É , **Fumus boni juris**, estampada na probabilidade do direito vindicado , expresso no art. 153 , III, §2º da C.F, e pelo julgamento mencionado anteriormente, cujo voto vencedor faz parte do presente, e o **periculum in mora** , representado pelo dano de difícil reparação consubstanciado no desconto do Imposto de Renda na fonte de forma coativa e irresistível , de vez que a recuperação desses recursos pela via do indébito , é de longa duração , pois são pessoas com mais de 65 anos de idade , que ultrapassaram a média de vida do brasileiro , que não podem esperar por muito tempo o desfecho final do processo, e **ainda mais por se tratar de**

vencimentos de caráter alimentar que os impetrantes necessitam para satisfazer suas necessidades vitais e de sua família.

Isto posto, os Impetrantes requerem :

1- O deferimento da **MEDIDA LIMINAR** para determinar à digna autoridade coatora que se abstenha de cobrar o Imposto de Renda na fonte sobre os rendimentos provenientes de proventos e pensão, sem que, *permissa vênia*, lhes seja imposta, a obrigatoriedade dos depósitos das quantias discutidas, considerando que os impetrantes continuariam privados desse recurso tão necessário à sua subsistência:

2- **Seja oficiado o setor de pessoal do INSS (Coordenadoria de Recursos Humanos)**, para que cumpram a determinação Judicial, com relação aos seus servidores e pensionistas, sob as penas da Lei, no sentido de não efetuar o desconto de Imposto de Renda na fonte na aposentadoria dos Impetrantes;

3- Que sejam requisitadas a Delegacia da Receita Federal no Rio de Janeiro, as informações necessárias dentro do prazo legal ;

4- Que, finalmente, na apreciação do mérito seja concedida a Segurança definitiva com a finalidade de desobrigá-los do pagamento dessa imposição despida de suporte constitucional, condenando os réus nas despesas processuais, por ser uma medida de **DIREITO E DE JUSTIÇA** .

Dá a causa o valor de R\$ 1.000,00 (Hum mil Reais) .

N. Termos.

P. Deferimento.

Aumento da alíquota de contribuição previdenciária dos servidores ativos da União(Lei 9.783/99). Ordem Concedida Preventivamente.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA ____
VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

vem, por seu advogado ao final subscrito, com arrimo nos arts. 5º, LXIX, e 102 I, d, da Constituição Federal, combinado com o art. 1º da Lei nº 1.533, de 31.12.51, impetrar

Mandado de Segurança Preventivo

(com pedido liminar)

em face do Ilustre Sr. Superintende do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, com endereço na Rua Pedro Lessa, 36/3ºandar, cujo ato impugnado lhes fere direito líquido e certo, como restará a seguir demonstrado:

DA HIPÓTESE

1. São os impetrantes servidores públicos federais pertencentes aos quadros do INSS, como se depreende dos documentos anexos;
2. E, nessa condição têm seu direito ameaçado de lesão por ato a ser praticado, com efeitos concretos, pela A. Impetrada, por força da lei 9.783/99 emanada da Emenda Constitucional nº 20;

DOS FATOS

3. A já citada Lei nº 9.783, de 28.01.99, *"dispõe sobre a contribuição para o custeio da previdência social dos servidores públicos, ativos e inativos e dos pensionistas dos três Poderes da União, e dá outras providências*.
4. Mencionada lei tem o condão de instituir, no nível da administração pública federal, direta, autárquica e fundacional, as contribuições sociais do servidores ativos, para manutenção do regime de previdência dos servidores da União, ex-vi do art. 1º da Lei em tela;
5. A intenção de instituição e cobrança da referida contribuição adicional tem sido objeto da intenção Governamental nos últimos cinco anos, muito embora não tendo logrado êxito nas anteriores oportunidades;
6. Entretanto, ao argumento de necessidade de ajuste nas contas da previdência do setor público, logrou o Governo Federal justificar a necessidade de rápida apreciação e aprovação da matéria, importante componente do ajuste fiscal proposto pelo Governo Federal. A lei entra em vigor em 1º de Maio de 1999, logo após o lapso nonagesimal exigido em casos tais;

DO CABIMENTO DA AÇÃO DE GARANTIA

7. Busca-se com o presente *mandamus* garantir-se ao Impetrante o direito líquido e certo, de, na condição de servidor ativo do setor público, não ver majorada sua contribuição social, levando-a a patamares muito além de sua capacidade contributiva, o que reveste a aludida contribuição de um caráter confiscatório, como adiante veremos;

8. Considerando a melhor doutrina e jurisprudência de nossos tribunais, é o Mandado Segurança o meio idôneo para assegurar a manutenção do direito líquido e certo dos impetrantes, como nos coloca o consagrado Professor José Afonso da Silva, em seu “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 9ª edição, pag.391:

*“ O mandado de Segurança é assim, um remédio constitucional com natureza de ação civil, posto a disposição de titulares de **direito Líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão**, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público ” (grifos nossos).*

9. Na mesma esteira se coloca o mestre Hely Lopes Meirelles *in* Direito Administrativo brasileiro, 18ª ed. Malheiros:

*A lei não poderá excluir da apreciação do poder judiciário lesão **ou ameaça de lesão a direito** (Art. 5º XXXV)*

10. Ainda no sentido da possibilidade da via mandamental, a jurisprudência, tem sido no sentido de que...

*“ Não há como abonar uma interpretação abusivamente extensiva da súmula 266, mediante a qual se poderia frustrar todo e qualquer mandado de segurança preventivo. Neste, a interpretação não se volta contra lei em tese, mas **contra procedimento que, fundamentadamente se receia venha a autoridade a assumir em razão de práticas ou pronunciamentos anteriores** ” (RE 102537, 15.3.95, 2ª Turma, STF Re. Min. FRANCISCO REZECK, in RTJ 116/283).*

“Lei em tese e de efeitos concretos; Admissibilidade. Inaplicabilidade da sumula 266 do Supremo Tribunal Federal. Possibilidade de causação de danos irreparáveis.” (MS 142.879-2, 3.10.89, 12º CC TJSP, Rel.Des. Carlos Ortiz.)

DO DIREITO

11. Segundo o Governo Federal a cobrança desta contribuição, precisa ser efetivada já a partir de 1º de maio de 1999, pois a receita que ira gerar diminuirá o desequilíbrio de suas contas e permitirá o regular funcionamento dos serviços públicos.

12. Assim e sob o suposto amparo constitucional foi editada a Lei nº.9.783/99, instituindo uma nova contribuição de caráter temporária, sob a forma dissimulada de adicional à contribuição permanente, devida por alguns servidores civis ativos, calculada com base no valor excedente de sua remuneração .

13. A cobrança da contribuição instituída por via da referida Lei, visa, supostamente, equilibrar as despesas líquidas com inativos e a receita corrente líquida, produzindo a curto prazo um equilíbrio financeiro nas contas previdenciárias, e, a longo prazo, a construção de um sistema equilibrado e atuarial.

14. Entretanto, a despeito de buscar-se tal equilíbrio deixou-se de fora do “ajuste” os servidores militares, fato este incompreensível diante da “luta” do Governo para equilibrar as contas públicas.

15. Nesse sentido bastante elucidativa e brilhante é a anotação da MM^a. Juíza Federal CLÁUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA, titular da 14^a vara federal/RJ, in verbis:

“Pelo que se verifica, o “ajuste fiscal”, foi e urgente apenas em relação aos servidores civis. Os mesmos que há quatro anos não têm aumento remuneratório. Afinal, alguém precisa ser responsabilizado e penalizado pela situação econômica em que se encontra o país. (MS 99.0006558-1/RJ)

16. Além do que, o ato de cobrança, ora combatido preventivamente, viola frontalmente os seguintes preceitos constitucionais, *verbis*

Art. 40 – O servidor será aposentado:

I – por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III – voluntariamente:

a. aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e ao trinta, se mulher, com proventos integrais;

b. aos trinta anos de efetivo exercício em função de magistério, se professor e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;

c. aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d. aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

.....
 § 6º - As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei.

Art. 149 – Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais

ou económicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

.....

Art. 154 – A União poderá instituir:

I – mediante lei complementar, impostos não previstos no art. Anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição.

Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

.....

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

.....

Art. 193 - A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

.....

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:

.....

II – dos trabalhadores;

.....

§ 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154,I.

DA NATUREZA TRIBUTÁRIA DA CONTRIBUIÇÃO

17. Para bem examinarmos e compararmos as imposições constantes da Lei nº 9.783/99 que autorizam a cobrança ora combatida, faz-se necessário um estudo sobre a estrutura da norma tributária.

18. Valemo-nos da doutrina clássica e majoritária que ao desenvolver uma análise genérica dos tributos, identifica alguns elementos comuns a todas as normas jurídicas tributárias, classificando-os em dois grupos : os antecedentes e os conseqüentes. No grupo antecedente identificam os elementos materiais ,

espaciais e temporais da norma, e, no conseqüente, os seus elementos pessoais e quantitativos.

19. LUIZ FERNANDO DE SOUZA NEVES citando em sua obra a clássica Teoria da Norma Tributária, desenvolvida por Paulo de Barros Carvalho em que estabeleceu a fórmula da regra-matriz de incidência tributária, afirma que:

"O critério material é composto sempre por um verbo e seu complemento; um verbo pessoal e transitivo, cuja predicação é incompleta e por isso pede complemento, seja ele objeto direto ou indireto; afastando, conseqüentemente, quaisquer verbos impessoais, como, por exemplo, chover, haver, existir.

O critério espacial possibilita o reconhecimento da condição que marca, no espaço, o acontecimento do fato jurídico tributário, restringindo-o a determinada extensão do território.

O critério temporal subordina o critério material a uma condição de tempo e estabelece o momento exato em que se instala um específico laço obrigacional, até então genericamente previsto no conseqüente da regra-matriz.

Já no conseqüente da referida norma encontramos os critérios pessoal e quantitativo.

No critério pessoal estão indicados sujeitos ativo e passivo da relação jurídica tributária e no critério quantitativo, a base de cálculo e sua alíquota..

(...)

Sujeito passivo da relação jurídica tributária, ensina o mesmo autor, ' é a pessoa, física ou jurídica, privada ou pública, de que será exigido o cumprimento de prestação pecuniária, caracterizada como de natureza fiscal.'

No critério quantitativo encontramos a base de cálculo e a alíquota. A base de cálculo é, segundo Aires Fernandino Barreto, o padrão para avaliar ou referência para medir um fato tributário, e a alíquota é, no plano normativo, o indicador da proporção a ser tomada da base de cálculo."

20. O saudoso e festejado mestre GERALDO ATALIBA ensinava-nos:

"São, pois, aspectos da hipótese de incidência as qualidades que esta tem de determinar hipoteticamente os sujeitos da obrigação tributária, bem como seu conteúdo substancial, local e momento de nascimento. Dai designarmos os aspectos essenciais da hipótese de incidência tributária por: a) aspecto pessoal; b) aspecto material; c) aspecto temporal e d) aspecto espacial."

21. Se os elementos estruturais de uma norma tributária forem diversos, estaremos, inarredavelmente, diante de um tributo diverso, mesmo que as

normas impositivas estejam envolvidas sob a mesma denominação ou finalidade.

22. Pois bem, a hipótese que materializa a obrigação de contribuir, descrita no art. 1º da Lei nº .9.783/99, não decorre de um fato, mas sim de um estado de fato, (expresso pelo verbo ser - que não exprime uma ação mas sim o estado da pessoa) qual seja, o de ser servidor público civil da União, suas autarquias ou fundações.

23. Ousamos em afirmar que não poderia ser outro, em face da redação do § 6º do art. 40 c/c art. 149 e 195, II da CF/88.

24. Por outro lado, o aspecto material da hipótese de incidência suficiente e capaz de gerar a obrigação de contribuir, descrita no art. 2º da Lei nº 9.783/99, resulta da junção de um estado de fato (expresso pelo verbo ser) e o cometimento de um fato (expresso pela ação de receber).

25. Isto é, não basta ser servidor público civil e federal, a medida exige ainda que ele pratique a ação (comissiva ou omissiva) de receber remuneração excedente ao patamar quantitativo objetivamente firmado na norma.

26. Quanto ao aspecto quantitativo, verifica-se que além de se tratar de contribuições com alíquotas distintas (11% no art. 1º e 9% ou 14% no art. 2º da Lei), a base de cálculo sobre a qual recairá estes percentuais também se diferem, embora se completem. A alíquota prevista no art. 2º da Lei nº.9.783/99 incide sobre o valor da remuneração que exceder a R\$ 1.200,00 enquanto que a alíquota prevista no art. 1º incide sobre a remuneração independentemente de seu valor (seja inferior ou superior a *quantun* fixado na Lei).

DO CARÁTER CONFISCATÓRIO DA CONTRIBUIÇÃO

27. Não há dúvidas de que a progressividade das alíquotas, chegando a 25% do salário bruto, reveste a indigitada contribuição de um caráter confiscatório, violador do princípio da proporcionalidade razoável, garantido constitucionalmente em favor do contribuinte, constituindo tal princípio uma limitação ao poder de tributar, ao passo que veda a instituição de Tributos com efeito de confisco, art. 145,§ 1º da Carta Política.

28. Vê-se pois que o art. 2º da Lei nº .9.783/99 não trata simplesmente de adicional de alíquota mas verdadeiramente da incidência de percentual sobre base de cálculo distinta, mais que pelo fato de uma estar contida na outra mais genérica, torna esta adicional a aquela.

29. A remuneração de um servidor, embora possa, eventualmente, coincidir e até ser superior ao valor de R\$1.200,00 fixado como aspecto quantitativamente para a imposição contributiva, não são as mesmas, não se igualam, mas se confundem sob uma ótica, matemática, contábil, e lógica.

30. Evidente pois que todo servidor publico será devedor da contribuição prevista no art. 1º da Lei, mas somente os servidores públicos que percebem mais do que R\$1.200,00 ou R\$ 2.500,00 são afetados pela imposição contida no art. 2º da Lei 9.783/99.

31. Não discrepa a lavra do pranteado JOSÉ AFONSO DA SILVA, segundo o qual, *“o Tributo não deve subtrair mais do que uma parte razoável do patrimônio ou da Renda do contribuinte”*

32. Alie-se a isso a alíquota de 27,5% do Imposto de Renda à qual sujeita-se o servidor de forma irresistível, devendo-se levar em conta o efeito da carga tributária a que se encontra obrigado o servidor-contribuinte. Afigurando-se bastante elucidativa, merece transcrição a lição de HUGO DE BRITO MACHADO:

“O caráter confiscatório do tributo há de ser avaliado em função do sistema, vale dizer, em face da carga tributária resultante dos tributos em conjunto. Nas palavras de Alfredo Augusto Becker: “a capacidade contributiva global é o montante da riqueza (renda e capital) de um determinado indivíduo em relação a totalidade do sistema jurídico tributário; isto é, a proporção entre a riqueza deste indivíduo a todos os tributos que ele deverá pagar dentro, por exemplo, do ciclo do orçamento público”

33. Sem dúvida que a inobservância de tais preceitos e princípios, gera distorções, e as conseqüências destas são percebidas quando o inciso I do art. 2º da Lei nº 9.783/99 estabelece a alíquota adicional de 9% ou 14% sobre o excedente a R\$ 1.200,00 ou R\$ 2.500,00, respectivamente, da remuneração do servidor. Isto porque a alíquota estabelecida não decorre de qualquer lógica jurídica inerente às contribuições sociais do setor público. Decorre unicamente da diferença entre o percentual da contribuição devida por todos os servidores públicos (11%) e o percentual das contribuições sociais devidas pelos empregadores e pelos profissionais autônomos à seguridade, que é de 20%.

34. Neste ponto vale esclarecer que as contribuições dos trabalhadores do setor privado são iguais ou menores que as dos servidores públicos, e são escalonadas entre o mínimo de 7,82% e o máximo de 11% incidente sobre o salário de contribuição. Além disto, diferentemente do vem ocorrendo com o setor público, onde o Estado cada vez mais tenta diminuir seu ônus previdenciário, no setor privado, o empregador participa do financiamento da seguridade (previdência privada) de forma muito mais intensa e abrangente.

35. Como explicar uma alíquota adicional incidente sobre um valor excedente de remuneração, estruturada com base em princípios inconciliáveis com aqueles da tributação ?; Como admitir tal contribuição sem cogitar tratar-se de nova contribuição, adicional e cumulativa com aquela já paga por todos os servidores independentemente de suas remunerações?

36. Para exemplificar esta situação, tomemos a hipótese do servidor público federal que ao final do mês de maio de 1999 ira receber o seu contracheque com os seguintes demonstrativos:

• Vencimentos-----	R\$ 350,00
• Gratificação de Atividade -----	R\$ 1.000,00
• Gratificação de Produtividade-----	R\$ 2.000,00
• Gratificação de tempo de serviço-----	R\$ 650,00
Total bruto-----	R\$ 4.000,00
Desconto do art. 1º da Lei nº -----	R\$ 440,00
Desconto do art. 2º da Lei nº -----	R\$ 327,00
Total liquido-----	R\$ 3.233,00

O total de descontos previdenciários – R\$ 767,00 – foi alcançado através do seguinte cálculo:

- 11% sobre R\$ 4.000,00 - valor total de remuneração;
- mais 9% incidente sobre a parcela da remuneração que excedeu a R\$ 1.200,00 até o limite de R\$ 2.500,00, isto é, sobre R\$ 1.300,00.
- finalmente, mais 14%. sobre a parcela excedente a R\$ 2.500,00, que no caso é de R\$ 1.500,00

37. Se realizarmos esta mesma operação com as remunerações abaixo relacionadas, se verificará que a contribuição ora instituída não é só adicional mas também é progressiva quanto a variação das suas alíquotas.

RE MU NE RA ÇÃ O	VAL OR DA CON TRI BUI ÇÃ O	PERCENTUAL REAL DE DEDUÇÃO
R\$ 900 ,00	R\$ 99,00	11%
R\$ 1.2	R\$ 132,0	11,1%

00, 00	0	
R\$ 1.5 00, 00	R\$ 192,0 0	12,8%
R\$ 2.0 00, 00	R\$ 292,0 0	14,6%
R\$ 2.5 00, 00	R\$ 392,0 0	15,7%
R\$ 3.0 00, 00	R\$ 517,0 0	17,2%
R\$ 4.0 00, 00	R\$ 767,0 0	19,2%
R\$ 5.0 00, 00	R\$ 1.017 ,00	20,3%
R\$ 6.0 00, 00	R\$ 1.267 ,00	21,1%
R\$ 7.0 00, 00	R\$ 1.517 ,00	21,7%
R\$ 8.0 00, 00	R\$ 1.767 ,00	22%
R\$ 10. 000 ,00	R\$ 2.267 ,00	22,7%
R\$	R\$	23,8%

1.200,00	2.767,00	
----------	----------	--

E mais, é cumulativa com a contribuição cobrada em cada patamar de remuneração.

38. Já pela tabela abaixo tem-se claramente a noção do “confisco” somando-se os descontos de Imposto de Renda na Fonte e a Contribuição Previdenciária adicional:

R E N D I M E N T O R \$	CON TRI BUI ÇÃO R\$	I M P O S T O D E R E N D A N A F O N T E \$	PERCENT UAL DE DESCONT OS - %
600,00	0,00	0,00	0
900,00	33,00	0,00	4
1.200,00	66,00	35,00	8

1. 50 0, 00	126, 00	7 1 , 1 0	13
2. 00 0, 00	226, 00	1 3 1 , 1 0	18
2. 50 0, 00	326, 00	2 3 7 , 1 0	23
3. 00 0, 00	451, 00	3 4 0 , 0 7	26
4. 00 0, 00	701, 00	5 4 7 , 2 2	31
5. 00 0, 00	951, 00	7 5 3 , 4 7	34
6. 00 0, 00	1201 ,00	9 5 0 , 7	36

			2	
7. 00 0, 00	1451 ,00		1 .1 6 5 , 9 7	37
8. 00 0, 00	1701 ,00		1 .3 7 2 , 0 0	38

39. Isto, não somados os demais tributos e encargos que sofrem os servidores, tampouco os quatro anos sem qualquer reajuste.

40. Ademais, a progressividade temporária das alíquotas não se coaduna com a destinação do tributo, uma vez que não se compadecem com o cálculo atuarial que deveria fundamentar a contribuição, como muito bem exposto na lição da MM. Juíza Federal Paula Patrícia Provedel Mello Nogueira (MS 99.0006550-3/RJ)

41. Essa impossibilidade se percebe pela interpretação sistêmica dos artigos 195, inciso IV, 154, inciso I combinado com art. 40, parágrafo 6º da constituição Federal.

42. Acresça-se a isso a inconstitucionalidade da cobrança de contribuição social de caráter temporal. Sendo certo que não existe previsão constitucional que autorize a tributação temporária sob a espécie contribuição previdenciária. As únicas espécies de tributação temporária que podem ser criadas segundo a Lei maior são aquelas que se destinam a atender despesas extraordinárias ou para propiciar investimentos públicos urgentes e relevantes ao interesse nacional, ou ainda, a que visa destinar verba para o custeio da saúde, que são expressa e especificamente:

- o imposto extraordinário de guerra, previsto no art. 154, II ;
- o empréstimos compulsórios, previstos no art. 148, I e II e

- a contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira – CPMF – prevista no art. 74 do ADCT.

43. Ainda que fosse possível admitir, absurdamente, considerando que não estivéssemos sob um Estado Democrático de Direito, que a imposição criada pelo art. 2º da Lei poderia estar justificada por algum dos motivos que autorizam a criação do empréstimo compulsório ou do imposto de guerra, e que por esta razão estivéssemos frente a uma nova contribuição social especialíssima, criada em razão das circunstâncias especiais e extraordinárias do País, ainda assim seria impossível se atribuir o dever de suportar esta exação a apenas um grupo de cidadãos servidores públicos.

44. Nem mesmo neste hipotético Estado absurdo seria possível a edição de uma norma como a que ora embasa os atos combatidos no presente mandado de segurança.

45. Por todas estas razões tem-se que o ato de cobrança desta contribuição social, anti-isonômica, redutora de vencimentos, cumulativa, adicional, progressiva, temporária, sobre o excedente da remuneração dos servidores públicos e prevista no art. 2º da Lei nº 9.783/99 como INCONSTITUCIONAL.

DA PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA LIMINAR

46. Não se pode deixar de ter por evidentes os efeitos concretos da norma impugnada a viger a partir de 1º de maio de 1999, o que decorre do próprio texto legal, sendo que os atos de cobrança a serem desenvolvidos pela administração pública federal independem da participação do contribuinte. Estes experimentarão já ao final do mês de maio a cobrança descontada em suas folhas de pagamento. Aguardar a efetivação deste ato de cobrança implicaria em impor ao impetrante constrangimento financeiro desnecessário e de repercussão imediata em sua economia familiar. Assim, presente ai o periculum in mora.

47. Verifica-se também, a par do *fumus boni iuris*, que as alíquotas adicionais fixadas, incidirão em confisco pois estarão à beira de retirar 50% dos rendimentos auferidos pelos impetrantes.

EX POSITIS, requerem:

a) A concessão medida liminar, “*inaudita altera pars*”, para determinar à autoridade impetrada que se abstenha de descontar a partir de 1º de maio de 1999, o adicional de contribuição instituído pela Lei 9.783/99;

- b) Sejam solicitadas as informações no decêndio legal;
- c) Após a manifestação do Parquet e seu judicioso parecer, SEJA CONCEDIDA SEGURANÇA definitiva no sentido de garantir aos impetrantes o desconto apenas no patamar atual, i.e., 11% da remuneração.
- d) Seja **oficiado** o Setor de pagamento do INSS para imediato cumprimento da decisão;
- e) Seja fixada multa diária de R\$ 1.000,00, para o descumprimento da decisão no prazo assinado;

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00

T. em que;

P. Deferimento.

Contribuição Previdenciária do Servidor Inativo Instituída por Medida Provisória (MP 1.415/96). Impossibilidade. Ordem Concedida.

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA VARA - SEÇÃO DO RIO DE JANEIRO.

vem, por seu advogado "*in fine*", com escritório na Rua México, 70 sala 811, onde receberá intimação ou qualquer outro ato processual, com fundamento no art.5º LCXIX da CF/88 e dos dispositivos contidos na Lei 1533/51, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA
(Com Pedido de Liminar)

em face do Ilustre Superintendente da SUNAB, com endereço na av. Presidente Antônio Carlos, 375, 6º andar.

PRIMEIRAMENTE

Faz-se necessário desde já dizer que os proventos do impetrante, são controlados pela A.Coatora em razão do próprio regimento, considerando ser a aludida Autoridade, o responsável pelas proventos dos impetrantes neste estado, razão pela qual figura no polo passivo da relação processual.

DA HIPÓTESE

1. O impetrante é Servidor Público Federal, pertencente aos quadros da Superintendência Nacional de Abastecimento - SUNAB.
2. A Ilustre autoridade coatora, por força de Medida Provisória nº 1.415 de 29.04.96, reeditada com o nº 1.463 de 29.05.96 e posteriores, vem ilegalmente descontando Contribuição Previdenciária dos proventos do Impetrante.

DO MÉRITO

1. Ocorre que, com a edição da M.P.1.415, está o impetrante sendo lesado em seu direito líquido e certo de aposentado, ferindo também o direito adquirido do mesmo, uma vez que se encontra aposentado, e sendo assim, já contribuiu por longos anos para a Previdência Social. Agora que já está aposentado, nenhum benefício iria auferir voltando a contribuir .
2. Como se vê, o disposto no art. 7º da aludida M.P. que dá nova redação ao art. 231 da lei 8.112/90 determinando que o plano de Seguridade Social será custeado com o produto das contribuições de servidores ativos e inativos dos três poderes da União, das autarquias e fundações públicas, é totalmente eivado de **inconstitucionalidade**, senão vejamos:

“ Art. 7º: O art. 231 da Lei 8.112/90, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art.231: O plano de Seguridade Social do Servidor será custeado com o produto da arrecadação de contribuições obrigatórias dos servidores ativos e inativos dos três poderes da União, das autarquias e das fundações públicas.

.....

§ 3º : A contribuição mensal incidente sobre os proventos será apurada considerando-se as mesmas alíquotas e faixas de remuneração estabelecidas para os servidores em atividade.”

A uma, porque, de acordo com a Carta Magna de 1988, tal procedimento teria que ser, necessariamente, através de **LEI COMPLEMENTAR** e não, Medida Provisória, como aliás decidiram recentemente os Exmos. Srs. **Ministros do STJ, membros do E. Conselho da Justiça Federal** que examinando o processo administrativo nº 96240024 decidiram: A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SÓ PDERÁ SER EXIGIDA A PARTIR DE 90 DIAS DE SUA CONVERSÃO EM LEI.

A duas, porque tal proposta, já foi rejeitada pelo Congresso Nacional nesta mesma legislatura, juntamente com as demais Reformas da Previdência, Fato que viola o art. 67 da CF/88, eis que trata de matéria idêntica a outra já rejeitada pelo Plenário da Câmara dos Deputados na Sessão de 17 de Janeiro de 1996, quando foi apreciado o Projeto de Lei 914-B/95, encaminhando pelo Poder Executivo. *Na oportunidade o Projeto de Lei foi rejeitado por 306 votos e teve apenas 124 votos favoráveis. Sendo assim, tratou-se de maquiagem tal pretensão, editando-se a Medida Provisória.* Procedimento este, que não pode ser respaldado pelo Poder Judiciário.

Embora a MP. 1.415/96 já tenha sido reeditada, não pode produzir efeitos, à luz do parágrafo único do art.62 da Carta Magna, *verbis*:

Art. 62....

“Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de 30 dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes”

Aliás, assim já se pronunciou o Ilustre Procurador da República Brasilino Pereira dos Santos, em processo idêntico, que faz parte do presente, opinando pela concessão da Segurança, cujos argumentos, os impetrantes pedem vênias para transcrever:

“Embora a essa altura dos acontecimentos já deva ter sido editada nova medida provisória, contendo as mesmas normas daquela (reedição não existe, o que existe é a edição de nova medida provisória com as mesmas normas da anterior, pois não se reedita que não existe no mundo jurídico, ou existe mas é ineficaz, porque seria o mesmo que não editar nada), esta última nada vale para efeito de convalidar atos praticados com base na anterior.”

Frise-se também a decisão concedendo a Liminar, proferida nos autos do processo TRT - MS nº391/96. Relator Juiz Milton Lopes. (1ª região). Além das decisões acerca da matéria anexadas por cópia.

E, até hoje, o Congresso Nacional não converteu a aludida MP. em LEI, perdendo esta MP, sua eficácia, *ex vi* do art. 62 parte final da CF/88.

A três, pelo simples fato de que o objetivo primordial da contribuição previdenciária é a aposentadoria do servidor, e este uma vez aposentado, cessou totalmente o fato gerador da obrigação.

A quatro, porque fere também, o Princípio Constitucional da **Irredutibilidade dos Vencimentos e Proventos**, que, com a aplicação da famigerada M.P. serão reduzidos em 12% em média.

Ademais, tanto a CF/88 em seu art. 40 § 6º, como o art.231 da Lei 8.112/90, falam em contribuições do servidor, e “servidor”, segundo a definição da mesma lei é:

*“ Art.2º - Para os termos desta Lei, **servidor** é a pessoa legalmente investida em cargo público”*

Ora, o aposentado e o pensionista, não estando investidos em cargo público não podem ser considerados servidores, mesmo porque, com a aposentadoria se deu a vacância do cargo público que ele ocupava, como estabelece o art.33 da Lei 8.112/90.

Em conseqüência disso, o aposentado não pode ser onerado com uma obrigação que a própria Constituição o eximiu (art.40 § 6º), o que torna inconstitucional qualquer norma inferior que venha a contrariá-la.

Além disso, determina ainda que a pretendida contribuição dos aposentados, seja nas mesmas bases dos servidores ativos, **e o que é pior, o dinheiro arrecadado com tal contribuição sequer será usado pela previdência, irá para os cofres do Tesouro Nacional, uma vez que a previdência por força de lei, só pode arrecadar contribuições do setor privado.**

Note-se que o dinheiro arrecadado sequer será revertido em favor do “servidor contribuinte”.

Nesse sentido, nos ensina o ilustre Professor José Afonso da Silva em seu curso de Direito Constitucional Positivo pag. 282:

*“ Uma dimensão íntegra o direito previdenciário (art.201, I) e se realiza basicamente pela **aposentadoria** e o direito assistenciário (art.203, I), como forma protetora da velhice” (grifo nosso.)*

Vale enfatizar ainda, que o art. 204 da Carta Magna dispõe que os recursos da Previdência provêm do orçamento geral da seguridade social **e não de contribuições específicas de eventuais destinatários.**

O objetivo do constituinte legislador foi dar aos que vão se aproximando do término da vida , um vencimento integral sem descontos, para que possam usufruir totalmente daquilo que recebem.

A seguridade social é um conjunto de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência, e a assistência social.

Agravante maior, é o fato de que os servidores inativos militares não estão abrangidos pela M.P. 1.415, demonstrando a total disparidade de tratamento que tem sido a marca deste governo.

Se o Governo Federal se vê as voltas com a má administração, cobrindo rombos de bancos privados, não deve ser o servidor inativo a arcar com esse ônus, a título de contribuição previdenciária.

A aposentadoria é corolário de longos anos de serviço e contribuição e sua fixação não pode ser deixada a livre concorrência, nem ao arbítrio dos que detém o poder, devendo ser feita segundo a Justiça e equidade. A sobrevivência do aposentado depende de sua aposentadoria, que deve ser suficiente para que ele tenha uma vida digna.

Deve portanto, o direito do servidor aposentado ser respeitado acima do poder arbitrário do estado.

Acentue-se aqui que os impetrantes já sofrem um pesado desconto, por força de lei em seus contra-cheques, haja vista o exame dos mesmos.

DO DIREITO

1. Considerando a melhor doutrina e jurisprudência de nossos tribunais, é o Mandado Segurança o meio idôneo para assegurar a manutenção do direito líquido e certo dos impetrantes, como nos coloca o consagrado Professor José Afonso da Silva, em seu livro Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª edição, pag.391:

“ O mandado de Segurança é assim, um remédio constitucional com natureza de ação civil, posto a disposição de titulares de direito Líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público ” (grifos nossos).

E assim se coloca o mestre Hely Lopes Meirelles: Direito Administrativo brasileiro, 18ª ed. Malheiros:

O controle dos atos administrativos é unicamente de legalidade, mas nesse caso a revisão é ampla, em face dos preceitos constitucionais de que a lei não

poderá excluir da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito (Art. 5º XXXV)

DO PEDIDO

Ex positis, considerando que a autoridade coatora vem lesando direito líquido e certo, do impetrante, ferindo de uma só vez, os arts. 67; 40 §§ 4º e 6º; 60 § 4º; 195,II e § 6º; e 194, IV da Constituição Federal, e estando presentes os pressupostos autorizadores, o *fumus boni juris*, estampado na prova da ameaça de lesão iminente ao direito do impetrante, e o *periculum in mora*, que ressaí da própria vigência da MP. (art.9º), susceptível de produzir os efeitos jurídicos pretendidos, consubstanciado no dano de difícil reparação que causado com o aludido desconto previdenciário, em folha, de forma coativa e irresistível, e ainda por se tratar de vencimentos de caráter alimentar (art. 100 CF/88), cuja recuperação por via do indébito é de longa duração, em se tratando de aposentado que já ultrapassou a média de vida do brasileiro, requer:

1. O deferimento da **MEDIDA LIMINAR**, para determinar a autoridade coatora que se abstenha de descontar a contribuição Previdenciária instituída pela M.P. 1.415 de 29.04.96 e suas reedições, dos proventos do impetrante, até julgamento final do “ WRIT”.
2. Seja **oficiado** o Setor de Recursos Humanos da SUNAB, para imediato cumprimento da decisão.
3. Sejam requisitadas as informações no prazo legal.
4. Finalmente, seja concedida a Segurança definitiva, no sentido de julgar os impetrantes desobrigados do aludido desconto previdenciário, totalmente despido de suporte constitucional, **até 90 dias após a eventual conversão em lei da M.P. instituidora do desconto**, por ser medida da mais lúdima e salutar JUSTIÇA.

Dá a causa o valor de R\$ 1.000,00

N. TERMOS

P. DEFERIMENTO

Rio de Janeiro, 23 de maio de 1997

Contribuição Previdenciária dos Servidores Inativos da União. Lei 9.783/99.Ordem Concedida.

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA VARA - SEÇÃO DO RIO DE JANEIRO.

Certo é, pois, que a norma constitucional emanada do poder reformador, ou poder constituinte derivado, não pode, validamente, alterar norma que, em virtude de preceito explícito do poder constituinte originário, está amparada por cláusula de imodificabilidade. OTTO BACHOF (Verfassungswidrige Verfassungsnormen?).

vem, por seu advogado “in fine”, com escritório na Rua México, 70 sala 1.006, onde receberá intimação ou qualquer outro ato processual, com fundamento no art.5º LCXIX da CF/88 e dos dispositivos contidos na Lei 1533/51, impetrar

**MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO
(com pedido de liminar)**

em face do Ilustre. Sr. SUPERINTENDENTE ESTADUAL DO INSS, com endereço na Rua Pedro Lessa, 36/3º andar, pelas razões de fato e de direito aduzidas:

PRIMEIRAMENTE – Da Legitimidade Passiva:

Faz-se necessário desde já esclarecer que os proventos dos impetrantes, são controlados pela A. Coatora em razão do próprio regimento, considerando ser a aludida Autoridade, o responsável pelas proventos dos impetrantes neste estado, razão pela qual figura no polo passivo da relação processual.

Vale a transcrição da brilhante lavra do MM. Juiz Federal Guilherme Bollorini Pereira nos autos do MS 96.0073465-8, verbis:

**DR.GUILHERME BOLLORINI PEREIRA - JUIZ FEDERAL
SUBSTITUTO
2ª VARA FEDERAL - SEÇÃO JUDICIÁRIA – RJ - PROCESSO nº
96.0073465-8**

SENTENÇA

Vistos, etc.

*“ O impetrante, qualificado às fls. 02, ajuíza o presente mandamus em face do **DELEGADO DE ADMINISTRAÇÃO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA NO RIO DE JANEIRO** objetivando impedir que seja efetuado o desconto referente à contribuição previdenciária incidente sobre seus proventos de servidor inativo. Pediu, outrossim, a concessão de liminar para que a autoridade impetrada se abstinhasse de fazer incidir sobre os proventos que recebe a referida contribuição(....)*

Vêm os conclusos para sentença.

É O RELATÓRIO. *Passo a decidir.*

A alegação de ilegitimidade dever ser rejeitada. *Com efeito, admitindo-se que todo servidor federal, para impetrar mandado de segurança, necessitasse fazê-lo em Brasília, sob a justificativa de que lá estaria centralizado o controle dos descontos efetuados em sua remuneração ou proventos, negar-se-ia à garantia do mandamus instituída pela Constituição da República.*

A ação de mandado de segurança é meio constitucional posto à disposição do cidadão para a proteção de direito líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão por auto de autoridade. A pretexto de incompetência da autoridade federal investida em cargo de direção da administração regional de pessoal, por haver sido centralizado procedimento de desconto em folha na capital da República, alega-se a ilegitimidade, que, se acolhida em casos como este, obrigaria o cidadão a procurar meios de contratar advogado para atuar em Brasília a fim de propor e acompanhar a ação.

Essa limitação só é possível nos casos de atos diretamente emanados da autoridade superior. Aqui, trata-se de mandamus impetrado contra medida provisória de efeitos concretos, que trouxe em si mesma o "resultado específico pretendido" e que alcançou todos os servidores federais domiciliados nos Estados da Federação. Sendo assim, os órgãos regionais da administração federal respondem perante os servidores subordinados àquelas repartições, especialmente no que se refere às questões que envolvem desconto em folha de pagamento, isso para efeito de impetração de mandado de segurança, a fim de dar efetividade à garantia constitucional prevista no art. 5º, LXIX.

*O documento juntado pela autoridade impetrada às fls. 24 confirma sua legitimidade. O ato inicial, que dá início ao procedimento de criação de rubricas específicas para cumprimento de decisões judiciais é dela: "As **solicitações** para criação de rubricas destinadas ao cumprimento de decisões judiciais deverão ser enviadas através de ofício, acompanhadas dos documentos relativos à ação judicial;"*

Sendo certo que autoridade coatora não é apenas aquela que, efetivamente, pode modificar o ato impugnado, mas também, aquela que detém os meios para tal, no entendimento da jurisprudência:

“ Autoridade coatora não é exatamente aquela que tem competência para corrigir o ato, mas aquela que dispõe de uma forma eficaz de cumprir a prestação jurisdicional reclamada pelo impetrante” (AMS 95.01.07451, DJ 2-24/6/95, p. 40.090 - Juiz Federal Tourinho Neto, TRF 1ª Região)

Ainda que se possa alegar não ser a autoridade impetrada nesse mandamus, a legítima para a consecução da decisão, **tem ela a obrigação legal de, recebendo uma ordem judicial, adotar as providências necessárias ao seu cumprimento**, ou seja, enviar ofício ou comunicação do setor competente, informando da Decisão e, requerendo o seu cumprimento.

Por derradeiro, batente elucidativa é a orientação da Segunda Região no julgamento da apelação em MS nº 021132/RJ REG. 97.02.44263-0, 3ª Turma, TRF 2ª Região: *“A legitimidade é matéria que deve ser apreciada mesmo de ofício (267, VI e § 3º, do CPC). É legítima a autoridade que, executora do ato impugnado, teria meios e competência para cumprir a ordem determinada no writ.”*

DA HIPÓTESE

Os impetrantes são Servidores Públicos Federais inativos e pensionistas, pertencentes aos quadros do INSS. Docs. anexos.

A Ilustre autoridade coatora, por **força da Lei nº 9.783 de 28 de Janeiro de 1999, emanada da E.C. nº 20**, ameaça ilegalmente descontar Contribuição Previdenciária dos proventos dos Impetrantes.

DO MÉRITO

Ocorre que, com a edição da Lei estão os impetrantes ameaçados em seu direito líquido e certo de aposentados, ferindo também o direito adquirido dos mesmos, uma vez que se encontram aposentados, e sendo assim, já contribuíram por longos anos para a Previdência Social. Agora que já estão aposentados, nenhum benefício iriam auferir voltando a contribuir .

Como se vê, o disposto no art. 5º da aludida Lei que determina que o plano de Seguridade Social será custeado com o produto das contribuições de servidores ativos e inativos dos três poderes da União, das autarquias e fundações públicas, é totalmente eivado de **inconstitucionalidade**, senão vejamos:

DO DIREITO À NÃO CONTRIBUIÇÃO

Deve-se ter em mente que objetivo do constituinte legislador foi dar aos que vão se aproximando do término da vida, um vencimento integral sem descontos, para que possam usufruir totalmente daquilo que recebem e **para o qual contribuíram na atividade.**

A seguridade social é um conjunto de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência, e a assistência social, e por sua vez a aposentadoria é corolário de longos anos de serviço e contribuição; e sua fixação não pode ser deixada a livre concorrência, nem ao arbítrio dos que detém o poder, devendo ser feita segundo a Justiça e equidade. A sobrevivência do aposentado depende de sua aposentadoria, que deve ser suficiente para que ele tenha uma vida digna. Deve portanto, ser respeitado o direito do servidor aposentado acima do poder arbitrário do estado.

Assim sendo, a Emenda Constitucional nº 20, através da lei 9.783, cria exação destinada a financiar um benefício para o qual o Impetrante, enquanto servidor ativo, contribuiu para receber, revelando claramente que o aposentado está pagando novamente o que já pagou, o que agride o princípio constitucional da Irredutibilidade de salários e de benefícios, como alhures gizamos.

Adotado o entendimento de que o servidor público civil inativo deveria continuar a contribuir para a seguridade social, estaria o mesmo pagando novamente o que anteriormente pagou com à finalidade de gozar da aposentadoria. Isto é, pagar para gozar da aposentadoria e, aposentado, pagar para gozar do benefício.”

Finalmente, vale ressaltar que um ato infraconstitucional não pode ferir cláusula “due process of law” que, na lição do mestre Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, consiste nos seus aspectos formal e substancial em:

a) elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade, senso de Justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (substantive due process of law, segundo o desdobramento da concepção norte americana);

b) aplicação judicial das normas jurídicas (não só da lei, como tal própria e estritamente concebida, mas, por igual, de toda e qualquer forma de expressão do direito), através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o “processo” (judicial process); e

c) assecuração, neste, de paridade de armas entre as partes, visando à igualdade substancial. (“Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional”, Editora Revista dos Tribunais, 1993.

Ao Poder Judiciário incumbe, antes de tudo, assegurar o primado dos preceitos constitucionais, velando pelo cumprimento das limitações impostas ao poder de tributar, não permitindo excessos ou abusos na cobrança fiscal e adequando as obras do legislador infraconstitucional à Lei Suprema.

Na assistência, dirigida à previdência, o sistema é mais simples, pois cada um se beneficia de sua própria contribuição. **Já na seguridade social, o sistema se baseia, fundamentalmente, na solidariedade, ou seja, a contribuição de uma parte dos interessados – os ativos – sustenta os benefícios dos demais – os inativos .** O princípio da solidariedade é, pois, uma técnica, necessária para a própria sobrevivência do sistema, como destaca Wladimir Novaes Martinez, para quem:

“No momento da contribuição, é a sociedade quem contribui. No instante da percepção da prestação, é o indivíduo a usufruir. Embora no ato da contribuição seja possível individualizar o contribuinte, não é possível vincular cada uma das contribuições a cada um dos percipientes, pois há um fundo anônimo de recursos e um número determinável de beneficiários” (Princípios de Direito Previdenciário , Ltr, 3ª edição, 1995.p.77

Aduza-se ainda, que com a aposentadoria, cessou a relação básica que permitia o pagamento de contribuição para o sistema previdenciário. Acresce-se a isso que **o aposentado, como beneficiário do sistema previdenciário, não pode contribuir para o sustento do sistema previdenciário, face sua condição de credor e não mais de devedor.** Se passasse o aposentado a contribuir para o custeio da previdência, a comutatividade inerente ao referido sistema estaria quebrada.

Na forma do disposto no art. **194** inciso IV da nossa Constituição Federal é assegurada a Irredutibilidade do valor dos benefícios previdenciários.

DA OFENSA AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA CARTA DE 88

Mas veja, V.Exa, que apesar da voracidade do Governo Federal em taxar os servidores, aumentar impostos desordenadamente, promover “feiras políticas” em busca de apoio no Congresso, o constituinte de 1988 soube resguardar esses direitos e garantias individuais. Senão vejamos:

No art. 5º garante-se “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e a propriedade...”

O art. 6º define a “previdência social como direito social” e o art. 194 enuncia que “ a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social.”

O que a EC nº 20 tenta fazer com a lei 9.783/99 é emendar na Constituição de 88 no que não pode ser emendado, inclusive em direitos e garantias individuais inscritos em outros artigos que não o art. 5º, como bem acentuou o eminente **Ministro Carlos Velloso do STF** ao proferir voto em ação direta de inconstitucionalidade:

“Direitos e garantias individuais não são apenas os que estão inscritos no art. 5º. Não. Esses direitos e essas garantias se espalham pela Constituição. O próprio art. 5º no seu § 2º, estabelece que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Sabido, hoje, que a doutrina dos direitos fundamentais não compreende, apenas, direitos e garantias individuais, mas, também, direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos. Este quadro todo compõe a teoria dos direitos fundamentais. Hoje não falamos, apenas em direitos individuais, assim de primeira geração. Já falamos de direitos de primeira , de Segunda, de terceira e até de quarta geração.” (ementário 1.730-10, cit)

Não há, pois, como aceitar a redação proposta no art. 1º desta lei, por sua patente inconstitucionalidade na afronta a cláusulas pétreas (art.60, § 4º, inc. IV e § 2º do art. 5º).

A Constituição estabelece, em seu artigo 60, parágrafo 4º, as restrições à capacidade de emendar do Congresso Nacional, das quais ressaltamos o seu Inciso IV:

*“§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta tendente a abolir:
“IV – os direitos e garantias individuais.”*

Considerando as vedações e limites ao poder de reforma do congresso, como **poder constituinte derivado**, dentro de um quadro de **Constituição rígida como a nossa**, com a imutabilidade dos princípios gerais que norteiam a nossa República, vários aspectos das cláusulas pétreas consignadas no § 4º do art. 60 foram afrontados por esta Lei .

A conceituação do direito à seguridade como direito individual, derivada do próprio texto da Constituição, leva-nos, portanto, à forçosa conclusão do seu enquadramento como cláusula pétrea e à impossibilidade de sua remoção do texto por força de Lei ou emenda.

Há destaque, que se prosseguir, no que respeita à reforma da Constituição, a preservação de seu espírito, que, ademais, é incompatível com um novo desenho de Estado, que as alterações propostas pretendem impor.

De acordo com o professor **José Afonso da Silva**, “ *no qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, as vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem, no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidas, mas concreta e materialmente efetivados(...)* Direitos fundamentais do homem significam direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos humanos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17” (in *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6º ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 159).

Por sua vez, como uma das modalidades dos direitos fundamentais do homem, “*os direitos sociais são prestações constitucionais positivas estatais, enunciados em normas constitucionais positivas, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais*” (José Afonso da Silva), in *ob. Cit*).

Mas é preciso convir, antes de mais, que esses direitos não excluem outros, além daqueles constantes dos artigos 5º e seguintes da Constituição Federal, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela própria Constituição. Leia-se, a propósito, o disposto § 2º, do artigo 5º, que reza:

“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...”

O amplo rol de direitos fundamentais, o qual se inscreve nos artigos 5º, 6º, 7º 8º e 9º da Constituição Federal, não esgota, pois, o campo constitucional dos direitos fundamentais – lembremo-nos todos, pedra angular da Carta Magna. Estão também dispersos ao longo de todo o texto constitucional. São vulgarmente chamados de direitos fundamentais constitucionais fora do catálogo. Alguns desses direitos são direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias e dentre estes se situa o direito que todos temos de ser cidadãos de um País Soberano, dono de suas decisões nos campos econômico, político e social.

A Lei que cria nova exação para os inativos e pensionistas, põe de lado um dos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático e constitucional, que é o **princípio da segurança jurídica**.

Pode-se dizer, com Gomes Canotilho, que as idéias nucleares da segurança jurídica se desenvolvem em torno de dois conceitos:

c) estabilidade ou eficácia ex post da segurança jurídica: uma vez adotadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estatais não devem ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável que a sua alteração se verifique quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes.

d) Previsibilidade ou eficácia ex ante do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certa calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos.

Estes princípios podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Esses princípios apontam basicamente para:

4. a proibição de leis retroativas;
5. a inalterabilidade do caso julgado;
6. a tendencial irrevogabilidade dos atos administrativos constitutivos de direitos (Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 363/365).

Conclui-se, de conseguinte, pela inadmissibilidade da contribuição criada, por atentar contra **direitos e garantias inalienáveis**, sem os quais, caem por terra os princípios fundamentais enunciados nos artigos inaugurais da Carta de 88, como a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho; e, bem assim, dentre outros, o objetivo da construção de uma sociedade livre, justa e solitária.

CONSTITUIÇÃO E PODER REFORMADOR

Para deslinde da questão proposta, do qual, na verdade, dependerá o posicionamento do Poder Judiciário de forma geral, necessário se torna abordar o tema da distinção entre constituinte e poder reformador. Quem esclarece é **OTTO BACHOF** in “Normas Constitucionais Inconstitucionais? (Verfassungswidrige Verfassungsnormen?), com tradução para o português pelo Professor **JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA**, editada pela Livraria Almedina, de Coimbra). Verbis:

“Nas Constituições rígidas – que são aquelas que, para sua reforma, exigem formalidades especiais, distintas das seguidas para a elaboração das leis ordinárias a competência para alterá-las pertence a um poder reformador, distinto em sua natureza tanto do poder constituinte, quando do poder legislativo ordinário.

Se o poder constituinte é limitado, o poder reformador não o é, tendo que se ater, necessariamente, às regras instituídas por aquele. Assim, quando a norma constitucional adventícia, emanada do poder reformador, se dispõe a alterar outra de modo contrário à cláusula de imodificabilidade contida no Diploma Maior, estaremos certamente diante de norma Constitucional inconstitucional, inexistindo em tal afirmação qualquer incongruência, contradição ou impropriedade, como, à primeira vista, pode parecer.”

Assim têm entendido, na doutrina pátria, entre outros, NELSON DE SOUZA SAMPAIO (O Poder da Reforma Constitucional, Livraria Progresso Editora, Bahia, 1954, pp.44/45 e 92 e sgs), JOSÉ AFONSO DA SILVA 9 Curso de Direito Constitucional Direito Positivo, Edit. Revista dos Tribunais SP. 1989 pp. 59/60; PINTO FERREIRA Princípios de Direito Constitucional Moderno, Revista dos Tribunais, SP 5ª edição, vol. I, p.159, da Constituição, José Konfino Edit.Rio de Janeiro,1956,pp.

Em favor do seu entendimento, CARLOS VELLOSO, invoca a autoridade do insigne professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, como se lê:

“Mais na frente do que nós, nos sustentar o princípio da oposição do direito adquirido à própria Constituição, e, evidentemente, com muito maior autoridade, fortalecendo, assim, o nosso modesto ponto-de-vista, encontra-se o exímio Caio Mário da Silva Pereira, quando ensina.”Em princípio não pode haver nenhum direito oponível à Constituição, que é a fonte primária de todos os direitos e garantias do indivíduo, tanto na esfera publicística quanto na privatística. “Uma reforma Constitucional não pode sofrer restrições com fundamento na idéia genérica do respeito ao direito adquirido. Mas, se é a própria Constituição que consiga o princípio de não-retroatividade, seria uma contradição consigo mesma se assentasse para todo o ordenamento jurídico a idéia do respeito às situações constituídas e, simultaneamente, atentasse contra este conceito. Assim, um a reforma da Constituição que tenha por escopo suprimir uma garantia antes assegurada constitucionalmente (“exempli gratia”, a inamovibilidade e a vitaliciedade dos juizes), tem efeito imediato, mas não atinge aquela prerrogativa ou aquela garantia, integrada no patrimônio de todos que os gozavam do benefício “. (a referida lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA está estampada em sua obra Instituições de Direito Civil, Forense, 1961, vol.I, p.128)”

A **vexata quaestio** a enfrentar é a seguinte: os direitos e garantias individuais, garantidos pelas chamadas cláusulas pétreas da Constituição (art.60, § 4º, IV), são apenas os arrolados nos setenta e sete incisos do seu art. 5º, ou, acaso, existem outros, enunciados em dispositivos diversos daqueles?

Tem-se por assente que o elenco do art.5º da Constituição não é **exaustivo** dos direitos e garantias individuais, até pelo que dispõe o § 2º do referido art.5º.:

“§ 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Também o eminente Ministro **CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO** observa, em seu voto, acima transcrito, a respeito do não-exaurimento dos direitos individuais nos setenta e sete incisos do art. 5º da Constituição. (ementário nº 1730-10, cit).

No mesmo sentido, se manifesta o eminente Ministro **ILMAR GALVÃO**:

“A nova Carta enumera os direitos e garantias individuais em seu art.5º. Fê-lo de maneira minuciosa, mas não exaustiva, já que, no § 2º, deixou ressalvado que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Repare-se que o texto não fere direitos e garantias expressos no art.5º, mas na Constituição, querendo significar, portanto, que o mencionado dispositivo não é exaustivo em relação aos direitos expresso na Carta.” (grifamos) (ementário nº 1739-10.cit).

Tem-se, pois, que os direitos e garantias individuais, protegidos como cláusulas pétreas pelo art .60,§ 4º, IV, da Constituição, não se exaurem nos 77 incisos do art. 5º, consoante a interpretação corrente que é dada ao § 2º do art.5º da Lei Maior, como referido **no julgamento da ADIn 939-7** (concessão de Medida Cautelar) pelo **Supremo Tribunal Federal**.

Se assim não entender o insigne Julgador, tem-se como violado, de qualquer forma, o art. 60 § 4º IV, eis que os direitos sociais se integram nos direitos individuais, por força do art.5º,§ 2º, da Lei Maior.

Relembrando a lição de **CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA**, já invocada, *“uma reforma da Constituição que tenha por escopo suprimir uma garantia antes assegurada constitucionalmente (“exempli gratia”, a inamovibilidade e a vitaliciedade dos juízes), tem efeito imediato, mas não atinge aquela*

prerrogativa ou aquela garantia, integrada no patrimônio de todos que gozavam o benefício.” (op.loc.cit).

DA JURISPRUDÊNCIA

Farta é a jurisprudência pátria, no que concerne a contribuição do Inativo, sendo pacífico o entendimento dos Tribunais de que o servidor inativo não deve ser onerado com a obrigação de contribuir para previdência social, tendo o Eg. Supremo Tribunal, nesse sentido decido na **ADIN 1.433-1/GO. Rel. Min. Ilmar Galvão.**

Também não discrepa o entendimento da Corte desta Segunda Região:, verbis:

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.0222432-2 Relator: JUIZ NEY FONSECA Turma: 01. TURMA Relator para acórdão: JUIZ NEY FONSECA Julgamento: 09/12/97 Publicação: 08/10/98 Fonte: DJ Vol.: Pag:00186

ADMINISTRATIVO – PREVIDENCIÁRIO - MP No 1.415 - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - SERVIDOR INATIVO - DESCONTO SOBRE PENSÕES.

I - Indevida a abrangência da medida provisória no 1.415/96 para exigir a contribuição social de servidor inativo;

II - CONTRIBUIÇÃO EXIGÍVEL APENAS DE SERVIDORES ATIVOS;

III - Princípios da irretroatividade tributaria e da legalidade estrita;

IV - Apelação e remessa necessária improvidas. (grifei)

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 97.0217987-4 Relator: JUIZ HENRY BARBOSA Turma: 01. TURMA Relator para acórdão : JUIZ HENRY BARBOSA Julgamento: 31/03/98 Publicação: 09/06/98 Fonte: DJ Vol.: Pag:00064

ADMINISTRATIVO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - APOSENTADOS E PENSIONISTAS.

I - O EG. S.T.F., no julgamento da "ADIN no 1.433-1/60", entendeu que a constituição federal no artigo 195 não previu contribuição social a cargo dos aposentados e pensionistas. A cobrança da referida contribuição fere direito adquirido dos servidores inativos, que já recolheram os cofres previdenciários, quando em atividade, as importâncias exigidas, para que se pudessem receber seus proventos de aposentadoria.

II - Recurso e remessa necessária improvidos.

Ademais, a nova exação fere também o Princípio Constitucional da *Irredutibilidade dos Vencimentos e Proventos*, que, com a aplicação da famigerada lei serão reduzidos em 20% em média. Nesse sentido, é a dicção do Excelso Pretório:

RMS-22307 / DF -RECURSO DE MANDADO DE SEGURANCA

Relator: Ministro MARCO AURELIO Publicação DJ DATA-13-06-97 PP-26722 EMENT VOL-01873-03 PP-00458 Julgamento 19/02/1997 - Tribunal Pleno.

REVISÃO DE VENCIMENTOS - ISONOMIA. *"a revisão geral de remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data" - inciso X - sendo irredutíveis, sob o ângulo não simplesmente da forma (valor nominal), mas real (poder aquisitivo) os vencimentos dos servidores públicos civis e militares - inciso XV, ambos do artigo 37 da Constituição Federal. (grifamos)*

Desta forma, data vênua daqueles que admitem a criação da Contribuição Social ou Previdenciária a ser suportada pelos servidores inativos, deve-se sempre considerar que, para a própria segurança jurídica e garantia do Judiciário, sobretudo do Estado Democrático de Direito, tal exação acaso devida **deve ser para aqueles que se aposentarem após a sua criação**, jamais onerando aqueles que se aposentaram na ausência de tal obrigação tributária.

Nesse sentido **Oswaldo Aranha Bandeira de Mello**, citando a lição de **Léon de Duguit**, afirma que:

"São insuscetíveis de serem apanhadas pela lei nova não só as situações subjetivas ou individuais, como outrossim os fatos realizados no passado, regidos pela lei em vigor no momento em que foram produzidos" (op. Cit. Vol.1 p. 285) RT 739p.145).

Já **Eduardo Pinto Pessoa Sobrinho**, escrevendo o verbere "*Aposentadoria*" para o Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro, editado por Carvalho Santos, é incisivo:

"A aposentadoria, depois de sua decretação, constitui um fato jurídico perfeito e acabado. Não fica passível, portanto, de revisões futuras, por efeito de modificação de legislação respectiva" (RT 739/97 p. 146).

DO PEDIDO

Ex positis, considerando que a autoridade coatora ameaça lesar direito líquido e certo dos impetrantes, ferindo de uma só vez, os arts. 5º, XXXVI; 67; 40 §§ 4º

e 6º; 60 § 4º; 195, II e § 6º; e 194, IV da Constituição Federal, e estando presentes os pressupostos autorizadores, o *fumus boni juris*, estampado na prova da ameaça de lesão iminente ao direito dos impetrantes, (art. 6º da Lei 9.783/99) e o *periculum in mora*, que ressaí da própria vigência da lei susceptível de produzir os efeitos jurídicos pretendidos, consubstanciado no dano de difícil reparação que será causado com o aludido desconto previdenciário, em folha, de forma coativa e irresistível, e ainda por se tratar de vencimentos de caráter alimentar, cuja recuperação por via do indébito é de longa duração, em se tratando de aposentados que já ultrapassaram a média de vida do brasileiro, requerem:

1. O deferimento da **MEDIDA LIMINAR**, para determinar a autoridade coatora que se abstenha de descontar, a partir de 1º de maio de 1999, a contribuição previdenciária instituída pela LEI 9.783/99 dos proventos dos impetrantes;
2. Seja **oficiado** o Setor de pagamento de Inativos do INSS para imediato cumprimento da decisão;
3. Sejam requisitadas as informações no prazo legal;
4. Seja fixada, nos termos do art. 287 do CPC, multa diária de R\$ 1.000,00, para o descumprimento da decisão no prazo assinado;
5. Finalmente, após a manifestação do parquet federal, seja concedida a Segurança definitiva, no sentido de julgar os impetrantes desobrigados do aludido desconto previdenciário, totalmente despido de suporte constitucional, por ser medida da mais lúdima e salutar JUSTIÇA.

Dá a causa o valor de R\$ 1.000,00

N. Termos
P. Deferimento
Rio de Janeiro,

Contribuição Previdenciária de Servidores Estaduais para o IPERJ.

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA __ VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

vem, por seu advogado ao final, com escritório na Rua México, nº 70 sala 1.006, centro, onde receberá intimações ou qualquer outro ato processual, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA (Com Pedido de Liminar)

em face de ato do Ilustre Sr. Presidente do IPERJ, com sede na Av. Presidente Vargas nº 670/7º andar, pelos relevantes motivos de fato e de Direito a seguir aduzidos:

1. DO POSICIONAMENTO FÁTICO

O impetrante é funcionário público estadual aposentado conforme se depreende dos documentos adunados.

Ocorre que, ao total arrepio da Lei Fundamental, a autoridade impetrada vem descontando dos proventos do impetrante o percentual de 9% em favor do IPERJ, a título de contribuição social.

2. DA IDONEIDADE DA VIA ELEITA

Considerando a melhor doutrina e jurisprudência de nossos tribunais, é o Mandado Segurança o meio idôneo para assegurar a manutenção do direito líquido e certo dos impetrantes.

3. DO DIREITO

Com a edição da Lei 285 de 03 de dezembro de 1979 e subseqüentes. O Poder Executivo determina que o Plano de Seguridade será custeado com o produto da arrecadação de **contribuições sociais dos servidores**, estendendo igualmente tais encargos aos inativos por força de seu artigo 8º § 2º.

Tal dispositivo é flagrantemente inconstitucional, senão vejamos:

A uma porque entende-se servidor como a pessoa legalmente investido em cargo público. Ora, o aposentado e o pensionista, não estando investidos em cargo público não podem ser considerados servidores, mesmo porque, com a aposentadoria se deu a vacância do cargo público que ele ocupava.

A duas, pelo simples fato de que o objetivo primordial da contribuição previdenciária é a aposentadoria do servidor, e este uma vez aposentado, cessou totalmente o fato gerador da obrigação.

Nesse sentido, é a lição de José Afonso da Silva em seu curso de Direito Constitucional Positivo pág. 282:

*“ Uma dimensão íntegra o direito previdenciário (art.201, I) e se realiza basicamente pela **aposentadoria** e o direito assistenciário (art.203, I), como forma protetora da velhice” (grifo nosso.)*

A três porque fere, também, o Princípio Constitucional da **Irredutibilidade dos Vencimentos e Proventos**, que, com a aplicação da indigitada contribuição são reduzidos em 09% em média.

Em conseqüência disso, deságua concluir-se que o aposentado não pode ser onerado com uma obrigação da qual a própria Constituição o eximiu, o que torna inconstitucional qualquer norma inferior que venha a contrariá-la, tornando, pois, a Lei 285/79, não recepcionada pela Carta Política vigente e, via de conseqüência, inconstitucional qualquer outra lei infraconstitucional que lhe venha modificar.

Vale ainda enfatizar que o art. 204 da Carta Magna dispõe que os recursos da Previdência provêm do orçamento geral da seguridade social **e não de contribuições específicas de eventuais destinatários**. Deve-se ter em mente que objetivo do constituinte legislador foi dar aos que vão se aproximando do término da vida, um vencimento integral sem descontos, para que possam usufruir totalmente daquilo que recebem e para o qual contribuíram na atividade.

A seguridade social é um conjunto de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência, e a assistência social, e por sua vez a aposentadoria é corolário de longos anos de serviço e contribuição; e sua fixação não pode ser deixada a livre concorrência, nem ao arbítrio dos que detém o poder, devendo ser feita segundo a Justiça e equidade. A sobrevivência do aposentado depende de sua aposentadoria, que deve ser suficiente para que ele tenha uma vida digna. Deve portanto, ser respeitado o direito do servidor aposentado acima do poder arbitrário do estado.

Assim sendo, a lei impugnada cria exação destinada a financiar um benefício para o qual o Impetrante, enquanto servidor ativo, contribuiu para receber, revelando claramente que o aposentado está pagando novamente o que já pagou, o que agride o princípio constitucional da irredutibilidade de salários e de benefícios, como alhures gizamos.

Adotado o entendimento de que o servidor público civil inativo deveria continuar a contribuir para a seguridade social, estaria o mesmo pagando novamente o que anteriormente pagou com à finalidade de gozar da aposentadoria. Isto é, pagar para gozar da aposentadoria e, aposentado, pagar para gozar do benefício.”

Finalmente, vale ressaltar que um ato infraconstitucional não pode ferir cláusula “due process of law” que, na lição do mestre Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, consiste nos seus aspectos formal e substancial em:

c) elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (substantive due process of law, segundo o desdobramento da concepção norte americana);

d) aplicação judicial das normas jurídicas (não só da lei, como tal própria e estritamente concebida, mas, por igual, de toda e qualquer forma de expressão do direito), através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o “processo” (judicial process); e

e) assecuração, neste, de paridade de armas entre as partes, visando à igualdade substancial. (“Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional”, Editora Revista dos Tribunais, 1993.

Ao Poder Judiciário incumbe, antes de tudo, assegurar o primado dos preceitos constitucionais, velando pelo cumprimento das limitações impostas ao poder de tributar, não permitindo excessos ou abusos na cobrança fiscal e adequando as obras do legislador infraconstitucional à Lei Suprema.

Ora, a mudança não é apenas uma questão de semântica, vez que os princípios que regem as normas meramente assistenciais são distintos daqueles que regem as normas de seguridade social.

Na assistência, dirigida à previdência, o sistema é mais simples, pois cada um se beneficia de sua própria contribuição.

Já na seguridade social, o sistema se baseia, fundamentalmente, na solidariedade, ou seja, a contribuição de uma parte dos interessados – os ativos – sustenta os benefícios dos demais – os inativos .

O princípio da solidariedade é, pois, uma técnica, necessária para a própria sobrevivência do sistema, como destaca Wladimir Novaes Martinez, para quem:

“No momento da contribuição, é a sociedade quem contribui. No instante da percepção da prestação ,é o indivíduo a usufruir. Embora no ato da

contribuição seja possível individualizar o contribuinte, não é possível vincular cada uma das contribuições a cada um dos percipientes, pois há um fundo anônimo de recursos e um número determinável de beneficiários” (Princípios de Direito Previdenciário , Ltr, 3ª edição, 1995.p.77

Aduza-se, ainda que com a aposentadoria cessou a relação básica que permitia o pagamento de contribuição para o sistema previdenciário. Acresce-se a isto que o aposentado, como beneficiário do sistema previdenciário, não pode contribuir para o sustento do sistema previdenciário, face sua condição de credor e não mais de devedor. Se passasse o aposentado a contribuir para o custeio da previdência, a comutatividade inerente ao referido sistema estaria quebrada.

Na forma do disposto no art. 194 inciso IV da nossa Constituição Federal é assegurada a irredutibilidade do valor dos benefícios previdenciários.

Ex Positis, presentes os pressupostos autorizadores da medida liminar, quais sejam o *fumus boni juris*, consubstanciado na ilegalidade do desconto, considerando-se ainda que à luz do art. 201,IV da CF/88 a simples perda de poder aquisitivo da moeda fere o direito adquirido, o que significa que o valor da prestação e o pagamento continuado não podem sofrer descontos, salvo os constitucionalmente admitidos; e o *periculum*, presente na natureza alimentar da verba reclamada, configurando-se aí, o perigo do Dano Irreparável em se tratando de salário (alimento), não se pode comprar a mesma quantidade de bens com a diminuição dos proventos, mesmo que seja concedida a final, o servidor deixou de adquiri-los.

Destarte é a ação mandamental para requerer:

- a) A concessão da medida Liminar, considerando presentes os pressupostos autorizadores, para determinar que a A. coatora se abstenha de cobrar a contribuição social para o IPERJ, até julgamento final do WRIT;
- b) Sejam solicitadas as informações no aprazamento legal;
- c) Após a manifestação do digno representante do *Parquet*, seja concedida a SEGURANÇA, e declarando inconstitucional, “*incidenter tantum*”, o parágrafo 8º do art. 4º da Lei 285/79, no sentido de que a autoridade coatora se abstenha definitivamente de cobrar a Contribuição Previdenciária para o IPERJ, oficiando a Secretaria de Estado de Administração para cumprimento da Ordem.

Dá a causa o valor de R\$ 1.000,00

Termos em que;
Espera deferimento.

Capítulo II

Mandado de Segurança em Matéria Previdenciária

Filho Adotivo. Direito à Percepção do auxílio Funeral por morte de Servidor Público Estatutário.

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA VARA – SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO

vem, por seu advogado ao final, com escritório na Rua México, 70 sala 1.006, centro, onde receberá intimações, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA (com pedido de liminar)

em face do Ilustre Coordenador de Recursos Humanos do INSS no Rio de Janeiro, com endereço na Rua Pedro Lessa, 36/5ª andar, pelos motivos adiante aduzidos:

1. O impetrante é filho adotivo da ex-servidora (...) conforme já constava, à época do falecimento, nos assentos funcionais da ex-servidora perante o INSS. Inobstante isso, o requerente procedeu à Justificação Judicial perante a 29ª vara federal (processo nº 97.0104073-2, anexo no original), onde restou homologada a sua situação. Qual seja, de que é filho adotivo da Sra. (...).

2. Ocorre que, com o falecimento da Sra. (...) em 02.07.1997, o impetrante requereu ao Instituto o pagamento do auxílio-funeral, sendo que ma oportunidade, fora-lhe deferido o pagamento de acordo com o disposto no art. 226 da lei. 8.112/90, com a restrição de que as despesas haviam sido efetuadas por TERCEIROS, o que não é verdade, porquanto sabe-se que filho adotivo é filho como qualquer outro, sem distinção, à luz do art. 227, § 6º da Carta Política, verbis:

“art.227...

§6º. *Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”*

3. Nessa esteira, a Lei 8.112/90 estabelece em seu art. 226, §3º:

Art.226: O auxílio funeral é devido à família dos servidor falecido na atividade ou aposentado, em valor equivalente a um mês de remuneração ou provento.

4. Embora seja clara a letra da Lei, o requerente recebeu o auxílio funeral com base no art. 227, como se fosse TERCEIRO.

5. Inconformado com tal discriminação, requereu ao INSS o pagamento da diferença, considerando que restou justificada e homologada sua condição de filho adotivo.

6. Entretanto, o INSS, mais uma vez, indeferiu seu pleito sob a pálida e singular alegação de que não reconhece a Justificação Judicial e que perante ele, instituto, o requerente não é filho adotivo da Sra. (...) (Cf. decisão anexa, em 18.11.99). Parecer 732/99, da d. Consultoria do INSS.

7. Inobstante seja a Justificação prova cabal e irrecorrível da real condição de filho adotivo do impetrante, existem ainda maiores provas nos autos do processo de justificação, qual seja:

a) O documento de fls. 05 daqueles autos onde a ex-servidora se dirige ao “seu filho (...)”;

b) Ficha de inscrição no plano de pecúlio facultativo da Patronal(GEAP), onde consta qualificação do impetrante como FILHO; (fls., 06 dos autos da justificação);

c) Convite de casamento do impetrante, onde consta UNICAMENTE o nome da Sra. (...), no espaço reservado ao nome dos pais dos noivos;

d) Documento de fls. 08, onde consta inscrição do impetrante perante o INSS como beneficiário da Ex-servidora;

e) Testamento público da Sra. (...), instituindo seu filho (...) como seu único e universal herdeiro.

CONCLUSÃO

8. Do exposto, notadamente do que consta dos depoimentos e documentos que acompanham a Justificação, exsurge flagrante o arbitrário, e de conseqüência, ilegal, o ato que não reconhece ao impetrante a condição de filho adotivo da

ex-servidora, com todos os direitos e obrigações daí advindos, inclusive o de percepção do auxílio-funeral integral na forma do art. 226 da lei. 8.112/90.

Ex Positis, requer:

1. O deferimento da **medida liminar**, determinando ao INSS, na pessoa da digna A. impetrada, que reconheça o impetrante como filho adotivo da ex-servidora, na forma como restou homologada na Justificação, dispensando-lhe tratamento compatível em direitos e deveres aos filhos naturais;
2. Sejam requisitadas as informações no aprazamento legal;
3. Após o judicioso parecer do *parquet*, seja CONCEDIDA A SEGURANÇA, garantindo ao impetrante reconhecimento da condição de filho adotivo frente ao INSS, com os efeitos patrimoniais daí advindos.

Dá a causa o valor de R\$ 1.000,00

T. em que;

Pede deferimento.

Rio de Janeiro, 22 de novembro de 1999

Direito da Ex-Companheira à Pensão Estatutária de Servidor Público Federal. Ainda que à data do óbito não mais houvesse coabitação. Ordem Concedida.

EXMO. SR. DR. JUIZ DA __ VARA FEDERAL DE JOÃO PESSOA -
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DA PARAÍBA

vem, por seu advogado, com escritório na rua México nº 70 sala 1.006, Rio de Janeiro, onde receberá intimações e outros atos processuais, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA

(com pedido de liminar *INAUDITA ALTERA PARS*)

em face do Sr. Coordenador de Recursos Humanos do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, neste Estado, com endereço na Rua Barão do Abiaí, 73/2º andar, Centro, em razão de ato ilegal que indeferiu a instituição da quota-parte da pensão estatutária a que faz jus a impetrante em razão do falecimento de seu ex-companheiro, como restará demonstrado nas razões do mandamus.

DA HIPÓTESE

A impetrante viveu por mais de 25 anos sob o mesmo teto com o ex-servidor (...) sendo certo que quando da separação, ocorrida única e exclusivamente em razão dos problemas de saúde que o acometeram, impondo-se o seu retorno ao Estado da Paraíba, foi instituída, por iniciativa do seu companheiro, uma pensão alimentícia em favor da impetrante perante o Juízo da 3ª vara de família da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, processo nº 95.001.125871-1, conforme prova pré-constituída anexa.

DA LEGITIMIDADE PASSIVA

É de frisar-se que a autoridade impetrada neste writ, é quem, de fato, praticou o ato inquinado de ilegal, e ainda, é aquela que detém os meios para eventual cumprimento da ordem mandamental.

Não destoa o entendimento da jurisprudência da Colenda Corte Superior de Justiça:

Para figurar no polo passivo da ação de segurança, autoridade coatora é aquela que ordena, que determina ou pratica o ato, ou ainda a que defende a prevalência deste (ato coator), assumindo, embora a posteriori, a posição de coator” (STJ 1ª Seção, MS4.085/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 10.11.97)

DOS FATOS

A par daquela supracitada situação, requereu a impetrante, com arrimo do art. 217, I, alínea “C” da lei 8.112/90, sua habilitação como pensionista do ex-servidor.

Ocorre que, em 04 de maio de 1999, foi a impetrante notificada pelo INSS, órgão que a A. impetrada representa, do indeferimento do seu pleito, sob a pálida alegação de que, à época do passamento, já não mais se verificava a união estável.

Entretanto, não considerou a A. impetrada a duração da referida união estável (mais de 25 anos), e tampouco a existência de pensão alimentícia em favor da impetrante como alhures gizado.

Nem se discute nos autos a designação da impetrante como beneficiária da pensão, sendo certo que a decisão administrativa assim asseverou:

“3- Em análise minudente nos assentamentos funcionais do de cujus, constatamos que a requerente foi designada através do processo nº

35301.137037/93-57, apensado ao feito. Não obstante, para a promoção do pleito é condição sine qua non que a suplicante comprove união estável como entidade familiar, conforme norma disciplinadora da matéria sobredita.”

Do que se infere, nem mesmo a decisão indeferitória traz dúvidas quanto à designação da impetrante como beneficiária da pensão.

DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO CONCUBINÁRIA

A Constituição de 1891 assim dispunha: “*A republica só conhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita (Art. 72, §1º)*”, tendo o Código Civil de 1916 sido confeccionado sob a égide daquela Lei.

A Carta de 1934 em seu art. 144, dizia:” *A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado*”, Já a Constituição de 1937, em seu art. 124, recepcionou, *in totum* o disposto na Carta de 34, e a Constituição de 1946 também em nada inovou a anterior, dizendo: “ *A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito á proteção especial do Estado (Art. 163, caput).*

A Carta Política vigente, em seu art. 226, dispôs:

“ A família, base da sociedade, tem especial proteção do estado ”

Em seguida, no parágrafo primeiro colocou que “ *o casamento é civil e gratuita a celebração*” e, no parágrafo 3º diz que “ *Para efeito de proteção do Estado é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*”

Assim, dizem as normas constitucionais citadas que, a família, e não o casamento, terão proteção do Estado, ou dos Poderes Públicos, *in casu*, do Judiciário.

Encontra-se, pois, a supremacia da família sobre o casamento, sendo que a Constituição vigente, contrariando os textos constitucionais anteriores, tirou do casamento o monopólio como forma de se constituir família, colocando, ao seu lado, a união estável, que nada mais é do que a relação concubinária ou ainda, a sociedade de fato entre homem e mulher, **que vivem ou viveram como se casados fossem.**

É o que ocorre no caso em tela.

Ora, a Constituição Federal e a Legislação infraconstitucional têm por objetivo proteger a família, que como já visto, pode ser constituída pelo casamento ou

pela União de homem e mulher com o fito de constituir família e viver como se casados fossem. Aliás assim já entendeu o Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo em v. aresto da lavra do Des. CEZAR PELUSO, *in verbis*:

“ Isso, no antigo direito, já tinham percebido doutrina e jurisprudência, velhas mas sábias (cf. moua bittencourt, “concubinato, são paulo, liv. ed. universitária de direito, 1975, p.197 nº 162”, revista dos tribunais, 443/146 e, ainda, 534/104, 515/216, 417/141, 411/357, 401/193, etc) e é agora consequência normativa, retilínea, do art 226 §3º da constituição federal em vigor. se toda união estável, more uxório, é entidade familiar, a disciplina dos aspectos patrimoniais de sua vigência e dissolução não pode conter-semnas regras de obrigações mercantis, ou de sociedades irregulares, mas no seio dos princípios do direito de família, perante os quais o dinheiro pesa menos que a pessoa e, salvo convenção, os aquestos se comunicam sempre” (apelação cível nº 145.071 –1/5, j. 17.12.91 v.u. boletim AASP nº 1765 p. 396).

Note-se que o brilhante aresto transcrito foi lavrado antes mesmo do advento da lei 9.278/96, reconhecendo, àquela época, já a intenção da união estável entre homem e mulher, com o intuito de constituir família, sem contudo levar em consideração a falta de Lei específica que hoje é a lei 9.278/96.

Por sua vez o Eg. Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator o Eminentíssimo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, assim decidiu:

*“(…) A cinco porque o novo sistema constitucional, em termos de direito de família, sustentando-se na igualdade jurídica dos cônjuges e dos filhos, reconhece a união estável entre homem e mulher, qualificando-a como entidade familiar determinando expressamente que o Estado, além de facilitar-lhe a conversão em casamento, a meu juízo, salvo entendimento mais lúcido, **garantir a integridade física da companheira e resguardar os filhos dos maus exemplos na sua formação. Como assinalou a ilustre Subprocuradora Dra. Helenita A. G. Caiado Acioli, pelo parquet, quando do exame do agravo. “ A Família pelo art. 226 da Constituição Federal, não se constitui apenas pelo casamento, mas pela união estável entre homem e mulher.” E como, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, que deverá assegurar assistência na pessoa de cada um dos que a integram, e criar mecanismo para coibir a violência no âmbito de suas relações” (Resp. 10.113-SP Julg. 04.06.91. v.u., Repert. IOB outubro/91 nº 19/91 p., 413).**grifei.*

Ora, não há como se negar que a atual Constituição criou mais uma situação ou posição do indivíduo, da pessoa, na sociedade familiar, antes mesmo da Lei 9.278/96.

Depreendendo-se que o acolhimento da decisão impugnada seria a negativa de vigência ao art. 226, §3º da CF/88 bem como ao Código Civil na parte de

Direito de Família, eis que, como restou provado, tais dispositivos do direito de família são aplicáveis ao caso presente.

DO DIREITO

Inicialmente deve-se salientar que o rigorismo excessivo na interpretação dos textos legais pode levar, invariavelmente, à injustiças, sendo certo que a exigência vislumbrada pela administração pública, não vem encontrando amparo no Judiciário, especialmente quando conflitante com o art. 226 § 3ª da Constituição Federal, que garante à companheira os mesmos direitos da esposa. Nesse sentido tem sido a interpretação dos Tribunais, notadamente da Corte Regional da 2ª Região:

Previdenciário. Processo Civil. Pensão por morte de ex-companheiro. Convivência por mais de cinco anos. Filhos. Dependência econômica. Redução da verba honorária. Critério de correção monetária.

- Ainda que à época do óbito não houvesse mais coabitação, mas demonstrando que teve vários filhos do de cujus e que dele obtivera pensão alimentícia por força de sentença judicial, a antiga companheira comprovou ter tido com ele vida em comum por mais de cinco anos e também a sua dependência econômica, fazendo jus à pensão previdenciária deixada pelo ex-companheiro.

- A correção monetária deve ser feita pela súmula 148 do STJ.

- Redução dos honorários para 10%. (In Apelação Cível 96.02.22169-0/ES, Rel. Des. Clélio Erthal. J. 04.06.1997).

Pelos documentos adunados, a impetrante comprova, extreme duvida, que viveu por mais de 25 anos com o ex-servidor; comprova ainda a sua dependência econômica, não só pela declaração de Imposto de Renda de seu ex-companheiro, como também por documentos de próprio punho deste, onde demonstrava sua preocupação com o futuro de sua companheira; demonstrado ainda que vinha percebendo pensão alimentícia, abruptamente estancada pelo INSS.

Como se infere, para a concessão da pensão só se exige a prova da dependência, que já encontra-se decidida, nada mais obstando a implantação da pensão em favor da requerente. Nesse sentido específico:

EMENTA. ADMINISTRATIVO – PENSÃO POR MORTE – IMPOSSIBILIDADE

I- *A falta de designação formal como beneficiária não elide a concessão da pensão por morte, desde que comprovada satisfatoriamente a convivência more uxório pelo prazo legal e a dependência econômica do servidor falecido*

– não efetuada tal comprovação, impossível a concessão do benefício – alínea c, item i do art. 217, da lei 8.112/90.

II- Apelação improvida. sentença confirmada. (ap. MS nº 96.0234349-4, rel. Frederico Gueiros, j. 28.04.97, DOU 20.01.98, p. 65, 4ª turma, TRF/2ª r.)

Na mesma esteira, sem discrepar, é a orientação da Corte Superior de Justiça no trato do tema: RE n. 35.971-PE 93.0016676-0, Lex-JSTJ e TRF Vol.99, p.52:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO. COMPANHEIRA

I- A falta de designação, como dependente, da companheira não obsta sua inscrição como beneficiária. Inteligência dos arts. 16 e 17 da Lei 8.212, de 24.97.91.

II- Recurso não conhecido

(rel. Min. Felix Fischer, 5ª T. STJ, Unân. DJ 16.06.1997)

CONCLUSÃO

Destarte, estando satisfatoriamente provada a condição de dependente, e preenchidos os pressupostos legais, presentes portanto, os requisitos autorizadores da medida, quais sejam:

o fumus boni iuris, pela própria decisão impugnada e pela flagrante ilegalidade da exigência de união estável ao tempo do passamento, bem como pela comprovada existência de pensão alimentícia em favor da impetrante; e o

periculum, considerando a natureza alimentar da pensão, a idade da impetrante, e a injustificada resistência da A. coatora, REQUER:

a) O deferimento da Medida Liminar para determinar à autoridade impetrada que implante, incontinenti, a pensão civil deixada pelo ex-servidor, na proporção de 50%, em favor da impetrante.

b) Sejam solicitadas as informações no aprazamento legal;

c) Após a manifestação do ilustre membro do parquet federal, seja CONCEDIDA A SEGURANÇA DEFINITIVA, no sentido de garantir à impetrante a implantação da pensão civil pelo falecimento de seu companheiro, pagando-se os valores atrasados desde a data da impetração.

d) Multa diária, a critério deste ínclito juízo, em caso de descumprimento da ordem no prazo assinado.

e) A citação da viúva do ex-servidor, Sra. (...), na qualidade de litisconsorte passiva necessária, com endereço na (...)

Dá à causa o valor de R\$ 1.000,00

Termos em que;
Aguarda Deferimento.

Rio de Janeiro,

Direito da Concubina à Percepção de Pensão Militar. Ainda que não conste sua Designação nos assentos funcionais do ex-servidor. Ordem Concedida.

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA ___ VARA – SEÇÃO JUDICIÁRIA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

por seu advogado ao final, com escritório na Rua México nº 70 sala 1.006, Centro, onde receberá intimações ou qualquer outro ato processual, vem perante este juízo impetrar

**MANDADO DE SEGURANÇA
(com pedido de liminar)**

em face de ato do Ilustre Diretor do Serviço de Inativos e Pensionistas do Ministério da Marinha, com endereço na Praça Barão de Ladário S/n, Ed. Alte. Tamandaré, 2º andar, Centro, pelos relevantes motivos de direito adiante narrados:

DOS FATOS

1. A impetrante, em 13.08.93, ajuizou processo de Justificação Judicial perante a 7ª Vara Federal desta seção judiciária, cuja Sentença irrecurável de 09.10.1996, reconheceu à impetrante a qualidade de COMPANHEIRA E DEPENDENTE do ex-servidor da Marinha, (...) falecido em 22.04.93.

2. Diante da condição reconhecida pela via judicial própria, requereu a impetrante, junto ao Ministério da Marinha, a implantação da pensão civil deixada por seu ex-companheiro, uma vez que preencheu todos os requisitos necessários ao benefício, cumprindo, inclusive, todas as exigências daquele ministério, tais como: Certidão de óbito da ex-esposa do ex-servidor; certidão de nascimento do filho maior o ex-servidor; certidão de óbito do ex-servidor; certidão de nascimento da companheira (requerente); abertura de conta corrente exclusiva para recebimento da pensão; declaração do banco acerca da exclusividade da conta corrente; cédula de identidade e cartão de inscrição no CPF do ex-servidor. (docs.anexos).

3. Entretanto, ilegalmente, e opondo-se a uma decisão judicial, a A. impetrada INDEFERIU o requerimento da impetrante, fulcrando sua decisão na exigência da alínea "c" item I da lei 8.112/90, quanto à previa designação da companheira como dependente o servidor.

4. Tal fato constitui flagrante ilegalidade e atenta contra o direito líquido e certo da impetrante que, diga-se de passagem, já foi devidamente reconhecida como companheira e dependente do ex-servidor por decisão judicial irrecorrível. (justificação judicial nº 93.0017832-6, da 7ª vara federal).

5. Ademais, foram atendidas todas as exigências daquele ministério para a implantação da pensão.

DO DIREITO

6. Inicialmente deve-se salientar que o rigorismo excessivo na interpretação dos textos legais pode levar, invariavelmente, à injustiças, sendo certo que a exigência de designação não vem encontrando amparo no Judiciário, especialmente quando conflitante com o art. 226 § 3ª da Constituição Federal, que garante à companheira os mesmos direitos da esposa. Nesse sentido tem sido a interpretação dos Tribunais, notadamente da Corte da 2ª Região:

EMENTA: ADMINISTRATIVO-SERVIDOR PÚBLICO – PENSÃO VITALÍCIA DE COMPANHEIRA DE MILITAR – ART. 226, PAR, 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

I- A exigência de inscrição de companheira de militar, na forma do art. 217, inc.I, al. "c" da lei 8.112/90 não tem o condão de, por si só, elidir o direito ao benefício da pensão, desde que comprovada a efetiva existência de dependência econômica e união estável.

II- Garantia insculpida no art. 226/par. 3º da carta magna

III – Recurso e remessa improvidos

(Ap. cível nº 97.0201215-5, rel. Ney Fonseca, 1ª turma, j. 13.08.97, DOU 10.02.98 p. 47, TRF/2ª r.).

7. Como se infere, para a concessão da pensão só se exige a prova de dependência, que já encontra-se decidida nos autos da Justificação, nada mais obstando a implantação da pensão em favor da requerente. Nesse sentido específico:

EMENTA. ADMINISTRATIVO – PENSÃO POR MORTE – IMPOSSIBILIDADE

I- A falta de designação formal como beneficiária não elide a concessão da pensão por morte, desde que comprovada satisfatoriamente a convivência more uxório pelo prazo legal e a dependência econômica do servidor falecido – não efetuada tal comprovação, impossível a concessão do benefício – alínea c, item i do art. 217, da lei 8.112/90.

II- Apelação improvida. sentença confirmada. (ap. MS nº 96.0234349-4, rel. Frederico Gueiros, j. 28.04.97, DOU 20.01.98, p. 65, 4ª turma, TRF/2ª r.)

8. Na mesma esteira, sem discrepar, é a orientação da Corte Superior de Justiça no trato do tema: RE n. 35.971-PE 93.0016676-0, Lex-JSTJ e TRF Vol.99, p.52:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO. COMPANHEIRA

I- A falta de designação, como dependente, da companheira não obsta sua inscrição como beneficiária. Inteligência dos arts. 16 e 17 da Lei 8.212, de 24.97.91.

II- Recurso não conhecido

(rel. Min. Felix Fischer, 5ª T. STJ, Unân. DJ 16.06.1997)

9. Destarte, estando satisfatoriamente provada a condição de dependente, e preenchidos os requisitos legais, presentes portanto, os requisitos autorizadores da medida, o ***fumus boni iuris***, pela própria justificação judicial e pela flagrante ilegalidade da exigência previa de inscrição, e o ***periculum***, considerando a natureza alimentar da pensão, a idade da impetrante, e a injustificada resistência da A. coatora, REQUER:

a) O deferimento da Medida Liminar para determinar à autoridade impetrada que implante, incontinenti, a pensão civil deixada pelo ex-servidor em favor da impetrante.

b) Sejam solicitadas as informações no aprazamento legal;

c) Após a manifestação do ilustre membro do parquet federal, seja CONCEDIDA A SEGURANÇA DEFINITIVA, no sentido de garantir à impetrante a implantação da pensão civil pelo falecimento de seu companheiro.

N. Termos;

Aguarda Deferimento.

Rio de Janeiro,

Filha Solteira, Maior de 21 anos, Não exercendo Cargo Público Permanente. Direito à Pensão deixada pelo Pai falecido antes da vigência da Lei 8.112/90. Ordem Concedida.

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA VARA - SEÇÃO DO RIO DE JANEIRO

vêm, por seu advogado “in fine”, com escritório na Rua México, 70/811, centro, onde receberá citações, intimações ou qualquer outro ato processual, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA
(Com Pedido de Liminar)

em face do Ilustre Superintendente Regional do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com endereço na Rua Pedro Lessa, 36/3º andar, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos.

DA HIPÓTESE

A impetrante é filha legítima do Ex-Servidor Federal, (...) mat. SIAPE nº 0952592, falecido em 02 de Abril de 1986, aposentado no cargo de Procurador Autárquico. (Docs. Anexos).

DOS FATOS

1- Com o falecimento do servidor, pai da impetrante, esta fez jus à percepção de sua pensão, instituída em face da Lei 3.373/58 combinada com a Lei 6.782/80.

2- Ocorre que ilegalmente, agora recusa-se autoridade coatora a dar continuidade ao benefício, alegando em síntese, que por ser maior de 21 anos não estaria mais beneficiada pela pensão do pai, em face do disposto no inciso II do art. 223 da Lei 8.112/90.

3- O fato é, que ao falecer em em **02.04.86**, Doc.anexo, portanto antes da vigência da lei 8.112 de 11.12.90, o servidor garantiu o direito a aposentadoria integral e conseqüentemente, o direito de instituir sua pensão, no caso de falecimento, também pela lei 3.373/58.

4- Diante de todas as negativas da autoridade coatora, a pensão hoje está instituída apenas em favor da esposa, e da outra filha, irmã da impetrante e também maior de 21 anos, que vêm recebendo normalmente sua cota parte na pensão.

5- O maior agravante é o fato de que a impetrante, como sua irmã, também já teve seu direito a cota parte reconhecido pela autarquia, sendo que recebeu a pensão durante alguns meses, até que completasse 21 anos, oportunidade em que, ilegalmente, a A. coatora procedeu a suspensão do benefício.

DO DIREITO

1- Cumpre inicialmente esclarecer que o presente mandamus, não decaiu, como poderia ser alegado, considerando-se tratar-se de prestação de natureza continuada, reabrindo-se assim, a cada lesão. (Execução Autônoma e Sucessiva - Ap. 292.368, 6.10.81, 2ª C. 1ª TACSP).

2- O Parágrafo único do art.5º da Lei 3373/58, diz, verbis:

“ A filha solteira, maior de 21 anos, só perderá a pensão temporária quando ocupante de cargo público permanente ”.

3- Como se depreende do diploma legal transcrito, três são as condições para a implementação da pensão, quais sejam, ser maior de 21 anos, ser solteira e não exercer cargo público permanente.

Condições estas, plenamente satisfeitas pela impetrante, motivo pelo qual, não assiste razão ao impetrado em resistir ao implemento da pensão a que faz jus pelo falecimento de seu genitor.

Cinge-se então a questão, quanto a aplicabilidade das leis anteriores ao fato, devendo serem observadas as datas de óbito do servidor e a da edição da lei 8.112/90, além da instrução normativa nº 06 que dispõe especificamente acerca da aplicação das leis 3.373/58 e 8.112/90 para os casos como o da impetrante.

4- Ainda acerca da lei 3.373/58 temos em seu art. 7º, verbis:

“ Por morte dos beneficiários ou perda da condição essencial á percepção das pensões, estas reverterão:

I- A pensão vitalícia para os beneficiários das pensões temporárias;

II-.....

5. Como se vê, é flagrante a ilegalidade do ato que não concede o pagamento da cota parte da pensão à impetrante.

6- Vale ainda enfatizar que não pode prosperar a singela alegação da A. coatora de que agora a impetrante estaria regida pela lei 8.112/90, tendo em vista que o **art.217 daquela Lei** , ao dispor “ Filhos ou enteados, até 21 anos de idade, ou se inválidos enquanto perdurar a invalidez” (inciso II alinea “a”), **não excepcionou** ‘ a filha solteira maior de 21 anos, não ocupante de cargo público permanente”, como anteriormente disposto no parágrafo único do art. 5º da Lei 3.373/58.

Nesse sentido vale enfatizar o disposto na Instrução Normativa nº 06, de 11.06.1993, *verbis*:

“7. DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL ÀS PENSÕES:

7.1- Às pensões devidas em consequência dos óbitos de funcionários, ocorridos até 11 de dezembro de 1990, inclusive, aplicam-se as leis nºs 1.711, de 1952, 3.373, de 1958 e 6.782 de 1980, e o Decreto nº 76.954 de 1975.

7.2- À pensão devida em consequência de óbito de servidor, ocorrido após 11 de dezembro de 1990, aplica-se a lei nº 8.112/90.

Esta instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Como se constata do texto da I.N. acima transcrita, a ilegalidade é gritante, tendo em vista a perfeita vigência hoje, da referida Instrução, e a data do óbito do servidor, que é muito anterior à edição da lei 8.112/90, devendo portanto ser aplicada no caso a lei 3.373/58, de acordo com a própria Instrução Normativa nº 06.

7- O que ocorreu no caso acima, foi uma **DERROGAÇÃO TÁCITA**, destarte, a lei 8.112/90 ao estabelecer condições para o Plano de Seguridade Social do Servidor e seus dependentes, temos então a vigência, ainda, do art. 5º § único da Lei 3.373/58, à luz no disposto no art 2º parágrafo 2º do Dec. Lei nº 4.657/42 - Lei de Introdução ao Código Civil, *verbis*:

“ Art.2º: Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º-.....

§2º - A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior” grifamos.

Sendo certo que *LEX POSTERIOR GENERALIS NON DERROGAT LEGI PRIORI SPECICIALI*, (a lei geral posterior, não derroga a lei especial anterior).

A este respeito, Celso Antonio Bandeira de Mello, com a habitual excelencia de seu magistério, anota que o problema..

“não se resolve com a simples noção de irretroatividade de lei, pois não se coloca a questão de seu retorno sobre o pretérito. Trata-se, isto sim, da sobrevivência dos efeitos da lei antiga, vale dizer, da persistência de seus efeitos em casos concretos, durante o império da nova lei. Cogita-se de hipótese em que situação produzida no passado, sem consumação nele, deve ter efeitos perduráveis no tempo, permitindo que eles atravessem incólumes o domínio das leis posteriores. Não há, pois, a rigor, questão de retroatividade. Pelo contrário: há sustação dos efeitos, isto é, da incidência da nova lei sobre situações concretas dantes ocorridas, cujos efeitos se deseja pôr a salvo, a fim de que não sejam perturbados pela sucessão normativa” (in Revista de Direito Público nº 96, p. 119). Grifamos

DO PEDIDO

Diante de todo o Direito exposto, e ainda, no que tange ao caráter social do benefício, requerem:

- 1- O deferimento da **MEDIDA LIMINAR** para determinar à Ilustre autoridade, que proceda ao restabelecimento de sua cota parte na pensão deixada por seu finado pai à impetrante.
- 2- Sejam requisitadas as informações no prazo legal.
- 3- Finalmente no mérito, seja concedida a **SEGURANÇA** definitiva no sentido de reconhecer o direito da impetrante de receber a sua cota parte na pensão deixada por seu pai, por ser medida da mais lúdima e salutar JUSTIÇA..

Dá a causa o valor de R\$ 2.000, 00

N. TERMOS

P.DEFERIMENTO.

Rio de Janeiro, 07 de OUTUBRO de 1996

Menor sob Guarda Judicial. Maioridade quando do falecimento do tutor. Pretensão à Pensão Previdenciária Por morte.

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA VARA - SEÇÃO DO RIO DE JANEIRO

vem, por seu advogado “*in fine*”, com escritório na Rua México, 70/1.006, centro, onde receberá citações, intimações ou qualquer outro ato processual, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA
(Com Pedido de Liminar)

em face do Ilustre Superintendente Regional do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com endereço na Rua Pedro Lessa, 36/3º andar pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:

DA HIPÓTESE

A impetrante estava sob a guarda e responsabilidade do Ex-Segurado da Previdência Social, (...) benefício nº (...) espécie 42, com data de início do benefício (DIB) em 01.03.69, **falecido em 16.11.96**, conforme os documentos anexados.

DOS FATOS

1- Com o falecimento do segurado, responsável legal pela impetrante, esta faz jus à percepção de sua pensão, instituída em face da Lei 8.213 de 24 de julho de 1991, notadamente o parágrafo 2º do art.16.

2- Ocorre que, ilegalmente recusa-se a autoridade coatora a instituir tal benefício, alegando em síntese que, a partir de 05 de março de 1997, com o advento do Dec. nº 2.172, deixou ela de ser considerada beneficiária da pensão.

3- O fato é que, ao falecer ainda em 16.11.96, **portanto antes da vigência do Dec. 2.172/97**, o servidor garantiu o direito a aposentadoria integral e, conseqüentemente, o direito de instituir sua pensão, no caso de falecimento, também pela lei antiga.

“É o caso de direito adquirido, sujeito apenas, à ocorrência de condição inexorável e insuscetível de alteração, por vontade alheia, no caso o falecimento de sua mãe. É o assim chamado DIREITO EXPECTATIVO, noção diversa de Expectativa de Direito, como bem anotou o Ilustre Juiz Federal WILNEY MAGNO DE AZEVEDO SILVA, (in MS 97.14975)”

4- Agravante maior é o fato de que apesar de estar inscrita como dependente do Segurado, como aliás determina o § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91, recusa-se a autoridade a conceder-lhe a pensão a que tem direito diante do falecimento do segurado que detinha sua guarda.

DO DIREITO

1- Cumpre inicialmente esclarecer que, o que se requer foi objeto de requerimento administrativo, cuja cópia da decisão indeferitória, em 12 de novembro de 1997, se aduna aos autos.

2- O Parágrafo 2º do art. 16 da Lei 8.213/91 preconiza que:

“ Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I-

II-.....

§ 2º Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.

3- Como se depreende do diploma legal supra-transcrito, três são as condições para a implementação da pensão, quais sejam: *estar sob a guarda do segurado, ter o segurado declarado a guarda; e não possuir condições para o próprio sustento.*

3.1. Condições estas, plenamente satisfeitas pela impetrante, razão pela qual, não assiste razão ao impetrado em resistir ao implemento da pensão a que faz jus pelo falecimento do segurado.

4- Vale ainda enfatizar, que não pode prosperar a singela alegação da A. coatora de que agora a impetrante estaria regida pelo Dec. 2.172/97, cujo texto suprimiu o direito à pensão, haja vista que **a aquisição do direito deu-se com o falecimento do segurado ainda em novembro de 1996, portanto, anterior ao advento de indigitado Decreto.** Entendimento respaldado pela própria Carta Política, ao assegurar o direito adquirido, art. 5º, XXXVI.

5- A questão trata ainda da aplicação do art. 6º, parte final, do Decreto-Lei nº 4.657/42, *verbis*:

“ Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.” grifamos

6- Logo, o que ocorreu no caso acima, foi uma **DERROGAÇÃO TÁCITA**, destarte, o Dec. 2.172/97, ao estabelecer condições para o Regime Geral de Previdência Social, não revogou o dispositivo anterior. Vigindo, ainda, **§ 2º do art. 16 da Lei 8.213/91**, à luz do disposto no art. 2º parágrafo 2º do Dec. Lei nº 4.657/42 - Lei de Introdução ao Código Civil:

“Art.2º: Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º-.....

§2º - A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior” grifamos.

9- Ademais o entendimento jurisprudencial, consolidado sobretudo pelo **STF**, é no sentido da proteção ao direito adquirido: *in verbis*

“O fato gerador do recebimento de pensão é o óbito do instituidor, sendo regida pela legislação vigente ao tempo do passamento. (in MS 21.540-2/RJ, DJ-I, 26/4/96, pág. 13113, Rel. Min. Octávio Gallotti, plenário, unânime.)

10- Ainda “ *ad argumentandum tantum* ”, vale lembrar que *LEX POSTERIOR GENERALIS NON DERROGAT LEGI PRIORI SPECICIALI*, sendo assim, e diante de todo Direito exposto e também, pelo caráter social do benefício, estando presentes os pressupostos autorizadores, “ *o Fumus boni juris*” estampado nos dispositivos legais invocados, e o “ *periculum in mora*”, consubstanciado na natureza alimentar e social do benefício, na dependência econômica, além dos futuros prejuízos que poderão ser causados face a demora da decisão, requer:

1- O deferimento da **MEDIDA LIMINAR** para determinar à Ilustre autoridade, que proceda ao pagamento da pensão deixada pelo segurado detentor da guarda, à impetrante.

2- Sejam requisitadas as informações no prazo legal e oficiado o setor de recursos humanos competente para implantar o benefício.

3- Finalmente no mérito, seja concedida a **SEGURANÇA** definitiva, no sentido de reconhecer o direito da impetrante de receber a pensão, por ser medida da mais lúdima e salutar JUSTIÇA.

Dá a causa o valor de R\$ 1.000,00

N. TERMOS

P. DEFERIMENTO.

Rio de Janeiro, 23 de janeiro de 1998

Capítulo III **Previdenciário/Constitucional**

Suspensão de Benefício Previdenciário Sob Suspeita de Fraude. Garantias Constitucionais do Contraditório e Ampla Defesa. Ordem Concedida.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA ____ VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

vem, por seu advogado ao final assinado, com escritório na Rua México, nº 70 sala 1.006, centro, onde receberá, intimações ou qualquer outro ato processual, **impetrar**, com arrimo no artigo 5º, inciso LXIX da CARTA MAGNA e dos dispositivos contidos na lei 1.533/51, o presente

MANDADO DE SEGURANÇA (com pedido de liminar *inaudita altera pars*)

em face do Ilustre Senhor **Superintendente Estadual do INSS no Rio de Janeiro**, com endereço na Rua Pedro Lessa, 36/3º andar, pelos relevantes motivos de fato de Direito adiante expostos:

DO POSICIONAMENTO FÁTICO

1. O impetrante foi aposentado em 14 de julho de 1988, conforme consta da Carta de Concessão de Benefício. Portanto, há bem mais de 05(cinco) anos.

2. Ocorre que, em Setembro de 1996, surpreendentemente teve o impetrante suspenso seu benefício, sob suspeita de fraude. Instado a acompanhar o procedimento administrativo, o impetrante deixou de fazê-lo, não por sua vontade, mas por total impossibilidade, haja vista que a comunicação enviada pelo INSS fora DEVOLVIDA pela EBCT com a informação: “MUDOU-SE”. Tal fato impossibilitou o impetrante de acompanhar o desenrolar da apuração, tendo sido intimado por edital, que obviamente não leu, pois não se pode esperar que o segurado fique diuturnamente acompanhando publicações em todos os periódicos do Estado a fim de verificar se está sendo chamado pelo INSS. Pois bem, sob tal fundamento, o de não atender à convocação, foi cancelado o Benefício do impetrante.

3. Desta decisão houve recurso à Junta de Recursos da Previdência Social, que manteve a decisão anterior, tendo sido o impetrante devidamente notificado desta decisão no seu endereço, sem que houvesse, desta feita, a DEVOLUÇÃO da intimação, em 11 de agosto de 1999.

4. Eis o motivo da impetração: Como se infere da farta prova pré-constituída anexada a estas razões, não houve fraude alguma, pois o impetrante comprova documentalmente cada dia de trabalho durante os 35 anos necessários ao implemento do benefício. Logo, o benefício foi suspenso, pelo simples não comparecimento do segurado na data marcada. Vejamos, pois:

Apelação em Mandado de Segurança nº 97.0217315-9

*Relator : Guilherme Couto de Castro 01. Turma Julgamento:
02/03/99 Publicação: 15/04/99 Fonte: DJ*

PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA - SUSPENSÃO DO BENEFICIO.

É irregular, e ofende ao postulado do devido processo legal, a suspensão de benefício apenas em virtude de não ter o aposentado atendido a convocação para comparecer a repartição, em vista de apuração a ser procedida.

Hipótese na qual a autoridade não arrola ter constatado, de antemão, dados específicos de fraude.

Apelo improvido, sem prejuízo do dever da autarquia, de continuar apurando. Remessa parcialmente provida, para afastar da sentença a condenação ao pagamento de atrasados, anteriores a impetração. grifei.

DO DIREITO

5. Como suso referido o impetrante aposentou-se, apresentando TODOS os documentos necessários e conferidos pelo INSS em 14 de julho de 1988, há

bem mais de 5 anos, tendo seu benefício suspenso em 09/1996, 08(oito) anos após a concessão.

6. Como cediço, os atos administrativos estão sujeitos aos efeitos sanatórios do tempo, sendo certo que assim sendo configuram ato jurídico perfeito e acabado nos termos do art. 207 da CLPS, verbis:

*“Art. 207: O processo de interesse de beneficiário ou empresa **não pode ser revisto após 5(cinco) anos** contados de sua decisão final, ficando dispensada a conservação da documentação respectiva além desse prazo” grifei*

7. A tal respeito temos que perquirir as seguintes considerações: *“O art. 207 da CLPS, estatui que o direito da autarquia de rever os atos concessórios de benefícios extingue-se em cinco anos a contar da sua decisão final. Pois bem, é ressabido que tal dispositivo NÃO FORA REVOGADO pela Lei 8.212/91 e 8213/91. Pelo contrário, a Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999 é que ratifica a norma suso, em seu artigo 54, estatuinto que o Administrador decaiu de seu direito à revisão após cinco anos, salvo se comprovada má-fé. Que, diga-se, in casu inoerre, porquanto os valores pagos aos recorrentes foram determinados por legislação específica e aprovados pelo INSS. (Juiz Federal Leopoldo Muylaert, in MS 98.0029681-6)*

8. A referida lei limitou de modo considerável, o alcance do Enunciado 473, da súmula do Supremo Tribunal Federal, que sempre fora interpretado como se pudesse a Administração Pública efetivar a nulificação quando melhor lhe aprouvesse. A análise crítica do dispositivo legal em comento, traz uma conclusão indubidosa, a certeza der que o legislador abraçou a tese que os atos administrativos estão sujeitos ao efeito sanatório do tempo, ressalvada exclusivamente a hipótese de má-fé do beneficiário.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO - REVISÃO DE ATO PRATICADO HA MAIS DE DEZ ANOS - PRESCRIÇÃO.

I - Os atos administrativos também estão sujeitos a prescrição.

II - Impossibilidade de se rever o ato praticado ha mais de dez anos, sob pena de impossibilitar a sedimentação de situações fáticas já consolidadas pelo decurso do tempo.

III - Apelação e remessa oficial improvidas. (AMS-98.0201117-7 Rel. Juiz Ney Fonseca. P.10/08/99, grifei para destacar.

9. Como se viu, o art. 207 da CLPS dispensa a guarda de documentos após o decurso de 05 anos, e agora o próprio INSS vem querer que o segurado apresente novamente tais documentos. Verdadeiro e odioso paradoxo, quando se sabe de antemão que:

a) é costume do INSS exigir documentos originais para instruir os processos concessórios; impossibilitando a reapresentação;

b) Os vínculos trabalhistas datam de 35 anos atrás, sendo quase que impossível localizar-se empregadores;

c) A concessão do benefício através da respectiva Carta, goza de presunção de legalidade, só podendo ser elidida por prova irrefutável a ser produzida pelo INSS, sendo este quem alega a fraude.

O ÔNUS DA PROVA

10. Está claro que o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito estava afeto ao impetrante quando requereu a aposentadoria, tendo, por óbvio, apresentado documentos que lhe permitisse tal benefício. Tanto é assim que foi deferido.

11. Todavia, verificando a administração pública, qualquer modificação, alteração ou impedimento no direito dos impetrantes, cabe à ela, administração provar o que alega e, não, o inverso.

12. Resta, pois, saber-se se, na ausência de prova do fato modificativo, extintivo, ou impeditivo do autor e tendo aquele apresentado tais provas durante o processo concessório, poderia a administração inverter tal ônus usando a presunção de ilegalidade em desfavor dos autores? Por certo e por tudo que restou demonstrado pelas posições de doutrina e jurisprudência, a resposta é NÃO!

13. Nem se alegue, em favor da administração, que teria o segurado-impetrante a obrigação, de, mercê da vontade do INSS, apresentar documentos com mais de 35 anos atrás, à qualquer momento.

14. Assim, o ônus de provar é do INSS, não do impetrante que já o fez em oportunidade devida. Nesse sentido:

*Relator : Francisco José Pizzolante - Turma: 03 Julgamento: 06/04/99
Publicação: 29/06/99 Fonte: DJ*

PREVIDENCIÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO - DECADÊNCIA - SUSPEITA DE FRAUDE - PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO - GARANTIA DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

I - O prazo decadencial, de 120 (cento e vinte) dias, para a impetração do mandamus contra ato que suspende pagamento de benefício previdenciário, pago mês a mês, renova-se continuamente já que se refere a prestações de trato sucessivo.

II - O benefício previdenciário goza de presunção de legalidade e legitimidade. presunção iuris tantum.

III - A prova em sentido contrário é ônus do INSS. Deve ser produzida em sede administrativa ou judicial, garantidos o contraditório e a ampla defesa.

IV- Suspensão de benefício por suspeita de fraude sem procedimento administrativo prévio, que se adapte a moldura constitucional, deve ser repellido pelo Poder Judiciário.

V - Remessa oficial improvida.

15. Verifica-se pelas cópias autenticadas anexas, que o INSS não logrou provar durante o procedimento administrativo qualquer indício fraude pelo autor. Ao contrário é ele autor quem prova pela farta documentação acostada, apenas para melhor convencimento de verificação pelo Juízo, que sempre teve tempo de serviço necessário.

*“A falta de provas, quanto a certo fato que interessa ao processo e que poderá ter influência no julgado, prejudica aquele a quem incumbia o ônus da prova, ou seja, quem tinha a responsabilidade de provar: **não o tendo feito, a sentença terá o respectivo fato como inexistente.**” (Wach, apud Buzaid, Do Ônus da Prova, Revista de Direito Processual civil, 4/16). Grifei.*

16. Ora, se o INSS por conta de sua inoperância, não consegue localizar o processo concessório do benefício do impetrante, pela mesma razão não pode afirmar que houve fraude, ou que este não possui os requisitos temporais necessários ao benefício.

Ainda no mesmo sentido:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO - DIREITO PROCESSUAL CIVIL – DIREITO CONSTITUCIONAL - SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO DE SEGURADO DO INSS - AUSÊNCIA DE FORTE INDÍCIO DE FRAUDE.

- *A concessão do benefício constitui um ato administrativo e, assim, presumidamente legal e regular.*

- *Militando a favor do impetrante esta presunção, despicienda a prova, por ele, da regularidade da concessão do benefício, bastando a comprovação da concessão do benefício para a caracterização da liquidez e da certeza do direito.*

- *Ausente a comprovação de fortes indícios de fraude, descabe a suspensão do benefício. - Pelo provimento do apelo em mandado de segurança. (Apelação em Mandado de Segurança nº 97.0207655-2, Juíza Vera Lúcia Lima da Silva)*

17. Destarte, restando incomprovada qualquer fraude ou irregularidade na concessão do benefício, mormente quando o próprio INSS admite não localizar o processo concessório, o que seria de absoluta necessidade para eventual comprovação de fraude, deve prevalecer a presunção de legalidade conferida através da competente carta de concessão, corroborada pelo documentos adunados nessas razões.

EX POSITIS, presentes os pressupostos autorizadores da medida, quais sejam:

O fumus boni iuris, pela prescrição do direito de revisão por parte do INSS aliado ao fato de que não logrou provar a alegada fraude e “*Militando a favor do impetrante esta presunção, despicienda a prova, por ele, da regularidade da concessão do benefício, bastando a comprovação da concessão do benefício para a caracterização da liquidez e da certeza do direito (AMS nº 97.0207655-2);*

E o periculum in mora, consubstanciado na natureza alimentar da prestação, considerando-se também que continuidade da a privação desta verba pode trazer prejuízos irreparáveis ao impetrante, REQUER:

- 1) A concessão da medida liminar, determinando ao INSS o imediato restabelecimento da aposentadoria do impetrante, devendo comprovar em 10 dias o retorno do pagamento, sob pena de multa diária, a critério do Juízo;
- b) A Exibição, nos termos ao parágrafo único do art. 6º da Lei 1.533/51, do processo originário do benefício do impetrante, bem como o processo de revisão que resultou na cassação, também no original e no prazo de 10 dias;
- c) Após as informações, que deverão vir aos autos no decêndio legal, seja colhido o judicioso parecer do órgão ministerial;

d) Finalmente, na apreciação do mérito e das provas pré-constituídas, seja concedida a Segurança determinando ao INSS que restabeleça em definitivo o benefício do impetrante, eis que incomprovada qualquer fraude ou irregularidade.

Dá acuda o valor de R\$ 500,00

T. em que;

Pede deferimento.

Rio de Janeiro, 10 de setembro de 1999

Cessaçãõ de descontos mensais em aposentadoria previdenciária referentes à reposição de valores recebidos à maior em razão de erro de interpretação por parte da Administração Pública. Súmula 106 do TCU e Pareceres da AGU. Ordem Concedida.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA _____
VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

vem, ut instrumento incluso, por seu procurador ao final, com escritório na Rua México, 70 sala 1.006, Centro, onde receberá intimações ou qualquer outro ato processual impetrar, com arrimo no artigo 5º, inciso LXIX da CARTA MAGNA e dos dispositivos contidos na lei 1.533/51, o presente

MANDADO DE SEGURANÇA

(com pedido de liminar *inaudita altera pars*)

em face do Ilustre Senhor **Coordenador do Seguro Social da Superintendência Estadual do INSS**, com endereço na Rua Pedro Lessa, 36/5º andar, Centro/RJ, pelos relevantes motivos adiante expostos.

PRELIMINARMENTE

Imperioso gizarmos a tempestividade do mandamus, haja vista tratar-se de pagamento de aposentadoria, cuja prestação é de natureza continuada.

Relator : **Francisco José Pizzolante** - Turma: **03** Julgamento: **06/04/99**
Publicação: **29/06/99** Fonte: **DJ**

PREVIDENCIÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO - DECADÊNCIA - SUSPEITA DE FRAUDE - PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO - GARANTIA DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

I - O prazo decadencial, de 120 (cento e vinte) dias, para a impetração do mandamus contra ato que suspende pagamento de benefício previdenciário, pago mês a mês, renova-se continuamente já que se refere a prestações de trato sucessivo.

II – omissis

III – omissis

IV- omissis

V - Remessa oficial improvida.

Assim é o caso sub examine, cuja lesão se renova a cada mês do desconto em folha, salientando, mais uma vez, que a natureza da prestação é de relação jurídica de trato sucessivo, como tem entendido a melhor jurisprudência, notadamente a do STJ:

“PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. CARGOS. ATRIBUIÇÕES IGUAIS OU ASSEMELHADAS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. NORMAS CONSTITUCIONAIS.

I - Resulta do “jus honorarium” com ânimo na doutrina que, nas prestações de trato sucessivo, o prazo decadencial, para uso de ação de segurança, se conta da lesão do direito do impetrante, na oportunidade da satisfação de cada prestação.

II-

III-.....

IV - Segurança deferida” (MS n. 1.706-d/DF, Corte Especial, STJ, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, DJ de 13.10.92).

DOS FATOS

1. O impetrante é aposentado por tempo de serviço na categoria especial de Aeronauta. Sendo certo que em 07 de junho de 1978, somando, à época, mais de 36 anos de tempo de serviço efetivo, foi aposentado no Regime Geral da Previdência como diretor de Empresa de Aviação.

2. Posteriormente, em 1993, o impetrante requereu e teve deferida a transformação de sua aposentadoria em aposentadoria de ex-combatente, com

fulcro na lei 4.297/63 c/c Lei 5.678/71 e ainda art. 53, V do ADCT da CF/88, sendo que já contava mais de 25 anos de efetivo serviço. (Carta de Concessão anexa)

3. Passou então a receber sua aposentadoria integral como se em atividade estivesse, na categoria de Comandante de Jato, função exercida na extinta Panair do Brasil. Vide documento anexo.

4. Pois bem, após estar recebendo normalmente seu benefício concedido durante mais de 04(quatro) anos, inclusive com pareceres vários do INSS, foi surpreendido em **Janeiro de 1997** pelo inesperado “corte” de sua aposentadoria de ex-combatente sob a alegação de que haviam sido constatadas irregularidades na concessão, e que sua aposentadoria estava sendo “retornada” à condição de aposentadoria de aeronauta, com renda mensal de 18 salários mínimos.

5. Decorreram tais “irregularidades”, segundo o INSS da errônea interpretação da lei por parte da Administração Pública ao conceder o benefício, sem que houvesse qualquer participação do segurado, tampouco foi sequer sugerido algum indício de fraude. Ao menos teve o INSS a rara atitude honesta de assumir seu erro.

6. Ocorre que, mesmo assumindo seu erro, o INSS submeteu ao impetrante a imposição totalmente despida de suporte legal de ressarcimento ao erário das importâncias recebidas naquele período, 11/93 à 10/96 em parcelas mensais correspondentes, hoje, a 30% do benefício, R\$ 678,55, conforme documento de consignação anexo.

7. Inobstante o fato de que o impetrante sempre completou os requisitos para o implemento do benefício, tal como concedido, fazendo jus aos proventos que vinha recebendo, não é esta estreita via a ideal para perseguir-se tal direito, e nem é este o objeto da impetração. No entanto, é a via idônea para fazer cessar a arbitrária imposição de devolução das importâncias, mormente quando recebidas de boa-fé e oriundas de equivocada interpretação da lei pela Administração Pública e ainda tendo ocorrido erro para o qual não concorreu a impetrante, como a seguir restará demonstrado.

DO DIREITO

8. Segundo informações do INSS, a impetrante não poderia receber como ex-combatente, comandante de jato, pois se aposentou como Diretor de Empresa. Ora, então, como tal, deveria estar recebendo. Mas nem isso faz o INSS, prefere ignorar o Direito e retornar o impetrante à categoria de aeronauta com teto de 18 salários.

9. Ora, o impetrante sempre dedicou tempo integral à aviação, seja como Comandante, seja como Diretor de Empresa de Aviação, tendo prestando serviço de guerra e participado efetivamente de operações bélicas durante a II Grande Deflagração Mundial, e quando, finalmente, O imaginava ele ter sido este fato reconhecido pela Administração Pública, passando a receber corretamente, tem seus proventos novamente reduzidos sob a alegação de “erro” impondo-se lhe, ainda, a odiosa devolução.

10. Entretanto, vêm entendendo, doutrina e jurisprudência, que em casos como este, não tendo havido a concorrência para o erro e recebimento a maior, e não tendo havido fraude, mas boa-fé, e decorrendo o erro de culpa exclusiva da administração, **NÃO SE IMPÕE O RESSARCIMENTO AO ERÁRIO.**

11. Nesse sentido, é o recente **parecer do Advogado-Geral da União, Dr. Geraldo Quintão, parecer nº GQ 161/98, publicado no Diário Oficial em 09 de setembro de 1998.** Este parecer diz respeito à imposição de restituição ao erário de valores recebidos através de liminares e antecipações de tutela, posteriormente cassadas; e traz elucidativas considerações no que tange à **DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO** no caso em tela. Vejamos, então, a Ementa:

Parecer GQ 161/98

EMENTA:

“A Lei 8.112/90, de 1990, não desautoriza a orientação até agora observada de que **as quantias recebidas “indevidamente”, de boa-fé,** em virtude de errônea interpretação da lei pela administração e posterior mudança de critério jurídico adotado, **não precisam ser repostas, mesmo quando desconstituído o ato.** Conceito de pagamento indevido. Os pagamentos feitos em consequência de liminares, posteriormente cassadas por decisões judiciais definitivas, são pagamentos indevidos e estão sujeitos a reposição, uma vez que não se enquadram na orientação adotada pela AGU.

10. Pois bem, depreende-se da ementa que, in casu, as importâncias não foram recebidas por força de liminares ou decisões judiciais posteriormente cassadas, mas sim por força de má-interpretação por parte do administrador e, finalmente, recebidas de boa-fé pelo servidor. Mutatis mutandi, indevida a reposição também no caso do segurado em tela.

11. Mas não está só o eminente Advogado-Geral da União, o Supremo Tribunal Federal desde 1978, vem entendendo de forma ainda mais ampla, através do v. aresto no julgamento do RE 88.110/DF:

“É Indevida a devolução de vencimentos, não só quando percebido por força de decisão em mandado de segurança, como em decorrência de execução em ação ordinária. Vencimentos e salários têm privilégios de verba destinada a

alimentos – CPC, art. 649, IV – não devendo impor-se sua restituição” (AC, 1ª T., STF, 26.09.78, RE 88.110-7/DF, Rel. Min. Rodrigues Alckimin; DJ 20.10.78, p. 8.206). grifei.

12. Se por um lado é verdade que o acórdão data de mais de 20 anos e, neste interregno, mudaram as leis, mudaram-se as interpretações, mudaram-se os conceitos, **menos verdade não é que os proventos e vencimentos têm sempre, e ainda hoje, NATUREZA ALIMENTAR** e, assim sendo, tendo ocorrido o pagamento a maior destes alimentos ao impetrante, foram eles incorporados ao seu patrimônio, dando-se à tais verbas sua destinação alimentar. Exigir-se agora tal devolução, implicaria em restituir-se alimentos, já consumados.

13. Ainda o Supremo Tribunal Federal em 1972 no julgamento do **RE 74.122/ES**, assim decidiu:

Ementa: Abono provisório.

Recurso Extraordinário da União, conhecido e provido, sem que fiquem os impetrantes obrigados a restituir o que receberam por efeito da segurança concedida.(Jurisprudência do STF, nº 00887020, 04370740, 01222000, 00000210 em 22.08.72, Rel. Min. Luiz Gallotti)

14. Inúmeros outros pareceres da **AGU**, se debruçaram sobre o tema, dentre os quais se destaca:

(...) “20 Quanto a esses efeitos, isto é, à reposição das vantagens recebidas em consequência da interpretação errônea dada à lei, parece-me que ela não se justifica, de momento que se incorporaram ao patrimônio dos beneficiários, que apenas se beneficiaram com o erro da Administração... (1995, Consultoria Geral da República, Consultor Geral, Dr. Themistocles Brandão Cavalcanti”

E mais:

✓ **“Parecer Z-260/57**, Dr. A. Gonçalves de Oliveira, D.O. de 21/05/57, p. 12.852: *“Acumulação remunerada, desnecessidade de restituição dos vencimentos recebidos de boa-fé”*

✓ **“Parecer H-180/65**, Dr. Adroaldo Mesquita da Costa, D. O. 27/05/65, p. 5.054: *“Importâncias pagas a maior – salário família. Percebidas de boa-fé, não cabe a obrigação de restituir”*

✓ **Parecer SR 38/87**, Dr. Saulo Ramos, D.O. de 30/10/87, p. 17.950: *“Reposicionamento. Errônea interpretação da lei não justifica a reposição por parte de quem recebeu de boa-fé a vantagem, mais tarde considerada indevida”*

15. Já na Vigência da lei 8.112/90, a AGU, pronuncia-se novamente através da lavra do Dr. Quintão, desta feita no **Parecer nº 114/96, D.O. de 26/11/96**, verbis:

*“(...) 12. Não creio mereça reparos a orientação que vem sendo observada. A redação dos diapositivos das duas leis é equivalente. Como o art. 125 da lei 1.711 de 1952, os art. 46 e 47 determinaram a **forma** pela qual as reposições à Fazenda Nacional são descontadas da remuneração do servidor. Não dizem **quando, em que hipóteses**, deve haver a reposição ou a indenização. A matéria é regulada pelo Direito Civil: quem recebe o que não lhe é devido, fica obrigado a restituição (CC art. 964); quem causa danos, deve indenizar (CC art. 159). Se se trata, **verdadeiramente**, de hipótese de recebimento indevido (reposição) ou de danos a reparar (indenização), é questão a ser decidida caso a caso. Aliás, isto ficou bem patente, não só no parecer X-29 (item 9 supra), como, também, no despacho nº 6 de 1988, que aprovou o parecer CGR/CR nº AS-21/88, de cujo texto destaco:*

16. Ainda do brilhante parecer, destacamos trecho significativo que traduz-se na exata situação dos autos:

*“O servidor público que, de presumida boa-fé, **venha a receber alguma vantagem financeira**, em decorrência de errada interpretação ou aplicação de norma legal, por parte da Administração, **sem ter influenciado ou interferido na sua concessão**, independente de havê-la pleiteado ou não, **jamais poderá vir a ser compelido, depois, a devolver aquelas importâncias tidas por indevidamente pagas**, porquanto descaracterizada a figura do indébito, em tais casos, nos quais o ato respectivo, embora vitimado de vício insanável, mesmo insuscetível de gerar direitos, goza de presunção de legalidade, até advir-lhe a nulificação, declarada por autoridade para tanto competente.*

Isto é intuitivo e de inteira justiça.

***Não se pode pretender penalizar o servidor, com o ônus da reposição, do que recebeu a maior indevido, depois de incorporado ao seu patrimônio, se ele não concorreu direta ou indiretamente, para o erro administrativo, do qual foi beneficiado ainda que isto assim, o desejasse.**” Grifei.*

17. Há ainda, em favor do impetrante, a **súmula 106 do Tribunal de Contas da União**, segundo a qual, *“O julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica, por si só a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data da decisão pelo órgão competente.”*

18. Ora, se até mesmo nas decisões que dão pela ilegalidade de concessões de aposentadoria e reformas, não se impõe a restituição, menos ainda pode-se exigir tal exação no caso do impetrante. QUEM PODE O MAIS, PODE O MENOS.

Frise-se ademais, que a odiosa devolução esta sendo efetivada de maneira arbitrária e coativa.

19. **Ex Positis**, por tudo que restou demonstrado, notadamente pelo posicionamento adotado pela Advocacia-Geral da União, e estando presentes os pressupostos autorizadores, quais sejam, **o fumus boni iuris**, consubstanciado na flagrante ilegalidade da reposição imposta ao impetrante em folha de pagamento de forma coativa e irresistível, e o **periculum in mora**, traduzido na própria natureza alimentar da verba, que vem sendo sistematicamente reduzida, bem como na possibilidade de causação de dano de difícil reparação para o impetrante, pela via do indébito e através de precatório, requer:

a) A concessão da **medida liminar**, inito litis determinando a imediata cessação dos aludidos descontos;

b) sejam requisitadas as informações, que deverão vir no decêndio legal;

c) após o judicioso parecer o órgão Ministerial, seja **CONCEDIDA A SEGURANÇA definitiva**, determinando à autoridade impetrada, que se abstenha de efetuar qualquer reposição a Fazenda Nacional nos proventos do impetrante, por conta do relatado erro administrativo.

Dá a causa o valor de R\$ 1.000,00

T. em que;

Pede deferimento.

Rio de Janeiro,

Cassação Sumária de Aposentadoria de Ex-Combatente. Suspeita de Fraude. Ausência do devido processo legal. Ordem Concedida.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA ____
VARA – SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.**

vem, por seu advogado ao final, com endereço na Rua México, nº 70 sala 1.006, Centro, onde receberá intimações, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA

(Com pedido de liminar *INAUDITA ALTERA PARS*)

em face de ato do Sr. Gerente Executivo-Centro do INSS no Rio de Janeiro, com endereço na Av. 13 de maio, nº 13/26º andar que, **SUMARIAMENTE E DE INOPINO**, cassou a aposentadoria especial de ex-combatente do impetrante. Tal ato configura-se ilegal e arbitrário, atentando contra direito líquido e certo do impetrante, como restará demonstrado nessas razões.

DA HIPÓTESE

Cumprе inicialmente esclarecer que o impetrante teve sua aposentadoria cassada sem qualquer oportunidade de defesa, sem que recebesse qualquer comunicação anterior para que pudesse apresentar defesa.

A Única comunicação recebida foi a carta anexa dando conta da cassação.

Agravante maior é que a carta é datada de 29 de março de 2000 e o benefício foi cassado ainda em 28 de março, antes mesmo de comunicado ao ato ao impetrante, incorrendo em flagrante ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

DOS FATOS

1. Cumprе salientar que foi o impetrante **aposentado sob a égide da Lei 4.297/63**, sendo certo que a **Portaria 3.786/97, não pode dispor inovações ou restrições sobre o texto normativo, seja, obviamente, por lhe faltar força, ante sua inferioridade hierárquica,(art.59 da CRFB/88), seja por força do direito adquirido dos impetrantes, aposentados que foram, na Lei antiga.**

2. Do que infere o impetrante é aposentado desde a década de 60, na espécie 44, posteriormente transformada, a requerimento, para espécie 43. (documentos inclusos)

3. Ocorre que, apesar de legalmente transformadas em espécie 43, por força dos processos administrativos anexos, inclusive com parecer favorável em todas as esferas administrativas competentes, a aludida portaria vem agora contrariar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, determinando que se revisem todas as aposentadorias transformadas na espécie 43, sob a alegação de estarem em desacordo com a **nova legislação**. (docs. inclusos).

4. Reside ai toda ilegalidade e ameaça de lesão ao direito impugnadas nesta ação de garantia, haja vista que o direito dos impetrantes perpetrou-se sob a égide da legislação pretérita, anterior à aludida Portaria, **que jamais poderia**

retroagir para atingir as situações efetivadas na vigência da Legislação Pretérita Específica.

5. Nesse sentido, é a lição de José Afonso da Silva em seu curso de Direito Constitucional Positivo pág. 282:

*“ Uma dimensão integra o direito previdenciário (art.201, I) e se realiza basicamente pela **aposentadoria** e o direito assistenciário (art.203, I), como forma protetora da velhice” (grifo nosso.)*

6. Tendo em vista as circunstâncias em que foram restringidas as normas concernentes as vantagens das aposentadorias, é flagrante também a ofensa ao ato jurídico perfeito e acabado, porquanto...

“ Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”

7. E, diga-se, a lei vigente àquele tempo era a lei 4.297/63, que traz no seu corpo a **legalidade**, tanto que foi apreciada e aprovada administrativamente, ex vi do artigo 13 do ato Normativo nº 18 de 06 de novembro de 1964, sendo que agora a própria administração pretende revogar este ato jurídico perfeito, através de Portaria, posterior à consecução do ato:

Art. 13 do Ato Normativo nº 18:

Desde de que preenchidas as condições aludidas no art. 1º, os ex-combatentes já aposentados terão reajustados os seus proventos, a contar da data da vigência da Lei 4.297, na base do valor correspondente ao salário integral, de cargo, função ou categoria, como se em atividade permanecesse”

DO ATO PERFEITO ADMINISTRATIVO

8. Como cediço, os atos administrativos estão sujeitos aos efeitos sanatórios do tempo, sendo certo que assim sendo configuram ato jurídico perfeito e acabado nos termos do art. 207 da CLPS, verbis:

*“Art. 207: O processo de interesse de beneficiário ou empresa **não pode ser revisto após 5(cinco) anos** contados de sua decisão final, ficando dispensada a conservação da documentação respectiva além desse prazo” grifei*

9. A tal respeito, temos que perquirir as seguintes considerações: “O art. 207 da CLPS, estatui que o direito da autarquia de rever os atos concessórios de benefícios extingue-se em cinco anos a contar da sua decisão final. Pois bem, é ressabido que tal dispositivo **NÃO FORA REVOGADO** pela Lei 8.212/91 e 8213/91. **Pelo contrário, a Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999 é que ratifica a norma suso, em seu artigo 54, estatuinto que o Administrador decai de seu direito à revisão após cinco anos, salvo se comprovada má-fé. Que, diga-se, in casu inoerre, porquanto os valores pagos aos recorrentes foram determinados por legislação específica e aprovados pelo INSS.** (Juiz Federal Leopoldo Muylaert, in MS 98.0029681-6)

10. A referida lei limitou de modo considerável, o alcance do Enunciado 473, da súmula do Supremo Tribunal Federal, que sempre fora interpretado como se pudesse a Administração Pública efetivar a nulificação quando melhor lhe aprouvesse. A análise crítica do dispositivo legal em comento, traz uma conclusão indubidosa, a certeza der que o legislador abraçou a tese que os atos administrativos estão sujeitos ao efeito sanatório do tempo, ressalvada exclusivamente a hipótese de má-fé do beneficiário.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO - REVISÃO DE ATO PRATICADO HA MAIS DE DEZ ANOS - PRESCRIÇÃO.

I - Os atos administrativos também estão sujeitos a prescrição.

II - Impossibilidade de se rever o ato praticado ha mais de dez anos, sob pena de impossibilitar a sedimentação de situações fáticas já consolidadas pelo decurso do tempo.

III - Apelação e remessa oficial improvidas. (AMS-98.0201117-7 Rel.Juiz Ney Fonseca. P.10/08/99, grifei para destacar.

11. Como se viu, o art. 207 da CLPS dispensa a guarda de documentos após o decurso de 05 anos, **e agora o próprio INSS vem querer que o segurado apresente novamente tais documentos.** Verdadeiro e odioso paradoxo, quando se sabe de antemão que:

a) é costume do INSS exigir documentos originais para instruir os processos concessórios; impossibilitando a reapresentação;

b) Os vínculos trabalhistas datam de MAIS de 30 anos atrás, sendo quase que impossível localizar-se empregadores;

c) A concessão do benefício através da respectiva Carta, goza de presunção de legalidade, só podendo ser elidida por prova irrefutável a ser produzida pelo INSS, sendo este quem alega a fraude.

12. Nem se alegue, em favor da administração, que teria o segurado-impetrante a obrigação, de, mercê da vontade do INSS, apresentar documentos com mais de 35 anos, à qualquer momento.

13. Assim, o ônus de provar é do INSS, não do impetrante que já o fez em oportunidade devida. Senão, vejamos:

Relator : **Francisco José Pizzolante** - Turma: **03** Julgamento: **06/04/99**
Publicação: **29/06/99** Fonte: **DJ**

PREVIDENCIÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO - DECADÊNCIA - SUSPEITA DE FRAUDE - PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO - GARANTIA DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

I - O prazo decadencial, de 120 (cento e vinte) dias, para a impetração do mandamus contra ato que suspende pagamento de benefício previdenciário, pago mês a mês, renova-se continuamente já que se refere a prestações de trato sucessivo.

II - O benefício previdenciário goza de presunção de legalidade e legitimidade. presunção iuris tantum.

III - A prova em sentido contrário é ônus do INSS. Deve ser produzida em sede administrativa ou judicial, garantidos o contraditório e a ampla defesa.

IV- Suspensão de benefício por suspeita de fraude sem procedimento administrativo prévio, que se adapte a moldura constitucional, deve ser repellido pelo Poder Judiciário.

V - Remessa oficial improvida.

14. Verifica-se, pela própria carta-convocação anexa, que o INSS não logrou provar durante o procedimento administrativo qualquer indício de fraude pelo autor. Ao contrário, chama o autor a vir trazer novos documentos para provar seu direito já reconhecido há anos.

15. Ora, se o INSS por conta de sua inoperância, não consegue localizar os documentos constantes do processo concessório do benefício do impetrante, pela mesma razão não pode afirmar que houve fraude, ou que este não possui os requisitos temporais necessários ao benefício.

Ainda no mesmo sentido:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO - DIREITO PROCESSUAL CIVIL – DIREITO CONSTITUCIONAL - SUSPENSÃO DE BENEFICIO DE SEGURADO DO INSS - AUSÊNCIA DE FORTE INDICIO DE FRAUDE.

- A concessão do benefício constitui um ato administrativo e, assim, presumidamente legal e regular.

- Militando a favor do impetrante esta presunção, despicienda a prova, por ele, da regularidade da concessão do benefício, bastando a comprovação da concessão do benefício para a caracterização da liquidez e da certeza do direito.

- Ausente a comprovação de fortes indícios de fraude, descabe a suspensão do benefício. - Pelo provimento do apelo em mandado de segurança. (*Apelação em Mandado de Segurança nº 97.0207655-2, Juíza Vera Lúcia Lima da Silva*)

16. Destarte, restando incomprovada qualquer fraude ou irregularidade na concessão do benefício, mormente quando o próprio INSS admite não localizar os documentos inerentes ao tempo de serviço, o que seria de absoluta necessidade para eventual comprovação de fraude, deve prevalecer a presunção de legalidade conferida através da competente carta de concessão, corroborada pelo documentos adunados nessas razões.

17. Para melhor inteligência da questão, vale a transcrição do art. 2º da LEI nº 4.297/63, que embasa a aposentadoria dos impetrantes:

ART.2º O ex-combatente, aposentado do Instituto de Aposentadoria e Pensões ou Caixa de Aposentadoria, terá seus proventos reajustados ao salário integral, na base dos salários atuais e futuros, de idênticos cargo, classe, função ou categoria da atividade a que pertencia ou na impossibilidade dessa atualização na base dos aumentos que seu salário integral teria, se permanecesse em atividade em consequência de todos os dissídios coletivos ou acordos entre empregados e empregadores posteriores à sua aposentadoria. Tal reajuste se dará todas as vezes que ocorrerem aumentos salariais, consequentes a dissídios coletivo ou a acordos entre empregados e empregadores, que puderem beneficiar ao segurado se em atividade”.

18. Já a Lei nº 5.315/67, esclarece a situação dos impetrantes como ex-combatentes, verbis:

ART. 1º Considera-se ex - combatente, para efeito da aplicação do artigo 178 da Constituição Federal, todo aquele que tenha participado efetivamente de operações bélicas, na Segunda Guerra Mundial, como integrante da Força do Exército, da Força Expedicionária Brasileira, da Força Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e da Mercante, e que, no caso de militar haja sido licenciado do serviço ativo e com isso retornado à vida civil definitivamente”

19. É impossível, concessa vênia, ignorar-se o direito líquido e certo dos impetrantes, deixando de se lhes aplicar as Normas Jurídicas vigentes e aplicáveis ao tempo da inativação, para aplicar normas ulteriores, que, no entender do aplicador, retroagiram para prejudicar o direito adquirido, o que configuraria verdadeira heresia jurídica, não prevista no ordenamento vigente e no Estado Democrático de Direito.

Outro não tem sido o entendimento da jurisprudência:

EMENTA – ADMINISTRATIVO – APOSENTADORIA – RESTABELECIMENTO.

I - O benefício em questão, decorrente do ato político que concedeu anistia aqueles que se enquadram nas disposições da LEI nº 8.683/79 e seu Regulamento, Decreto nº 8.143, não pode ser reduzida ou eliminada por ato da administração, pura e simplesmente da suposta moralidade, porque trata-se de direito adquirido que tem por fundamento Norma emanada do Poder Legislativo, que deve ser respeitada pelos demais Poderes, em perfeita harmonia e independência.”(Proc. 92.02.12236-9TRF/2ª Reg.)

20. Pela detida análise dos processos administrativos que concederam a transformação da aposentadoria dos impetrantes, (cópias anexas), **depreende-se que estiverem revestidos de toda formalidade, legalidade e moralidade**, princípios que devem nortear a Administração Pública, inclusive com precedentes vários, citados nos **pareceres da procuradoria e da gerência regional do INSS**, quando da análise administrativa do caso, concluindo pela plausibilidade do Direito e, conseqüentemente, concedendo o pedido.

21. É de salientar-se que o impetrante, como provam os documentos anexos já passou por duas revisões através da Inspeção Geral da Previdência Social, onde se constatou a legalidade da aposentadoria. Não e justifica mais, agora no fim da vida, que não possam os aposentados gozarem com tranqüilidade daquilo que fizeram por merecer, estando, a cada momento, ameaçados pela Administração Pública.

22. E, nessa esteira, a colenda Corte desta 2ª Região, já decidiu, em matéria idêntica, pela imprestabilidade da aludida Portaria, para revisão dos atos concessórios da transformação. Verbis:

PREVIDENCIÁRIO – MILITAR – EX-COMBATENTE – INCIDÊNCIA DA PORTARIA MINISTERIAL Nº 3.786 DE 07 DE FEVEREIRO DE 1997 A BENEFÍCIOS CONCEDIDOS NA FORMA DA LEI 4.297/63.

I- É a Portaria Ministerial meio inidôneo, da ótica jurídica, para viabilizar modificações na Previdência Social, alterando normas legais sabidamente de hierarquia superior;

II- Remessa Improvida” (Remessa Ex-Officio –MS 21174, p. 97.02.44925-1, 1ª T. Unanime, Rel. Ney Fonseca).

Destaca-se do voto condutor o significativo trecho:

“... os autos noticiam claramente que a tutela pretendida foi no sentido de não incidir sobre as aposentadorias dos impetrantes os efeitos da Portaria Ministerial mencionada, permanecendo os benefícios em questão regidos pelas regras aplicadas à época de suas concessões, como orienta o artigo 13 do Ato Normativo nº 18 de 06.11.64. Frente ao exposto, nego provimento à remessa, mantendo a íntegra da sentença” grifamos.

23. Ora Exa, não é preciso um maior esforço para vislumbrar-se, *in casu*, a flagrante ilegalidade de tais exigências, pois torna impossível aos impetrantes a consecução das mesmas, mormente em razão do tempo decorrido (anterior a 1967). O mesmo ocorrendo com relação à CTPS e Carnês. SENDO CERTO, AINDA, QUE À ÉPOCA DA CONCESSÃO E CONSEQÜENTE TRANSFORMAÇÃO, TAIS DOCUMENTOS FORAM ENTREGUES AO INSS QUE, SIMPLEMENTE, NÃO LOCALIZA OS PROCESSOS CONCESSÓRIOS ORIGINAIS. Do contrário, não haveria de ter sido concedida a transformação.

DO ÔNUS DA PROVA

24. Resta claro que o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito, estava afeto aos impetrantes quando requereram as transformações das aposentadorias, tendo eles, por óbvio, apresentado documentos que lhes

permitissem tal transformação. Tanto é assim, que foram deferidas. Desincumbiram-se, destarte, desse ônus que lhes era próprio.

25. Agora, verificando a administração pública, qualquer modificação, alteração ou impedimento no direito dos impetrantes, cabe à ela, administração provar o que alega e, não, o inverso.

26. Insta, pois, saber-se se, na ausência de prova do fato modificativo, extintivo, ou impeditivo do autor e tendo aquele apresentado tais provas durante o processo concessório, poderia a administração inverter tal ônus usando a presunção de ilegalidade em desfavor dos autores?

27. Por certo e por tudo que restou demonstrado pelas posições de doutrina e jurisprudência, a resposta é NÃO! A presunção, como ressabido, é de LEGALIDADE.

28. Assim, o ônus de provar é do INSS, não dos impetrantes, que já o fizeram em oportunidades várias, passando por um sem-números de revisões. Amolda-se ao caso vertente a seguinte assertiva:

“A falta de provas, quanto a certo fato que interessa ao processo e que poderá ter influência no julgado, prejudica aquele a quem incumbia o ônus da prova, ou seja, quem tinha a responsabilidade de provar: **não o tendo feito, a sentença terá o respectivo fato como inexistente.** (Wach, apud Buzaid, *Do Ônus da Prova, Revista de Direito Processual civil*, 4/16). Grifei.

29. “Com efeito, o direito da Administração Pública proceder a revisão dos proventos dos impetrantes, para aplicar aos mesmos as disposições contidas em legislação posterior à legislação vigente à época de suas concessões, decaiu, ante o decurso de mais de cinco anos do ato concessório de suas aposentadorias” (Leopoldo Muylaret, Juiz Federal da 38ª vara/RJ, in MS 98.002981-6).

DA IMPRESTABILIDADE DA PORTARIA 3.786/97 PARA CASSAR AS APOSENTADORIAS ESPECIAIS DE EX-COMBATENTES

30. Preliminarmente, no âmbito da doutrina administrativa, a portaria é fórmula pela qual “as autoridades de nível inferior ao chefe do Executivo, sejam de qualquer escalão de comando, dirigem-se a seus subordinados, transmitindo **decisões de efeito interno**” (Celso Antônio Bandeira de Mello, Malheiros, 1994, 5º ed, p,211).

31. Assim, não poderia jamais ser veiculada, por meio de portaria, a determinação de cassação das aposentadorias de ex-combatentes em desacordo com a aludida Portaria.

32. É evidente a ilegalidade e a imprestabilidade daquela portaria para produzir tal fenômeno. É de ressaltar-se, que

“somente uma Lei pode modificar ou revogar outra lei, sendo vedada a qualquer outra espécie normativa tal poder”.

33. Tudo isso em homenagem ao art. 2º caput da lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

34. O eminente Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADIMC 996/DF, assim entendeu:

“O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que materialmente deve estar adstrito poderá configurar insubordinação executiva aos comandos da Lei.”

(Tribunal Pleno, ADIMC 996/DF, J. 11.03.94, Ementário de Jurisp. V.1.743-02, p. 221, DJ 1 de 06/05/94, p. 10.468. In a Constituição na Visão dos Tribunais, 1997, TRF-1, vol. II).

35. Ademais, não se pode admitir que a aludida portaria tenha estendida sua área de atuação, haja vista que o art. 149 do Dec. 2172/97, EXCLUI EXPRESSAMENTE os ex-combatentes de tal norma, remetendo-os à LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA, verbis:

“As prestações, e o seu financiamento, referentes aos benefícios de ex-combatente e de ferroviário servidor público ou autárquico federal ou em regime especial que não optou pelo regime da Consolidação da leis do Trabalho, na forma da lei 6.184, de 11 de dezembro de 1974, bem como seus dependentes, SERÃO OBJETO DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA” grifei.

36. De outra senda, incontroverso o caráter especial da lei de regência das aposentadorias(4.297/63), não se admitindo, jamais, em atenção ao princípio da segurança jurídica, a alteração introduzida pela indigitada Portaria.

37. Finalmente, vale ressaltar que um ato regulamentar não pode ferir cláusula “due process of law” que, na lição do mestre Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, consiste nos seus aspectos formal e substancial em:

f) elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade, senso de Justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (substantive due process of law, segundo o desdobramento da concepção norte americana);

g) aplicação judicial das normas jurídicas (não só da lei, como tal própria e estritamente concebida, mas, por igual, de toda e qualquer forma de expressão do direito), através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o “processo” (judicial process); e

c) assecuração, neste, de paridade de armas entre as partes, visando à igualdade substancial. (“Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional”, Editora Revista dos Tribunais, 1993.

38. Ao Poder Judiciário incumbe, antes de tudo, assegurar o primado dos preceitos legais, velando pelo cumprimento das limitações impostas ao poder regulamentar, não permitindo excessos ou abusos na regulamentação de modo a que não ultrapasse este, o seu objetivo, e adequando as obras do legislador infraconstitucional à Lei Suprema.

DOS PARECERES ADMINISTRATIVOS –aprovados em todas as instâncias - QUE DERAM PELA LEGALIDADE DAS APOSENTADORIAS

39. Os aeronautas/excombatentes, quando do pedido de transformação de aposentadoria obtiveram pareceres administrativos FAVORÁVEIS em TODAS as instâncias por onde passaram seus processos, culminando com a aprovação do Consultor Jurídico da União, José Bonifácio Borges de Andrada que, por conseguinte, teve seu parecer adotado pelo Sr. Ministro da Previdência, Reinhold Stephanes na Avocatória Ministerial nº MPAS/CJ/58/95.

40. Já decidiu, e vem decidindo, o Supremo Tribunal Federal, assim como o Superior Tribunal de Justiça que os pareceres administrativos, enquanto meras peças opinativas são vinculam a administração, **senão após a sua aprovação** por ato de superior hierárquico. Assim, a contrario sensu:

Mandado de Segurança. Administrativo. Ensino Superior. Criação de Curso na Área de Saúde. Litispêndência(art.267, V c/c art.301, V, § 1º CPC).Lei 4.024/61. Lei 5.540/68. Lei 9.131/95. Decreto 98.377/89. Decreto 1.303/94.

1. omissis.

2. Os pareceres administrativos, peças enunciativas de opiniões técnicas, antes de aprovados pela autoridade administrativa investida do poder decisório ou pelo colegiado competente, não vinculam a administração. O parecer não subsiste como ato administrativo antes de aprovado, por si, não configurando direito adquirido.

3. omissis

4. Segurança denegada.(MS 4.447/DF, 96.0011461-7, Rel. Min. Milton Luiz Pereira; 1ª Seção STJ, 27.11.1996, Unanime)

40. Como se observa, na dicção do E. STJ **o parecer só produz efeitos e vincula administração, após aprovado pela autoridade administrativa. É O QUE OCORRE, IN CASU.**

Vejam, pois, os pareceres aprovados:

1. PGC nº 068/90 (31035.14665/88)

Interessado: Allan Costa Sellos

Parecer da procuradora Amanda Moutinho

Aprovado pelo Procurador Chefe da Divisão de Benefícios, René Lycurgo Campos.

Aprovado pelo Procurador Chefe da Consultoria Geral da Procuradoria do INPS.

Gabinete do Secretario de Benefícios, aprovado pela Secretária-Geral, em 30/07/90, Helena Simi Salles.

Ementa: O segurado tem direito a transformação da aposentadoria de aeronauta em, aposentadoria de ex-combatente. Ambas são concedidas por legislação especial. Aplicação da Lei nº 4.297/63, computando-se para aposentadoria o período em que o segurado esteve convocado para o serviço militar durante o conflito mundial – 1939/1945. Direito adquirido.

2. Parecer nº 801-005.23 (31036. 18755/90)

Interessado: Fernando Corrêa da Rocha

Parecer do procurador Raimundo Nonato Costa Filho (chefe da divisão)

Aprovado pela Coordenação Geral de Benefícios em 09/10/91. De acordo. Esther Zila da Silva Ventilari, Coordenadora Geral de Benefícios

Ementa: “ Não há razão porque alegar a necessidade não ter requerido para contribuir pelo efetivamente recebido. No caso presente, o segurado já contribuía por lei especial, Lei nº 3.501/58 com alterações da Lei 4.262 e 4.263/62, que tinha limite superior ao estabelecido na LOPS. Portanto, não tem propósito a aplicação do art. 5º do ato normativo 18 que regulamentou a Lei nº 4.297/63.”**“ Dói-nos ver limitado o âmbito da visão por fundamento de texto frio da Lei, na análise de processos de benefícios daqueles que foram convocados para servir à pátria na guerra, no entanto, nas aposentadorias excepcional de anistiados, nada obstaculizamos.”** (Parecer assinado pelo CHEFE DA DIVISÃO LEGISLATIVA, SUPERVISOR 1 e pela COORDENADORA GERAL DE BENEFÍCIOS.)

3. Parecer MPAS 664.324/81

RIO GRANDE DO NORTE - Procuradoria Geral-Procuradoria Administrativa

Interessado: Manoel Rafael de Araújo
 Parecer PGA 114/83, **aprovado em 09/02/1983. Maria Helena T. Fernandes, procuradora.**

Ementa: Aposentadoria de ex-combatente. Revisão. Ex-combatente aposentado na vigência da Lei nº 5.698.71, tendo, porém, preenchido os requisitos para a aposentadoria sob o império da Lei nº 4.297/63. Reajustamento e RMI com base na lei, nas jurisprudências administrativas e judicial e em Pareceres desta Procuradoria Geral. Descabe recurso ao Egrégio Conselho Pleno.

4. Parecer PGA 187/84

RIO DE JANEIRO INPS 617.000/37.208/84

Interessado: Egídio Antônio Mitidieri

Procurador CID MACHADO, parecer **aprovado pelo Procurador Geral Chefe da PGA (Procuradoria Geral Administrativa).**

Ementa: Ex-combatente, marítimo. Pedido de Revisão. Capitão de Longo Curso, aposentado na vigência da Lei nº 5.699 de 31-08-71, mas que antes preenchia os requisitos da lei 4.297/63. O reajustamento do benefício deverá ser calculado de conformidade com o art. 2º da Lei 4.297/63, com todas as vantagens daí decorrentes, obedecida a prescrição quinquenal que tenha alcançado prestações em atraso, a partir da data em que foram devidas.

5. AVOCATÓRIA MINISTERIAL MPAS/CJ/58/95

Interessado: Renato Lacerda César

Parecer do Consultor Jurídico, José Bonifácio Borges de Andrada em 23/07/95, **APROVADO PELO MINISTRO EM 27/07/95.**

EMENTA: AS CONDIÇÕES QUE EMBASARAM A CONCESSÃO DE APOSENTADORIA DE AERONAUTA PERMITEM SUA TRANSFORMAÇÃO EM APOSENTADORIA DE EX-COMBATENTE.

41. Do que se viu, os atos administrativos que aprovaram tais pareceres, resultam em atos administrativos formais e juridicamente perfeitos, constitutivos de direito adquirido dos impetrantes, na lição de Hely Lopes Meirelles:

“Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativos, não vinculando a administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, SALVO SE APROVADO por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa ordinatória, negocial ou

primitiva” (In *Curso de Direito Administrativo – ed. Malheiros, págs. 175 e 176*).

42. Também debruçado sobre o tema, assim pronunciou-se o Eminente especialista em Previdência, WLADIMIR NOVAES MARTINEZ, em parecer fundamentado, cuja cópia está anexada a estas razões:

“IV.DAS CONCLUSÕES

Posto isto, S. M. J, são nossas respostas:

a) é possível transformar a aposentadoria de aeronauta na de ex-combatente, nada obstante tratem-se de prestações distintos valendo o tempo de serviço como se fora efetivo tempo de serviço até 4.10.88.

b) a transformação de um em outro benefício é direito adquirido de quem preencheu os requisitos legais da mudança da norma.

c) completando o tempo necessário após a alteração havida na Lei Maior de 1988, há que se cumprir o disposto no art. 53 do ADCT. Se isso aconteceu antes de 5.10.88, a transformação poderá dar-se a qualquer tempo mesmo para quem se aposentou antes dessa data.

d) o ato jurídico perfeito é norma pétrea, princípio fundamental do ordenamento jurídico do País, devendo ser observado, especialmente, quando a Administração Pública esgotou a matéria antes de definir o direito dos administrados.

São Paulo, 31 de maio de 1999.

Wladimir Novaes Martinez

OAB 107.682”

DA SEGURANÇA JURÍDICA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CARTA DE 1988

43. O amplo rol de direitos fundamentais, o qual se inscreve nos artigos 5º, 6º, 7º 8º e 9º da Constituição Federal, não esgota, pois, o campo constitucional dos direitos fundamentais – lembremo-nos todos, pedra angular da Carta Magna. Estão também dispersos ao longo de todo o texto constitucional. São vulgarmente chamados de direitos fundamentais constitucionais fora do catálogo. Alguns desses direitos são direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias e dentre estes se situa o direito que todos temos de ser cidadãos de um País Soberano, dono de suas decisões nos campos econômico, político e social.

44. COMO JÁ SE VIU ACIMA, OS IMPETRANTES FORAM APOSENTADOS EM 1965, SENDO A LEI VIGENTE ÀQUELE TEMPO(4.297/63) ERA NO SENTIDO DA LEGALIDADE DA TRANSFORMAÇÃO E DA CONCESSÃO DOS VALORES QUE HOJE RECEBEM, LEI CONSAGRADA E RECEPCIONADA PELO ART. 53 DO ADCT, CONFIGURANDO-SE ATO ARBITRÁRIO, ILEGAL E, SOBRETUDO, IMORAL, PRETENDER AGORA, A PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO, REVOGAR ATO JURÍDICO PERFEITO, ATRAVÉS DE PORTARIA.

46. Conclui-se, de conseguinte, pela inadmissibilidade da revisão criada pela Portaria em exame, por atentar contra **direitos e garantias inalienáveis**, sem os quais, caem por terra os princípios fundamentais enunciados nos artigos inaugurais da Carta de 88, como a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho; e, bem assim, dentre outros, o objetivo da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

49. É ressabido que tem decidido reiteradamente a Corte Constitucional que as aposentadorias são regidas pelo lei Vigente a época da inativação, bem como as pensões, pela Lei vigente ao tempo do passamento.

CONCLUSÃO

50. Do que restou exposto nas longas, mas necessárias, razões da impetração, do ato de cassação da aposentadoria de ex-combatente **sem qualquer chance de defesa**, -, retornando-as à aposentadoria de aeronauta - resulta flagrante ilegalidade e abuso de poder, ferindo de morte direitos adquiridos, atos perfeitos e a segurança jurídica. Pelo que, se requer:

1. A concessão da medida liminar, initio litis, para que se abstenha o impetrado de retornar a aposentadoria dos impetrantes à condição de aeronauta, até ulterior decisão de mérito, considerando presente o **fumus boni iuris**, pelas razões expostas e ainda que milita a favor do impetrante a presunção da regularidade da concessão do benefício, e o **periculum in mora**, seja pela difícil reparação do dano por via do indébito seja pela cruel via do precatório, tratando-se de verba alimentar;
2. sejam solicitadas as informações no prazo decêndial;
3. seja colhido o judicioso e necessário parecer do Órgão Ministerial;
4. seja, ao final, CONCEDIDA A SEGURANÇA vindicada, garantido-se ao impetrante que vai se aproximando do término de sua vida, a manutenção da aposentadoria de ex-combatente como faz jus, livrando-o, de uma vez por

todas, dos constantes sobressaltos a que estão sendo submetidos, notadamente por força da indigitada Portaria 3.786/99, ou por ato dela advindo.

T. em que;
Pedem deferimento.
Rio de Janeiro,

Capítulo IV **Dir. Administrativo/Constitucional**

Omissão Legislativa Quanto à Determinação Constitucional de Revisão Anual dos vencimentos de Servidores Públicos. Inteligência do art. 37, X, da CF/88, alterada pela EC 19.98. Ordem Liminar Concedida.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA __ VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

“ Ao Juiz monocrático, não cabe proferir julgamentos políticos, senão cumprindo e fazendo cumprir a Constituição de seus País”
(Agapito Machado, in Sentenças Cíveis na Justiça Federal, 1999, p.14, ed. Ciencia Jurídica)

vêm, por seu advogado “*in fine*”, com escritório na Rua México, 70 sala 1.006, onde receberá intimação ou qualquer outro ato processual, com fundamento no art.5º LCXIX da CF/88 e dos dispositivos contidos na Lei 1533/51, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA **(com pedido de liminar)**

em face do Ilustre. Sr. Superintendente Estadual do INSS no Rio de Janeiro, com endereço na Rua Pedro Lessa, 36/3º andar, pelas razões de fato e de direito adiante aduzidas:

PRIMEIRAMENTE – Da Legitimidade Passiva:

Faz-se necessário desde já esclarecer que os proventos dos impetrantes, são controlados pela A. Coatora em razão do próprio regimento, considerando ser a aludida Autoridade, o responsável pelas proventos dos impetrantes neste estado, razão pela qual figura no polo passivo da relação processual.

Vale a transcrição da brilhante lavra do MM. Juiz Federal Guilherme Bollorini Pereira nos autos do MS 96.0073465-8, verbis:

PROCESSO nº 96.0073465-8

(...)

A ação de mandado de segurança é meio constitucional posto à disposição do cidadão para a proteção de direito líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade. A pretexto de incompetência da autoridade federal investida em cargo de direção da administração regional de pessoal, por haver sido centralizado procedimento de desconto em folha na capital da República, alega-se a ilegitimidade, que, se acolhida em casos como este, obrigaria o cidadão a procurar meios de contratar advogado para atuar em Brasília a fim de propor e acompanhar a ação.

Sendo certo que autoridade coatora não é apenas aquela que, efetivamente, pode modificar o ato impugnado, mas também, aquela que detém os meios para tal.

Ainda que se possa alegar não ser a autoridade impetrada nesse mandamus, a legítima para a consecução da decisão, **tem ela a obrigação legal de, recebendo uma ordem judicial, adotar as providências necessárias ao seu cumprimento**, ou seja, enviar ofício ou comunicação do setor competente, informando da Decisão e, requerendo o seu cumprimento.

Por derradeiro, batente elucidativa é a orientação da Segunda Região no julgamento da apelação em MS nº 021132/RJ REG. 97.02.44263-0, 3ª Turma, TRF 2ª Região: “A legitimidade é matéria que deve ser apreciada mesmo de ofício (267, VI e § 3º, do CPC). É legítima a autoridade que, executora do ato impugnado, teria meios e competência para cumprir a ordem determinada no writ.”

DA HIPÓTESE

Os impetrantes são servidores públicos civis e pensionistas federais, destinatários da norma insculpida no art. 37, inciso X da Constituição federal, com redação alterada por força da Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998.

DOS FATOS

Como dito, a EC 19/98 alterou o texto original da Carta Política, de forma a inserir na nova redação, obrigação de revisão anual na remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices e na mesma data.

Destarte, afigura-se uma obrigação por parte da Administração Pública revisar os vencimentos e proventos dos impetrantes no período de um ano a contar da promulgação da emenda constitucional, qual seja, 04 de junho de 1998. Entretanto, o prazo anual expirou-se em 04 de julho de 1999, sem que tivessem os servidores impetrantes qualquer revisão estipendial, configurando-se tal omissão em ofensa ao direito líquido e certo garantido constitucionalmente.

Ofende ainda, tal procedimento, aos princípios norteadores da Administração Pública, também inscritos no rol do art. 37, como sendo: da legalidade, Impessoalidade, Moralidade e Publicidade.

Não resta dúvida, destarte, quanto à ofensa a pelo menos dois desses princípios; o da Legalidade e da Moralidade, porquanto reputa-se imperativa e cogente a fiel observância dos ditames constitucionais, transmutando-se, via oblíqua, em flagrante imoralidade a não submissão da Administração Pública, de onde deve partir o exemplo, à regra imposta pelo Constituinte Derivado.

No que respeita à cega e fiel obediência à Constituição, já frisou o E. STF, na lavra do eminente Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADIn 293-7/DF:

“Uma constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples estrutura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos povos e nas nações. Todos os atos estatais que rupugnem a constituição expõem-se à censura jurídica dos Tribunais, especialmente porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste –enquanto for respeitada- constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. (ADIn 293/7/DF, STF. DJU de 16.04.93, p. 6.429)

Também deveras elucidativa, do ponto de vista do cumprimento estrito da Constituição, sem a preocupação política no julgamento é o pronunciamento do brilhante Agapito Machado in “Sentenças Cíveis na Justiça Federal” p. 53, Ed. Ciência Jurídica. verbis:

“31. “O Juiz só tem compromisso com a Lei e a Constituição” (Lázaro Guimarães, in *As Ações Coletivas e as Liminares Contra Atos do Poder Público, Ed. Panorama 1992, p.62*)” *Esse compromisso do juiz, todavia, não deve permanecer apenas nas publicações extraprocessos, portanto, como mera figura de retórica. O juiz só se ajoelha diante de Deus em momento algum temerá cumprir e fazer cumprir a Constituição de seu País, principalmente*

quando chamado a proferir decisão dentro do devido processo legal.

De outra senda, não se pode admitir, como na dicção do Excelso Pretório - ***Todos os atos estatais que repugnem a constituição expõem-se à censura jurídica dos Tribunais*** - que se torne a Norma Constitucional, mais uma condenada a vagar pelo mundo jurídico sem conteúdo normativo. Para tanto, deve o Poder Judiciário repugnar sem hesitação o ato omissivo praticado pela Administração Pública e materializado na pessoa da ilustre A. impetrada, determinando, não apenas a revisão geral vindicada, mas principal e essencialmente, o cumprimento do preceito constitucional, com o que seguramente não estará indo de encontro à qualquer outra norma proibitiva, mas, ao contrário, consentâneo com o que determinada a Lei Maior.

Atestando a certeza e liquidez do direito posto, pode-se afirmar:

- Os impetrantes são servidores públicos e pensionistas, destinatários da norma;
- A EC 19/98, modificou a redação original do texto constitucional, obrigando a administração pública a revisar, no prazo de uma ano os vencimentos dos servidores públicos;
- O prazo assinado na EC expirou-se em 04 de junho de 1999, sem qualquer revisão.

Ferido está, portanto, o direito subjetivo dos impetrantes, estando tal direito, de consequência, protegido pela ação mandamental.

Provado o **fumus**, cabe aqui atestar a presença do **periculum**. Inicialmente, por se tratar de remuneração, alimentos, há que se ter sempre por presente o perigo da demora no pagamento. Em segundo lugar, que a injustificada resistência no cumprimento da norma constitucional asseguradora da revisão, traz enormes prejuízos a quem, há vários anos, aguarda com ansiedade o cumprimento de seu direito, cujos prejuízos daí advindos, podem restar irreparáveis ou de difícil reparação.

Do exposto, é a presente ação de garantia para requerer:

1. O deferimento da **MEDIDA LIMINAR**, initio litis, no sentido de determinar à autoridade impetrada que proceda à revisão remuneratória dos vencimentos e proventos dos impetrantes, em obediência ao art. 3º da EC 19 de 04.06.1998, calculando, para tal, o percentual de defasagem verificado desde a ultima revisão e implantando-o imediatamente nos contracheques;

2. Seja colhido o judicioso e necessário parecer do Órgão Ministerial e solicitadas as informações no decêndio legal;

3. Ao final, seja **CONCEDIDA A SEGURANÇA DEFINITIVA**, no sentido de determinar a imediata implantação do percentual apurado em cumprimento à revisão da remuneração dos servidores impetrantes.

4. Seja fixada pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00, a ser suportada pela A. impetrada, em caso de não cumprimento da ordem no aprazamento legal.

Dá a causa o valor de R\$ 1.000,00

T. em que;

Pede deferimento.

Rio de Janeiro,

Supressão de Vantagem Pessoal Incorporada nos Contracheques de Servidores Públicos Federais. Direito Adquirido e Ato Perfeito. Ordem Concedida

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA ___ VARA – SEÇÃO DO RIO DE JANEIRO.

vem, por seu advogado “*in fine*” com escritório na rua México, 70 sala 811, onde receberá intimações ou qualquer outro ato processual ajuizar

**MANDADO DE SEGURANÇA
(Com Pedido de Liminar)**

em face do Ilustre Chefe do Sétimo Distrito Rodoviário Federal (DNER), com endereço na Rodovia Presidente Dutra, KM 163, antigo KM 0, Jardim América, pelos motivos a seguir expostos.

1. DA HIPÓTESE

O impetrante é Servidor Público Federal - Agregados a DAS, pertencente aos quadros do DNER. Conforme documentos juntos.

1.1 DA LEGITIMIDADE PASSIVA

Inicialmente, faz-se necessário dizer que os proventos dos impetrantes, são controlados pela A. Coatora em razão do próprio regimento, considerando ser a aludida Autoridade, o ordenador de despesas e responsável pelas folhas de pagamento dos proventos dos impetrantes neste estado, razão pela qual figura no polo passivo da relação processual.

Sendo certo que autoridade coatora não é apenas aquela que, efetivamente, pode modificar o ato impugnado, mas também, aquela que detém os meios para tal, no entendimento da jurisprudência:

“ Autoridade coatora não é exatamente aquela que tem competência para corrigir o ato, mas aquela que dispõe de uma forma eficaz de cumprir a prestação jurisdicional reclamada pelo impetrante” (AMS 95.01.07451, DJ 2-24/6/95, p. 40.090 - Juiz Federal Tourinho Neto, TRF 1ª Região)

Ainda que se possa alegar não ser a autoridade impetrada nesse mandamus, a legítima para a consecução da decisão, **tem ela a obrigação legal de, recebendo uma ordem judicial, adotar as providências necessárias ao seu cumprimento**, ou seja, enviar ofício ou comunicação do setor competente, informando da Decisão e, requerendo o seu cumprimento.

Nesse sentido, aliás, pronunciou-se, oportunamente, a Ilustre Juíza Federal LILIANE DO ESPÍRITO SANTO RORIZ DE ALMEIDA, ao proferir sentença acerca da matéria ora discutida. *verbis*:

“ Embora a autoridade apontada não disponha de competência para entrar diretamente no sistema SIAPE, modificando-o, para fazer efetivas alterações na folha de pagamento do órgão, é de sua competência encaminhar ao Ministério da Administração e Reforma do Estado - MARE - todas as ocorrências havidas no âmbito administrativo, passíveis de resultar em alteração em folha, como é o caso de ausências desautorizadas ao serviço, licenças sem vencimentos deferidas, férias, etc., requerendo a criação de rubrica com os dados da alteração a ser processada” (MS- 96.0011026-3)grifamos.

Ainda acerca da legitimidade da I. Autoridade, trazem os autores manifestação do representante do parquet federal, Rogério Paiva Navarro, no MS 970101470-1, que trata do mesmo tema aqui exposto. *verbis*:

“ Faz-se mister salientar a pertinência processual passiva da presente autoridade coatora. O mandamus sempre será dirigido contra aquele que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo judiciário, dispondo de uma forma eficaz para corrigir a apontada ilegalidade”

Ainda no mesmo *mandamus*, assim pronunciou-se a MM. Juíza Federal substituto Andréa Cunha Esmeraldo:

“ A orientação preponderante é no sentido de se considerar escusável eventual erro na indicação da autoridade coatora, para se viabilizar o exercício amplo da garantia constitucional do mandado de segurança, que não poderia restar prejudicado pelo desconhecimento, por parte do Impetrante, da complexa estrutura administrativa;

- e, no caso vertente, a rigor, não houve erro algum, porque cabe a autoridade impetrada fornecer as informações necessárias á elaboração da folha de pagamento ao Sr. Secretário de Recursos Humanos do Ministério da Administração e Reforma do Estado – MARE, que, através do SEPRO, apenas operacionaliza o ato.” (In MS 97010170-1/RJ)

1.2 DA TEMPESTIVIDADE

Deve ainda a matéria reportar-se ao fato de que, em se tratando de benefício de aposentadoria estatutária de natureza continuada, sendo pois, mensal seu pagamento, incorre “*in casu*”, a prescrição ou a decadência. Vale trazer, esposando a tese exposta, trecho da manifestação do membro do Ministério Público Federal, procurador da República Rogério Paiva Navarro, opinando em matéria idêntica no MS 97.0101470-1/RJ, *verbis*:

“ A princípio ressaltamos a tempestividade deste mandado de segurança, haja vista que tratamos ‘In casu’ de relação jurídica continuativa, sendo que a ilegalidade do ato de sustação do acréscimo devido se renovaria mensalmente, conforme o vencimento de cada mês do pagamento dos proventos”

Bem assim o caso *sub examine*, cuja lesão se renova a cada mês da não inclusão da aludida vantagem em folha, salientando-se ainda que a natureza da prestação pleiteada é de relação jurídica de trato sucessivo.

2. DOS FATOS

a) Ocorre que, ilegalmente, a autoridade impetrada RETIROU dos proventos dos impetrantes a vantagem pecuniária do art. 184 da Lei 1.711/52, vantagem esta, que lhes foi paga desde a inatividade.

b) Depreende-se dos documentos acostados que a aludida vantagem foi paga pela última vez no mês de Março/97, sendo que no contra-cheque referente ao mês de Abril/97, já se encontra suprimida, ferindo assim,

duplamente, dispositivo constitucional insculpido no art. 5º XXXVI da Carta Política, além ainda, do art. 6º parágrafo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, Dec-Lei nº 4.657/42, como restará provado a seguir.

3. DO CABIMENTO DO MANDAMUS

3.1. Considerando a melhor doutrina e jurisprudência de nossos tribunais, é o Mandado Segurança o meio idôneo para assegurar a manutenção do direito líquido e certo do impetrante, como nos coloca o consagrado Professor José Afonso da Silva, em seu livro Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª edição, pag.391:

*“O mandado de segurança é assim, um remédio constitucional com natureza de ação civil, posto a disposição de titulares de **direito líquido e certo lesado** ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública **ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público**” (grifos nossos).*

3.2. E assim se coloca o mestre Hely Lopes Meirelles: Direito Administrativo brasileiro, 18ª ed. Malheiros:

A lei não poderá excluir da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.

3.3- Ademais, depreende-se da documentação anexa, que o ato já se configurou com a significativa redução dos proventos do impetrante, confrontando-se com o princípio constitucional da Irredutibilidade dos vencimentos.

4. DO DIREITO ADQUIRIDO

4.1 Como se constata, principalmente dos contra-cheques adunados, o direito adquirido do impetrante de continuar recebendo a citada vantagem foi lesado pela A. Coatora, quando retirou tal vantagem de seus proventos sem qualquer embasamento legal.

4.2 Reside ai, toda ilegalidade e lesão ao direito impugnadas neste mandamus, haja vista que o direito do impetrante perpetrou-se na legislação pretérita.

4.3 O art. 6º, parágrafo 2º do Decreto-Lei 4.657/42 - Lei de Introdução ao Código Civil, estabelece esta garantia:

“ art.6º: A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 2º - consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termos prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

4.5 Agravante maior, e prova cabal da inobservância dos direitos adquiridos é que a A. impetrada, para justificar o ato ilegal, louva-se na súmula 473 do STF, esquecendo-se, entretanto, que tal súmula privilegia e presta homenagem ao Direito Adquirido, quando diz:

***Sumula 473:** A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, **respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos a apreciação judicial.** grifo nosso*

5. DO ATO JURÍDICO PERFEITO

5.1 Pela análise detida dos fatos e documentos trazidos, depreende-se que estão revestidos de toda formalidade, moralidade e legalidade, com precedentes vários, inclusive parecer do **Tribunal de Contas da União na ata de nº 42/87 de 02 de julho de 1987, item 20, verbis:**

*“Devo ressaltar, porém, que é pacífico neste tribunal o entendimento que assiste **direito á agregação**, ao servidor que exerceu cargo em comissão ou função gratificada por mais de 10 anos ininterruptos antes da vigência do decreto-lei 200/67, ainda que não tenha sido formalizada na época própria, cumulada ainda com a vantagem do art. 184, item III da lei 1.711/52...”*

5.1.1. Em vistas das circunstâncias em que foi concedida a vantagem do art. 184, o ato ora impugnado, fere também um ato jurídico perfeito, porquanto...“**reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou**”

5.2 E, a lei vigente àquele tempo era no sentido da legalidade da percepção da vantagem, tanto que foi apreciada e aprovada pelo TCU, e agora, a administração vem querer revogar este ato jurídico perfeito, através do ato da A. impetrada, e sob a pálida alegação de que a **atual legislação não ampara a percepção da vantagem.** Rebarbativo aqui maiores considerações acerca da irretroatividade.

5.4 Posto isso, impõe-se neste momento a indagação; “ *Se lei delegada não pode dispor sobre matéria elencada nos direitos assegurados no art. 5º da Carta Magna, poderia a Portaria Ministerial, fazê-lo?, estando hierarquicamente abaixo daquela, no rol do art. 59?* Notadamente, que não.

6. NO MÉRITO

6.1 Ainda que não se encontrasse, hoje, amparo legal, há que se respeitar os atos praticados de acordo com a vigência das leis da época em que foram concedidos certos benefícios.

6.2 Os impetrantes têm uma história de mais de 35 anos dedicados á *rés* pública, permanecendo por mais de 10 anos no exercício ininterrupto de função de direção e cargo em comissão, e agora, além de não terem nenhum reconhecimento, sequer respeito aos seus direitos podem eles esperar da administração pública.

6.3. É o que dizem os dispositivos legais, é o que foi feito. Ilegal, sem dúvida, é a pretensão de se anular todos os atos praticados legalmente, em vista de mensagem Ministerial (MARE) que pretende retroagir, para atingir situações jurídicas perfeitas e consumadas. Abonar-se tal pretensão, seria, diante do ordenamento jurídico vigente, verdadeira Heresia Jurídica, com a qual não pode corroborar o Judiciário, de vez que o benefício(vantagem do art. 184 da Lei 1711/52) já está incorporado ao patrimônio jurídico dos impetrantes.

7. DA DECISÃO DO TCU

Esposando a tese autoral, trazem os impetrantes, no anexo, a íntegra do v. aresto do Tribunal de Contas da União que, acolhendo as denúncias de nºs TC-000.895/96-2, TC-004.012/96-8 e TC 006.542/97-2, reconheceu a ilegalidade do ato, assinando, ainda, o prazo de 60 dias para a reinclusão da vantagem em folha. O que, obviamente, restou solenemente ignorado pelo MARE.

8. CONCLUSÃO

Destarte, estando presentes os pressupostos autorizadores, “ *o fumus boni juris*”, por todos os fatos e dispositivos legais expostos, notadamente a ausência do processo legal ,e o “*periculum* ”, consubstanciado na já configurada redução dos proventos e lesão ao direito, que só tende a aumentar ante a demora no julgamento final, e a demorada reparação pela via do precatório, requerem:

a) A concessão da **MEDIDA LIMINAR**, para determinar à autoridade, que se abstenha de suprimir a vantagem do art. 184 da Lei. 1.711/52 dos proventos dos impetrantes, até julgamento final do “*WRIT*”, voltando a incluí-la, incontinenti, na próxima folha de pagamento ou em folha suplementar, se esta já estiver fechada.

b) sejam solicitadas as informações no aprazamento legal;

c) Após a manifestação do Ilustre representante do “*parquet federal*”, a **CONCESSÃO DA SEGURANÇA**, no sentido de reconhecer o direito dos impetrantes á sua aposentadoria integral sem que lhe seja suprimida a supracitada vantagem pessoal.

Dá a causa o valor de R\$ 1.000,00

Termos em que;
Pede Deferimento.

Rio de Janeiro, 06 de março de 1998

Ato Omissivo Judicial. Demora despropositada de Juiz monocrático em prestar informações solicitadas pelo Relator de Agravo de Instrumento. Ordem Parcialmente Concedida para determinar remessa imediata das informações.

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

por seu advogado ao final, com escritório na Rua México, 70 sala 1.006, centro, onde receberá intimações ou qualquer outro ato processual, impetrar

**MANDADO DE SEGURANÇA
(com pedido de liminar)**

em face de ato omissivo do MM. Juiz de Direito da 36^a vara cível da capital pelos relevantes motivos de fato e de direito aduzidos:

DO POSICIONAMENTO FÁTICO

1) Que em 05 de abril de 1999 a impetrante ingressou com agravo de instrumento visando desconstituir despacho interlocutório proferido pelo MM. Juiz impetrado, nos autos da Ação Renovatória nº 96.001.131982-9, que,

revogando despacho anterior, fixou o aluguel provisório em patamar abaixo, inclusive, do aluguel mensal ajustado contratualmente.

2) Distribuído o Agravo à 11ª Câmara Cível(1999.002.03031), sob a relatoria do eminente Desembargador Nilton Mondego foi diferida a apreciação do pedido de efeito suspensivo para o advento das informações, solicitadas ao MM. Juiz monocrático em **14/04/1999**.(cópia anexa)

3) Ocorre que, desde **27/04/1999** encontram-se os autos do agravo paralisados à espera das informações pelo MM. Juiz impetrado, há mais de 60 dias, portanto.

DO POSICIONAMENTO JURÍDICO

Do Cabimento do *Mandumus*

Da Lesão ao Direito Líquido e Certo

4) Uníssonas, doutrina e jurisprudência, vêm admitindo, não só a ação de garantia contra ato judicial - quando outro recurso não houver - como também a concessão da ordem em se tratando de omissão da autoridade judicial, como no caso em tela.

5) Para Hely Lopes Meirelles, “atualmente é pacífico o entendimento de que os atos judiciais – acórdão, sentença ou despacho – configuram atos de autoridade. Passíveis de mandado de segurança, desde que ofensivos a direito líquido e certo do impetrante”(Mandado de Segurança, 17ª Ed., Malheiros, atualizada por Arnoldo Wald).

6) In casu, a lei processual (art. 527, I) estabelece o prazo de 10 dias para que o Juiz da causa preste as informações. É bem verdade que atualmente, praticamente impossível cumprir-se, com absoluto rigor, os prazos processuais estabelecidos em tempos outros. Entretanto, a absurda dilação imposta pela omissão do MM. Juiz da causa, beira as raias da desídia, estando flagrante a lesão ao direito líquido e certo da impetrante, qual seja, o direito de ter entregue por completo a prestação jurisdicional reclamada.

7) *“Tratando-se de ato omissivo, não é necessário, pois, que se trate de ato executório, porque o ato omissivo, em que não há esse caráter, também enseja a impetração do mandado de segurança”, salientando que também Arnoldo Wald entende que “atualmente conhece-se de toda impetração contra atos judiciais(...) A evolução é sempre no sentido de se ampliar o campo de aplicação do mandado(...), (José Cretella Júnior, in Comentários a Lei do Mandado de Segurança, 9ª edição, Forense, pág., 112)*

8) Há ainda que percorrer-se a dominante jurisprudência da Superior Corte de Justiça, segundo a qual: **“Mandado de Segurança. Ato omissivo. Se a Lei marca prazo para a prática do ato, após decurso desse prazo começa a**

omissão a violar o direito do impetrante. Logo, a contar do fim daquele prazo, começou a ilegalidade por omissão, devendo-se daí contar o prazo de 120 dias para o ingresso em juízo”(RTJ, 53/637, Rel. Aliomar Baleeiro). grifei

9) Ora, como se já disse aqui, a ilegalidade da omissão decorre da própria lei processual que, ao estabelecer prazo para a resposta às informações, certamente o fez pensando na urgência e celeridade impostas ao recurso de Agravo, do contrário restaria letra morta o artigo 528 daquele diploma, prevendo o julgamento do mérito do recurso no prazo máximo de 30 dias.

10) Eméritos julgadores, o prejuízo causado pela omissão apontada é patente, haja vista que acaso julgado ao gravo e provido, a impetrante já não mais suportaria a redução de 50% imposta no aluguel pela decisão agravada.

11) Nem se diga que caberia ao eminente relator providências quanto aos fatos narrados, vez que embora provocado pela impetrante(petição anexa), este encontrava-se de licença. Recorreu, então, a impetrante, ao Desembargador-Presidente da 11ª Câmara, que despachou na petição: “Ao Exmo. Sr. Desembargador Relator”

12) A par do **fumus**, tem-se por presente ante aos fatos narrados e ainda pela situação a que se submeteu a impetrante, privada da entrega da prestação jurisdicional(agravo) em face da omissão do impetrado, sendo que o **periculum**, este por si só consubstanciado na verba referente ao aluguel, que compõe a renda mensal da impetrante, tendo, via oblíqua, caráter alimentar, como também pela proximidade do recesso desta Corte, aliada à licença do Sr. Relator, o que fará com que o recurso só tenha termo em meados de agosto, e ainda assim, se vierem as informações solicitadas.

DO PEDIDO

13) **EX POSITIS**, estando presentes os pressupostos de admissibilidade da medida,REQUER:

a) seja concedida a liminar para, atribuindo efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento até o retorno do relator, determinar à autoridade impetrada que preste as informações solicitadas há 60 dias, no prazo de 05(cinco) dias.

b) Sejam requisitadas as informações no aprazamento legal;

c) Após o decêndio das informações e com o judicioso parecer do parquet, seja concedida a Segurança, confirmando a liminar, no sentido de garantir à impetrante a entrega da prestação jurisdicional reclamada.

d) Requer ainda, dado à relevância da matéria, a observância do art. 17 da Lei 1.533/51, aplicando-se-lhe ao caso em tela.

T. em que;

Pede deferimento.

Rio de Janeiro, 22 de junho de 1999

Pedido de Emissão de Certidão de Tempo de Serviço e Contribuição. Segurado Estrangeiro Residente no Brasil. Garantia Constitucional. Negativa. Acordos Internacionais de Previdência. Ordem Concedida.

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA ___ VARA – SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO.

vem, por seu advogado “*in fine*” com escritório na rua México nº 70 sala 811, onde receberá intimações ou qualquer outro ato processual impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA
(Com Pedido de Liminar)

em face de ato do Sr. Superintendente Regional do Instituto Nacional do Seguro Social, com endereço na rua Pedro Lessa, 36/3º andar, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:

1. DA HIPÓTESE

O impetrante, no período de 1963 á 1967, residiu no Brasil, onde era proprietário da firma “ Oficina Mecânica Casado Ltda” e durante o período em que aqui residiu, contribuiu como EMPREGADOR para o antigo IAPI – Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, órgão já extinto. (docs. Inclusos).

2. DOS FATOS

2.1 Com a extinção do aludido órgão e a fusão dos Institutos de Aposentadoria, o INSS que os sucedeu, assumiu todos os assentos e registros, sendo responsável, hoje, pelos direitos e obrigações oriundos daqueles institutos.

2.2 Ocorre que, voltando para seus País natal, requereu lá, sua aposentadoria por tempo de serviço, sendo que para a comprovação desse tempo de serviço e de contribuição, necessita provar, junto ao Instituto de Previdência Espanhol, o tempo de contribuição aqui no Brasil. Sendo necessário para tal, **CERTIDÃO expedida pelo INSS** dando conta de que o impetrante realmente contribuiu para o IAPI naquele período.

2.3 Reside aí a razão do presente mandamus. Apesar de todos os documentos anexados, autenticados tanto mecanicamente à época, quanto em cartório com ínsita fé pública, fazerem prova de tais contribuições, recusa-se a A. impetrada a fornecer-lhe tal certidão, sem a qual não poderá aposentar-se.

3. DO DIREITO

3.1 *A carta Política em seu inciso XXXIV do art. 5º assegura esse direito:*

“ART.5º,XXXIV- são a todos assegurados, independentemente de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

3.2 Assim, obstada pela autoridade a expedição de CERTIDÃO que comprove, oficialmente, o recolhimento das contribuições pelo impetrante, tal ato configura-se ilegal e afrontante às disposições constitucionais, deve ser reparado pela via mandamental, eis que flagrante a ilegalidade da não expedição de certidão, na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“ No Brasil, qualquer um nacional ou estrangeiro, pode representar a quem de direito, ou seja, superior ou, não o havendo, ao Parlamento, apontando abuso de autoridade. Esse abuso, deve ser entendido em sentido amplo: é qualquer ato ou omissão anormal, praticado ou tolerado por autoridade pública” in A constituição na Visão dos Tribunais, vol. I pág.68

E continua o autor.....

“ Mais importante que a expedição de certidões seria prever a constituição a obrigatoriedade, sob severas sanções, da prática pela autoridade administrativa de determinados atos que, dentro de sua competência muitas

vezes são retardados indefinidamente com grave prejuízo, para os interessados”

3.3 Outro não é o entendimento dos Tribunais Federais acerca da matéria:

“ **EMENTA:** Constitucional. Administrativo. Expedição de certidões. O direito a certidão, para defesa de direitos ou esclarecimentos de situações, é garantia constitucional prevista tanto no art. 153, § 3º da Constituição de 1967, como no art. 5º, XXXIV, b da constituição de 1988. Remessa oficial, improvida” (TFR. REO 11345/MA Rel. , Min. Carlos Thibau. 1ª Turma, 24/2/89, DJ 1 de 10/04/89)

“**EMENTA:** Constitucional, remessa oficial em mandado de segurança, direito de obtenção de certidão perante órgãos públicos, concessão de ordem.

I- A qualquer pessoa é assegurado o direito á obtenção de certidão perante os órgãos públicos, porquanto **a Administração está obrigada constitucionalmente a expedir certidão** quando solicitada, nos termos do que preceitua o art. 5º XXXIV, b da Carta Magna vigente.

II- A emissão de certidão não comporta qualquer decisão administrativa quanto emanação ou não do ato administrativo respectivo.

III- O conteúdo da certidão, de outro lado não pode ser outro senão a indicação da existência ou não do ato ou fato objetivado e o exato modo como exige, constante dos registros administrativos.

IV- Remessa oficial improvida (TRF – 3ª Região, REO 94.03.070235/SP. Rel., Juiz Sinval Antunes. 1ª Turma. Decisão 26/9/95, DJ 2 de 31/10/95, p. 74.958).

3.4 Como se vê, a de expedição de certidões constitui um direito garantido na Carta Magna, a qualquer cidadão, não se sujeitando, portanto, á vontade do administrador, porquanto não configura ato discricionário, diante da garantia constitucional.

3.5 Não bastasse, para a plausibilidade do direito a exposição constitucional dos fatos, deve-se reportar ainda a legislação civil, que, segundo o Art. 941 do Código Civil Brasileiro:

“ Recusando o credor a quitação, ou não a dando na devida forma (Art. 940), pode o devedor citá-lo para esse fim, e ficará quitado, pela sentença que condenar o credor”.

3.6 À luz do art. 1092 do Código Civil, o impetrante, nesta relação bilateral de obrigações, cumpriu integralmente com sua obrigação, conforme fazem prova os comprovantes anexos. Razão pela qual exige, através da presente prestação jurisdicional, o implemento da obrigação da Administração Pública, considerando que a obrigação encontra-se concluída e satisfeita, pelo impetrante, cabendo agora ao INSS cumprir a sua, expedindo a certidão que comprove o tempo de contribuição.

4. CONCLUSÃO

4.1 Pela análise de todos os documentos e comprovantes de recolhimento anexos e ainda a prova da exigência pelo Instituto de Previdência da Espanha, de tal comprovação, e estando preenchidos os requisitos autorizadores, requer o impetrante:

1. A concessão da MEDIDA LIMINAR, determinando a autoridade coatora que expeça, incontinenti, CERTIDÃO quanto ao tempo de contribuição comprovado pelo impetrante, a fim de que possa fazer prova de sua situação em seus país de origem;

2. Sejam solicitadas as informações no decêndio legal;

3. Após, a manifestação do representante do *parquet* federal, a CONCESSÃO DA SEGURANÇA, para, confirmando a liminar, garantir o direito constitucional do impetrante, lesado pela A. impetrada.

N. Termos

Pede Deferimento.

Rio de Janeiro, 14 de julho de 1997

Indenização de Transporte. Militar Transferido para a Reserva Remunerada. Não fixação de residência no local indicado. Imposição de

devolução da verba. Impossibilidade. Ordem Parcialmente concedida para reduzir os valores indenizados.

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA __ VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

vem, por seu advogado ao final, com escritório na Rua México, 70 sala 1.006, onde receberá, intimações ou qualquer outros ato judicial impetrar

**MANDADO DE SEGURANÇA
(com pedido de liminar)**

em face do **Ilustre Sr. Diretor do Serviço de Inativos e Pensionistas do Ministério da Marinha**, com endereço na Praça Barão de Ladário S/n, Ed. Alte. Tamandaré, 2º andar, Centro, pelos relevantes motivos de direito adiante narrados:

DA HIPÓTESE

O impetrante é Servidor Publico Militar da Reserva Remunerada, pertencente ao quadros do Ministério da Marinha.

DOS FATOS

1. Em 18 de agosto de 1998 foi o impetrante transferido, a requerimento, para a reserva remunerada, ocasião em que requereu, COM BASE NO INCISO II DO ART. 58 DA LEI 8.237/91, a chamada INDENIZAÇÃO DE TRANSPORTE E TRANSLAÇÃO DE BAGAGEM, a fim de mudar-se, fixando residência na cidade de MANAUS/AM, conforme se infere dos Docs. adunados

2. Na oportunidade, vigia, regulamentando no âmbito administrativo a aplicação do inciso, II do art. 58 da lei 8.237/91, a **SGM-302, “Normas sobre Pagamento de Pessoal, Concessão de Vale-Transporte e Pensões na MB”**, Publicada pela Secretaria Geral da Marinha, em cujo Volume II, Capítulo 23, item **2303, pág. 23-3**,(doc. anexo) normatizava o recebimento da indenização de transporte pelo militar ao passar para inatividade. Verbis:

2303: A) O militar transferido para a reserva remunerada terá direito ao transporte para si, seus dependentes e um empregado doméstico, compreendendo a realização de deslocamentos de pessoal e a translação da respectiva bagagem entre a OM de origem e a localidade onde vai fixar residência”

3. Pois bem, atendendo à norma supra, foi o impetrante providenciar sua mudança, recebendo, para tal, o valor correspondente ao auxílio transporte.

4. Ocorre que, **em 15 de setembro de 1998**, foi editada a Circular nº 028/98 da Secretaria Geral da Marinha, cancelando a SGM 302, que embasou o recebimento do auxílio transporte pelo impetrante. Frise-se a circular foi editada **depois da consecução do ato com base na SGM 302.**

5. Por força da circular 028/98 (item III do anexo), o militar que AGORA requerer o auxílio transporte terá que se apresentar à OM (organização de Marinha) mais próxima do local onde fixar residência.

6. Entretanto, tendo o impetrante se transferido para a reserva remunerada e recebido o auxílio transporte **com base na SGM-302 (que em momento algum exigia apresentação do militar na OM de destino), anterior à Circular 028/98**, é certo, até pelo princípio da Segurança Jurídica e da não retroatividade, que tal exigência constante da Circular 028/98 só se aplica aos casos de transferência sob a sua égide, não podendo retroagir para alcançar situações pretéritas, como a do impetrante.

7. Mas não é o que ocorre, in casu. Tendo o Ministério da Marinha, através da Ilustre A. impetrada, entendido que não tendo o impetrante, se apresentado à O.M. de origem e não tendo fixado residência em Manaus, incorreu em fralde. Razão pela qual, impõe-se-lhe descontos nos proventos de valores inerentes à restituição do auxílio transporte, diga-se, valores estes que se constituem em verdadeiro seqüestro, **pois representam mais de 50% dos vencimentos do impetrante**, conforme se infere do contra-cheque ora adunado.

8. Note-se pelas passagens aéreas anexas que o impetrante deslocou-se para Manaus com sua esposa em 31 de janeiro/99, só retornando em 12 de junho daquele ano, simplesmente por razão de não ter se adaptado ao novo Estado e estando com muita saudades das filhas que ficaram no Rio de Janeiro em companhia dos avós.

9. Frise-se, por oportuno, que acaso houvesse a intenção de fraudar o recebimento do auxílio transporte, seria totalmente desnecessária a permanência por 06 meses em Manaus. Deve-se perquirir, mais do que efetivamente a fixação de residência, o animus, a intenção, a vontade de fixar residência, intenção esta que perdurou por mais de 06 meses, elidida apenas pela saudade da prole, que fez com que sua esposa retornasse ao Rio de Janeiro, definitivamente. Diante de tal situação, não restou ao impetrante outra alternativa senão a de também retornar.

10. Não se pode recriminar um homem, ou imputar-lhe a fraude, a má-fé, se, apesar de declarar a intenção de fixar residência em outro local, esta

intenção é obstada por motivos de foto íntimo. Não se pode penalizar o sentimento, a saudade, a vontade de estar com seus filhos.

DO DIREITO

11. É princípio de direito que a Lei não retroage, garantindo-se assim o direito adquirido e o ato perfeito. Ora, se a Lei não pode retroagir, alcançando situações pretéritas já consumadas, mais ainda a Circular, hierarquicamente inferior.

12. Assim dispõe a Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXVI: “ *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*”

13. Princípio também consagrado no art. 6º, parágrafo 2º do Decreto-Lei 4.657/42 - Lei de Introdução ao Código Civil:

“ art.6º: A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”

14. Nesse diapasão, exsurge que o ato de transferência do impetrante para a reserva remunerada, bem como a percepção do auxílio transporte, deram-se sob a égide de normas anteriores, configurando-se ilegal o ato que determina a devolução dos valor correspondente, por infringência da determinação crida pela Circular 028/98, no item III do seu anexo. (doc. junto).

15. O impetrante transferiu-se para Manaus sem março de 1996, fixando ali sua residência, somente retornado ao estado do Rio de Janeiro, 06(seis) meses após, em virtude da não adaptação de sua família àquela cidade. O que não significa de forma alguma que não tenha se mudado e que não tenha efetuado gastos com transporte de pessoas e coisas.

16. Entretanto, em virtude do tempo decorrido desde então, não pôde comprovar com notas fiscais, tais gastos, como pedido pela Marinha. A uma porque jamais imaginaria qualquer cidadão normal que anos após os gastos com transportes pudesse lhe ser exigida cópia das passagens, ou comprovante de gastos naquele local.

15. A não consecução da absurda exigência, por si só não autoriza o Órgão Pagador à concluir, por sua conta e risco, que o impetrante não se mudou para o estado do Amazonas. Reportando-se a questão ao contido no artigo 120 do Código Civil: segundo o qual, “ *reputa-se verificada, quanto ao efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer*”.

16. Maliciosamente sim, porque não é crível que imagine a ilustre autoridade que o impetrante possa ainda ter consigo tais comprovantes. É mais de frisar-se, sem que se torne repetitivo, que tais exigências não constavam da Norma na qual embasou-se a transferência do impetrante vindo à baila, DEPOIS.

17. Sem dúvida que tal procedimento constitui-se verdadeiro paradoxo, pois, a presunção no direito é sempre de legalidade (até prova em contrário) e não de ilegalidade. Ainda mais quando, diga-se mais uma vez, a norma que regulamentava a transferência e o auxílio transporte não fazia nenhuma exigência deste jaez.

DO ELEVADO PERCENTUAL DE DESCONTOS

Caracterização do Confisco

19. Como suso referido e demonstrado pelo contra-cheque anexo, o impetrante vem sendo descontado no valor de R\$ 1.200,00, valor correspondente a quase 50% de seus proventos(soldo).

19.1 Agravante maior é que o impetrante já sobre pesado desconto no valor de R\$ 545,81 a título de seguro moradia que, somado aos outros R\$ 30,38 a mesmo título, já perfazem parcela considerável de seus parcos vencimentos. Some-se a isso o pesadíssimo desconto imposto à título de reposição de auxílio transporte, NADA LHE SOBRA para que possa sustentar a si e aos seus, configurando-se verdadeiro confisco o percentual descontado. Veja-se que do soldo no valor de R\$ 2.475,38, só recebeu no mês de Janeiro, R\$ 553,94.

19.2 Releva dizer que nos termos da orientação da Advocacia Geral da União, através do parecer GQ 161/98, da lavra do então Advogado-Geral da União e hoje Ministro Geraldo Quintão, para que se efetive tais descontos mister a prova, *extrema duvida*, da ocorrência de má-fé por parte do servidor. Todavia, incorre no caso em tela, prova cabal da fraude ou má-fé, sendo certo que comprovou o impetrante satisfatoriamente ter se mudado com a esposa para Manaus, apenas lá não permanecendo, por motivos íntimos já acima expostos.

19.3 É de se sopesar a conduta do impetrante, a sinceridade com que informou a Comando seu retorno por motivos tais, jamais sonogando informações quando solicitado a presta-las, exatamente por estar certo de que jamais agiu com dolo, tendo sempre em mente a intenção de mudar de vida, afastando-se do Rio de Janeiro, no que, infelizmente, não foi seguido das filhas adolescentes, que motivos tinham, para aqui permanecer: escola, amigos, namorados diversão, coisas que dificilmente encontrariam em cidade tão distante. Assim, é que o fizeram desistir da idéia de fixar nova residencia, e voltar à cidade.

MUTATIS MUTANDI: Parecer GQ 161/98 EMENTA:

“A Lei 8.112/90, de 1990, não desautoriza a orientação até agora observada de que as quantias recebidas “indevidamente”, de boa-fé, em virtude de errônea interpretação da lei pela administração e posterior mudança de critério jurídico adotado, não precisam ser repostas, mesmo quando desconstituído o ato. Conceito de pagamento indevido. Os pagamentos feitos em consequência de liminares, posteriormente cassadas por decisões judiciais definitivas, são pagamentos indevidos e estão sujeitos a reposição, uma vez que não se enquadram na orientação adotada pela AGU.

Pois bem, depreende-se da ementa que, in casu, as importâncias não foram recebidas por força de liminares ou decisões judiciais posteriormente cassadas, mas sim por força de boa-fé do servidor por pretender mudar-se para outra localidade, impedindo-o do intento, motivo de força maior.

Mas não está só o eminente Advogado-Geral da União, o Supremo Tribunal Federal desde 1978, vem entendendo de forma ainda mais ampla, através do v. aresto no julgamento do **RE 88.110/DF**:

“É Indevida a devolução de vencimentos, não só quando percebido por força de decisão em mandado de segurança, como em decorrência de execução em ação ordinária. **Vencimentos e salários têm privilégios de verba destinada a alimentos** – CPC, art. 649, IV – não devendo impor-se sua restituição” (AC, 1ª T., STF, 26.09.78, RE 88.110-7/DF, Rel. Min. Rodrigues Alckimin; DJ 20.10.78, p. 8.206). grifei.

19.4 Se por um lado é verdade que o acórdão data de mais de 20 anos e, neste interregno, mudaram as leis, mudaram-se as interpretações, mudaram-se os conceitos, **menos verdade não é que os proventos e vencimentos têm sempre, e ainda hoje, NATUREZA ALIMENTAR** e, assim sendo, tendo ocorrido o pagamento a maior destes alimentos à impetrante, foram eles incorporados ao seu patrimônio, dando-se à tais verbas sua destinação alimentar. Exigir-se agora tal devolução, implicaria em restituir-se alimentos, já consumados.

Ainda o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **RE 74.122/ES**, assim decidiu:

Ementa: Abono provisório.

Recurso Extraordinário da União, conhecido e provido, **sem que fiquem os impetrantes obrigados a restituir o que receberam por efeito da segurança**

concedida.(Jurisprudência do STF, nº 00887020, 04370740, 01222000, 00000210 em 22.08.72, Rel. Min. Luiz Gallotti)

20. Diante de tal absurdo, e não existindo na Lei de Regência dos Servidores Militares (Estatuto) dispositivo regulamentando a questão dos descontos nestes casos, deve-se aplicar ao caso **por analogia o disposto na Lei 8.112/90** (estatuto dos servidores civis), segundo o qual os descontos para indenização aos cofres públicos de valores indevidamente recebidos pelos servidores, não poderá ser superior à **10% da sua respectiva remuneração bruta.**

21. Com se vê, são DUAS as ilegalidades: UMA quanto ao desconto dos valores que não encontra base legal de ser, mormente quando indemonstrada má-fé ou fraude, prova que estava afeta à A. Impetrada. DUAS, quanto ao valor percentual dos descontos, que, ainda que por hipótese pudessem ser realizados, são excessivamente altos, além da capacidade financeira do servidor, caracterizando-se, por si só, verdadeiro confisco, ainda mais se somados os demais descontos a outros títulos no contra-cheque do impetrante.

CONCLUSÃO

EX POSITIS, pelo que restou demonstrado, caracterizado está a lesão ao direito do impetrante, pois, sem provas e presumindo sua insinceridade a A. Impetrada vem efetivando descontos vultuosos em seu contra-cheque, situação que está a merecer reparo através da prestação jurisdicional na ação de garantia, porquanto presentes os seus pressupostos:

✓ *fumus boni iuris*: Caracterizado pela não-retroatividade das normas, mormente quando anos depois cria situação de obrigação inexistente na norma que regia a transferência do impetrante, aliado a isso a ausência de prova para dar legitimidade ao ato, tornando-o ilegítimo e arbitrário.

✓ **Periculum in mora**: Consubstanciado pelo próprio ato, tratando-se a verba, indiscutivelmente, de natureza alimentar, cujo prejuízo pode restar irreparável pela sucessão de descontos mensais.

Assim, REQUER:

a) O deferimento da Medida Liminar determinando à ilustre autoridade que se abstenha de efetuar tais descontos, imediatamente a partir deste mês;

b) Subsidiariamente, não vislumbrando V.Exa. os pressupostos da medida no caso acima, seja deferida a Liminar para que os descontos não ultrapassem 10% da remuneração do impetrante;

c) Sejam solicitadas a autoridade impetrada as informações de estilo, apresentando-as no decêndio legal;

d) Após a manifestação do Ministério Público Federal, seja CONCEDIDA A SEGURANÇA, no sentido de determinar a Ilustre autoridade impetrada que não mais efetue tais descontos na remuneração do impetrante ou, se assim não entender o ilustre Magistrado, **para que tais descontos limitem-se a 10% da remuneração.**

Dá a causa o valor de R\$ 1.000,00

T. em que;
Pede deferimento.
Rio de Janeiro,

Descontos efetivados em folha de pagamento de aposentados e pensionistas Federais a título de reposição ao erário. Erro da Administração Pública pelo qual não pode ser penalizado o servidor que recebeu a maior de boa-fé. Ordem Concedida no sentido de sustar a devolução das quantias já recebidas. Natureza alimentar da verba.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA _____
VARA - SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

vem, ut instrumento incluso, por seu procurador ao final, com escritório na Rua México, 70 sala 1.006, Centro, onde receberá intimações ou qualquer outro ato processual impetrar, com arrimo no artigo 5º, inciso LXIX da CARTA MAGNA e dos dispositivos contidos na lei 1.533/51, o presente

MANDADO DE SEGURANÇA
(com pedido de liminar *inaudita altera pars*)

em face do Ilustre Senhor **Chefe do Serviço de Inativos e Pensionistas do Ministério da Marinha no Rio de Janeiro**, com endereço na Pça. Barão de Ladário s/n- Ed. Alte. Tamandaré, 2º andar, centro, pelos relevantes motivos adiante expostos.

DA HIPÓTESE

1. As impetrantes são pensionistas federais pertencente aos quadros do Ministério da Marinha, sendo instituidor da respectiva pensão seu extinto pai, o Contra-Almirante (...).
2. As pensões foram concedidas ainda em 1973, quando do óbito do instituidor, sendo até a presente data, sendo mantida tal como concedida.
3. Ocorre que em, DEZEMBRO/99 as impetrantes foram surpreendidas com a redução de seus proventos, acompanhada de Carta-Comunicação, dando conta de que por ERRO DA ADMINISTRAÇÃO e seguindo orientação do TCU, suas pensões foram reduzidas, impondo-se ainda a odiosa e ilegal DEVOLUÇÃO, a partir de MARÇO/2000, da parcela de R\$ 197,60, a título de reposição ao erário.

DO DIREITO

1. Ausência do Devido Processo Legal

2. Da Orientação da AGU e do STF

3. Do tempo decorrido

1. Ausência do Devido Processo Legal

4. Como ressaltado, no Direito Pátrio, por força de norma Constitucional, ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º LIV, CF/88), onde lhe seja assegurado o contraditório e a ampla defesa(art. 5º, LV).

5. Entretanto, como se infere, as impetrantes não só foram privadas de parte de suas pensões, como também estão sofrendo **ameaça concreta** de esbulho maior, qual seja, a devolução das parcelas.

6. Ocorre que, só foram comunicadas **da decisão** do Ministério. Jamais notificadas, intimadas ou coisa que o valha para acompanhar o desenvolver do procedimento administrativo, se é que houve, ou para apresentar sua defesa.

7. Resta flagrante assim a primeira ilegalidade do ato impugnado: O DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

2. Da Orientação da AGU e do STF

8. Tais fatos desaguaram na redução dos proventos e na imposição, totalmente despida de suporte legal, de ressarcimento ao erário das importâncias recebidas naquele período, descontadas mês a mês de seus proventos.

9. Inobstante a prova de que as impetrantes façam jus a pensão tal como lhes foi concedida ainda em 1973, não é esta estreita via a ideal para perseguir-

se tal direito, no entanto, é a via idônea para fazer cessar a arbitrária imposição de redução do seu valor e devolução das importâncias, mormente quando recebidas de boa-fé e oriundas de equivocada interpretação da lei pela Administração Pública, para o qual não concorreram as impetrantes, como a seguir restará demonstrado.

10. Doutrina e jurisprudência vêm entendendo que em casos como este, não tendo havido a concorrência do servidor/pensionista, sequer o requerimento do servidor para o recebimento a maior, e não tendo havido fraude, mas boa-fé, e decorrendo o erro de culpa exclusiva da administração, **NÃO SE IMPÕE O RESSARCIMENTO AO ERÁRIO.**

11. Nesse sentido, é o recente **parecer do Advogado-Geral da União, Dr. Geraldo Quintão, parecer nº GQ 161/98, publicado no Diário Oficial em 09 de setembro de 1998.** Este parecer diz respeito à imposição de restituição ao erário de valores recebidos através de liminares e antecipações de tutela, posteriormente cassadas; e traz elucidativas considerações no que tange à **DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO** no caso em tela.

10.1 Note-se que o Parecer, após aprovado pelo Presidente da República e PUBLICADO no Diário Oficial, VINCULA TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Parecer GQ 161/98

EMENTA:

“A Lei 8.112/90, de 1990, não desautoriza a orientação até agora observada de que **as quantias recebidas “indevidamente”, de boa-fé**, em virtude de errônea interpretação da lei pela administração e posterior mudança de critério jurídico adotado, **não precisam ser repostas, mesmo quando desconstituído o ato.** Conceito de pagamento indevido. Os pagamentos feitos em consequência de liminares, posteriormente cassadas por decisões judiciais definitivas, são pagamentos indevidos e estão sujeitos a reposição, uma vez que não se enquadram na orientação adotada pela AGU.

11. Depreende-se da ementa que, in casu, as importâncias não foram recebidas por força de liminares ou decisões judiciais posteriormente cassadas, mas sim por força de má-interpretção por parte do administrador e, finalmente, recebidas de boa-fé pelo funcionário. Mutatis mutandi, indevida a reposição.

15. Inúmeros outros pareceres da **AGU**, se debruçaram sobre o tema, dentre os quais se destaca:

(...) “20 Quanto a esses efeitos, isto é, à reposição das vantagens recebidas em consequência da interpretação errônea dada à lei, parece-me que ela não se

justifica, de momento que se incorporaram ao patrimônio dos beneficiários, que apenas se beneficiaram com o erro da Administração... (1995, Consultoria Geral da República, Consultor Geral, Dr. Themistocles Brandão Cavalcanti”

E mais:

✓ **“Parecer Z-260/57**, Dr. A. Gonçalves de Oliveira, D.O. de 21/05/57, p. 12.852: *“Acumulação remunerada, desnecessidade de restituição dos vencimentos recebidos de boa-fé”*

✓ **“Parecer H-180/65**, Dr. Adroaldo Mesquita da Costa, D. O. 27/05/65, p. 5.054: *“Importâncias pagas a maior – salário família. Percebidas de boa-fé, não cabe a obrigação de restituir”*

✓ **Parecer SR 38/87**, Dr. Saulo Ramos, D.O. de 30/10/87, p. 17.950: *“Reposicionamento. Errônea interpretação da lei não justifica a reposição por parte de quem recebeu de boa-fé a vantagem, mais tarde considerada indevida”*

16. Já na Vigência da lei 8.112/90, a AGU, pronuncia-se novamente através da lavra do Dr. Quintão, desta feita no **Parecer nº 114/96, D.O. de 26/11/96**, verbis:

“(…) 12. Não creio mereça reparos a orientação que vem sendo observada. A redação dos dispositivos das duas leis é equivalente. Como o art. 125 da lei 1.711 de 1952, os art. 46 e 47 determinaram a **forma** pela qual as reposições à Fazenda Nacional são descontadas da remuneração do servidor. Não dizem **quando, em que hipóteses**, deve haver a reposição ou a indenização. A matéria é regulada pelo Direito Civil: quem recebe o que não lhe é devido, fica obrigado a restituição (CC art. 964); quem causa danos, deve indenizar (CC art. 159). Se se trata, **verdadeiramente**, de hipótese de recebimento indevido (reposição) ou de danos a reparar(indenização), é questão a ser decidida caso a caso. Aliás, isto ficou bem patente, não só no parecer X-29 (item 9 supra), como, também, no despacho nº 6 de 1988, que aprovou o parecer CGR/CR nº AS-21/88, de cujo texto destaco:

17. Ainda do brilhante parecer, destacamos trecho significativo que traduz-se na exata situação dos autos:

“O servidor público que, de presumida boa-fé, **venha a receber alguma vantagem financeira**, em decorrência de errada interpretação ou aplicação de norma legal, por parte da Administração, **sem ter influenciado ou interferido na sua concessão**, independente de havê-la pleiteado ou não, **jamais poderá vir a ser compelido, depois, a devolver aquelas importâncias tidas por indevidamente pagas**, porquanto descaracterizada a figura do indébito, em tais

casos, nos quais o ato respectivo, embora vitimado de vício insanável, mesmo insuscetível de gerar direitos, goza de presunção de legalidade, até advir-lhe a nulificação, declarada por autoridade para tanto competente.

Isto é intuitivo e de inteira justiça.

Não se pode pretender penalizar o servidor , com o ônus da reposição, do que recebeu a maior indevido, **depois de incorporado ao seu patrimônio,** se ele não concorreu direta ou indiretamente, para o erro administrativo, do qual foi beneficiado ainda que isto assim, o desejasse.” Grifei.

18. Há ainda, em favor do impetrante, **a súmula 106 do Tribunal de Contas da União,** segundo a qual, *“O julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica, por si só a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data da decisão pelo órgão competente.”*

19. Ora, se até mesmo nas decisões que dão pela ilegalidade de concessões de aposentadoria e reformas, não se impõe a restituição, menos ainda pode-se exigir tal exação no caso do impetrante. QUEM PODE O MAIS, PODE O MENOS.

3. Do tempo decorrido

20. Segundo informações da Chefia de Inativos e Pensionistas, as impetrantes vinham recebendo seu benefício integral desde 1973. Todavia, **DETECTADO O ERRO em SETEMBRO DE 1994**(*vide Carta de Notificação, parte final*), **SÓ EM DEZEMBRO DE 1999,** mais de 05(cinco) anos depois é que se pretende corrigi-lo, após já sedimentado pelo efeito sanatório do tempo e tendo já operado efeitos com relação a terceiros. Vale trazer a velha máxima forense: O DIREITO NÃO SOCORRE A QUEM DORME.

21. Como cediço, os atos administrativos estão também sujeitos aos efeitos sanatórios do tempo, sendo certo que assim sendo configuram ato jurídico perfeito e acabado.

22. **Já Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999,** (*regulamenta o procedimento administrativo no âmbito da Administração Federal*), em seu **artigo 54,** estatui que o Administrador decai de seu direito à revisão após cinco anos, **salvo se comprovada má-fé.** Que, diga-se, in casu inoerre, porquanto os valores pagos às impetrantes foram determinados por legislação específica e **aprovados pelo órgão concessor.**

23. A referida lei limitou de modo considerável, o alcance do Enunciado 473, da súmula do Supremo Tribunal Federal, que sempre fora interpretado como se pudesse a Administração Pública efetivar a nulificação quando melhor lhe aprouvesse. A análise crítica do dispositivo legal em comento, traz uma conclusão indubitosa, a certeza de que o legislador abraçou a tese que os atos administrativos estão sujeitos ao efeito sanatório do tempo, ressalvada exclusivamente a hipótese de má-fé do beneficiário.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO - REVISÃO DE ATO PRATICADO HA MAIS DE DEZ ANOS - PRESCRIÇÃO.

I - Os atos administrativos também estão sujeitos a prescrição.

II - Impossibilidade de se rever o ato praticado ha mais de dez anos, sob pena de impossibilitar a sedimentação de situações fáticas já consolidadas pelo decurso do tempo.

III - Apelação e remessa oficial improvidas. (AMS-98.0201117-7 Rel. Juiz Ney Fonseca. P.10/08/99, grifei para destacar.

**REMESSA EX OFFICIO Nº 89.02.08817-0 Relator: JUIZ CELSO PASSOS
Turma: 03. TURMA Julgamento: 19/02/92 Publicação: 09/06/92 Fonte:
DJ Vol: Pag: 16463**

E M E N T A: ADMINISTRATIVO – MILITAR – ERRO ADMINISTRATIVO – RETIFICAÇÃO DE REFORMA.

1. Afastadas as preliminares, pois a autoridade federal prestou informações, sendo o ato impugnado da própria autoridade impetrada que, **só após 27 anos, deu cumprimento a portaria ministerial que reduziria os proventos da reforma do autor.**

2. E certo que a administração não decai de seu poder de anular seus atos ilegais, podendo corrigi-los sempre, a partir do momento que constatar seu erro. Entretanto, o direito do impetrante não pode ser prejudicado pela omissão da autoridade.

3. **Assim, se tais omissões administrativas, mantendo atos ilegítimos e operantes a longo, tempo já produziram efeitos perante terceiros de boa fé, há de se deferir a pretensão do autor, confirmando-se a sentença.**

4. Remessa oficial a que se nega provimento, em decisão unanime. grifei

DO PEDIDO

24. **Ex Positis**, por tudo que restou demonstrado, notadamente pelo posicionamento adotado pela Advocacia-Geral da União, e estando presentes os pressupostos autorizadores, quais sejam, **o fumus boni iuris**, consubstanciado na flagrante ilegalidade da redução e na reposição imposta às impetrantes, sem observância do due process of law, em folha de pagamento de forma coativa e irresistível, e o **periculum in mora**, traduzido na própria natureza alimentar da verba, que vem sendo sistematicamente reduzida, bem como na possibilidade de causação de dano de difícil reparação para as impetrantes, pela via do indébito e através de precatório, e ainda considerando-se que o objetivo da medida liminar é manter o status quo ante, até ulterior pronunciamento do Poder Judiciário, resguardando direitos, requer:

a) A concessão da **medida liminar**, ab initio determinando o imediato restabelecimento dos valores, bem como se abstenha a A. impetrada de efetivar quaisquer descontos a tal título até o julgamento do mérito;

b) sejam requisitadas as informações, que deverão vir no decêndio legal;

c) após o judicioso parecer o órgão Ministerial, seja **CONCEDIDA A SEGURANÇA definitiva**, determinando à autoridade impetrada, que se abstenha de efetuar qualquer redução e devolução de importâncias nos proventos das impetrantes, por conta do relatado erro administrativo.

Dá a causa o valor de R\$ 2.500,00

T. em que;

Pede deferimento.

Rio de Janeiro,

Valores Depositados na Conta Corrente de Servidor após seu falecimento. Saque efetuado por terceiros. Cobrança dos valores mediante descontos em folha de pagamento da ex-esposa-pensionista. Impossibilidade. Ordem Concedida

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA __ VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO

por seu advogado ao final, com escritório na Rua México, nº 70 sala 1006, Centro/RJ, vem impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA
(Com pedido de liminar INAUDITA ALTERA PARS)

em face de ato do **Sr. Diretor do Serviço de Inativos e Pensionistas do Ministério da Marinha**, com endereço na Praça Barão de Ladário S/n, Ed. Alte. Tamandaré, 2º andar, Centro, pelos relevantes motivos de direito adiante narrados:

DA HIPÓTESE

1. A impetrante recebe pensão militar instituída em razão de ter-se desquitado do **ex-servidor (...)** ainda em 29 de novembro de 1974, vindo a se divorciar em 29 de julho de 1996, mantida, no divórcio, a obrigação alimentícia(docs. anexos).
2. Com o falecimento do ex-servidor **em 29 de agosto de 1998**, passou a impetrante a receber contra-cheque como pensionista.
3. Ocorre que, após o falecimento, o Ministério da Marinha continuou a efetivar depósitos relativos aos proventos do ex-servidor na conta-corrente por ele mantida junto à Caixa Econômica Federal.
4. Verificado o erro, requereu à CEF o estorno das quantias. Entretanto, tais valores já haviam sido sacados, mesmo após o falecimento.
5. Deduziu então o setor de inativos, que fora a impetrante, separada há mais de 20 anos, quem efetivara os saques, impondo-lhe, arbitrariamente, um desconto mensal a título de “DIAS VENCIDOS” no importe de R\$ 134,86 até novembro de 2001.
6. Eis o motivo da impetração.

Salienta-se inicialmente a não verificação da decadência, eis tratar-se de prestação alimentar de trato sucessivo e natureza continuada, renovando-se a cada mês a lesão.

7. Ora, o ex-servidor estava separado da impetrante desde 1974, quando passou a conviver com a **Sra. (...) a quem outorgou procuração por instrumento público com amplos e irrestritos poderes para receber seus vencimentos/proventos junto à CEF.**(Documento anexo);

8. Estando a impetrante afastada do ex-marido há mais de 20 anos e este convivendo desde então com a companheira, a quem outorgou poderes para receber seus proventos, não se pode, simplesmente, como fez a A. impetrada, imputar à impetrante conduta tão grave e desonrosa, ademais, impondo-lhe de forma coativa e irresistível o estorno das quantias supostamente recebidas, sem ao menos apurar-se a verdade dos fatos.

9. Agravante maior é que a A. impetrada apenas deduziu ser a impetrante a responsável pela movimentação bancária do ex-servidor, não atentando para o fato de estarem separados há mais de 20 anos (Cf. informação que consta dos assentos funcionais naquele Ministério). Sequer instaurou procedimento administrativo onde fosse assegurado o contraditório e a ampla defesa.

10. A par disso e considerando que sequer foi instaurado o devido processo legal, resulta arbitrária e abusiva a decisão de imputar à impetrante a conduta descrita, qual seja, saques indevidos na conta corrente do de cujus, considerando que o mesmo vivia em companhia de companheira há 20 anos e a ela outorgou poderes para movimentar livremente sua conta corrente.

Nesse sentido é o idêntico precedente desta Segunda Região:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PENSÃO MILITAR. DESCONTOS NO BENEFÍCIO EM DECORRÊNCIA DE SAQUE EFETUADO POR TERCEIRO.

I- Mandado de Segurança objetivando sustar desconto no pagamento de benefício, a título de ressarcimento do saque indevido na conta do “de cujus”.

II- Não foi a impetrante que efetuou indevidamente o saque, não havendo razão para suportar o desconto correspondente.

III- Não pode a autoridade coatora punir quem não lhe causou nenhum dano.

IV- Incabível a devolução das parcelas indevidamente descontadas, ante o teor da sumula 269 do STF. (Remessa ex officio em MS 98.02.49119-5; 2ª T. Paulo Espirito Santo j. 02.06.99 DJ 06.07.99, unân.)

11. Ora, ainda que não haja indícios de quem tenha efetivado os saques, menos ainda há indícios de que tenham sido efetuados pela impetrante, principalmente quando as circunstâncias e indícios apontam para outra conclusão.

11.2 Note-se que nem mesmo a Marinha tem certeza da autoria dos saques, sendo certo que na carta enviada a impetrante afirma:

“...será incluído em seu Bilhete de Pagamento a Parcela sob o título DIAS VENCIDOS...”

“Caso Vsa. não seja a pessoa responsável pela movimentação da conta-corrente do “de cujus” após a data do óbito, solicito entre em contato...” (Doc. anexo)

11.3 Veja-se que primeiro a Marinha efetiva os descontos, depois, diz que se a impetrante não for a responsável deverá procurar o setor competente. Verdadeiro paradoxo, pois nem mesmo a Administração tem certeza. Primeiro desconta, seja lá de que for, depois, se resolve a questão?!?

12. O que fez a Marinha foi querer receber, de qualquer forma, os valores de volta, pois sendo a impetrante pensionista, esta foi a forma mais fácil encontrada, qual seja, impor-lhe os descontos em folha de pagamento.

13. Note-se que a Marinha condiciona a sustação dos indigitados descontos à declaração da CEF acerca de quem movimentava a conta corrente do ex-servidor, **o que obrigaria a impetrante à inusitada situação de ter de provar fato negativo**. Ressalte-se, por oportuno que o suposto ofício enviado à CEF em Novembro/99 resta até agora sem resposta, e a impetrante continua a suportar um ônus que não lhe é próprio.

14. Isto posto, e considerando presentes os pressupostos autorizadores da medida, quais sejam:

- **FUMUS BONI IURIS**, por toda documentação anexada, notadamente a procuração por instrumento público outorgada pelo ex-servidor à companheira com quem convivia até falecer, aliado ao fato de estar separado da impetrante há mais de 20 anos, considerando ainda a ausência do devido processo legal;

- **PERICULUM IN MORA**, consubstanciado na natureza alimentar da verba e no dano de difícil reparação à impetrante considerando a caótica via do precatório para receber de volta as quantias indevidamente descontadas de sua pensão, REQUER:

A) A concessão da medida liminar **ab initio**, no sentido de determinar à A. impetrada a imediata cessação dos descontos a título de “DIAS VENCIDOS” até ulterior deliberação do juízo;

B) sejam solicitadas as informações de estilo no decêndio legal;

C) Após o necessário e judicioso parecer do parquet, seja **CONCEDIDA A SEGURANÇA**, no sentido de determinar que a A. impetrada se abstenha definitivamente de efetivar os indigitados descontos na pensão da impetrante;

Dá a causa o valor de 1.000,00

T. em que;

Pede deferimento.

Rio de Janeiro, 17 de abril de 2000

Capítulo VI

Ex-Combatentes

Preservação dos Direitos, Prerrogativas e Garantias Leis Especiais Recepcionadas pela Novel Carta Política

Mandado de Segurança Preventivo em face da Portaria 3.786/97, que determina a cassação das aposentadorias de aeronautas transformadas em aposentadoria de ex-combatente. Esp. 44 p/ Esp.43. Ordem Concedida.

Excelentíssimo Sr. Dr. Juiz Federal da ___ Vara - Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

vêm, por seu advogado ao final, com escritório na Rua México, 70 sala 1.006, onde receberá intimações, citações ou qualquer outro ato processual impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO (Com Pedido de Liminar)

em face do Ilustre Superintendente do Instituto Nacional do Seguro Social, com endereço na Rua Pedro Lessa, 36/3º andar, pelo motivos a seguir expostos:

1. DA HIPÓTESE

O impetrante é ex-combatente aposentado na espécie 43.

Ocorre que, a ilustre Autoridade por força da **Portaria Ministerial nº 3.786 de 7 de Fevereiro de 1997, e Ordem de Serviço Conjunta INSS/DSS/AUD nº 063 de 18 de agosto de 1997 e PT/INSS/CSS/Nº 25/97**, ameaça, ilegalmente, reduzir os proventos de aposentadoria dos impetrantes, RETORNANDO sua aposentadoria à condição de aeronauta, espécie 44, como restará provado adiante. (carta convocação anexa)

1.1 DO OBJETO

É de salientar-se que o presente mandamus **não objetiva** impugnar a redução dos proventos ao teto constitucional de R\$ 8.000,00, mas sim, impugnar **portaria ministerial nº 3.786/97**, que determina a revisão e cassação das aposentadorias de aeronauta transformadas para ex-combatente, de acordo com a legislação, à época, em vigor.

2. DOS FATOS

2.1. Os impetrantes são aposentados desde a década de 60, na espécie 44, posteriormente transformada, a requerimento, para espécie 43. (documentos inclusos)

2.2. Ocorre que, apesar de legalmente transformadas em espécie 43, por força dos processos administrativos anexos, inclusive com parecer favorável em todas as esferas administrativas competentes, a aludida portaria vem agora contrariar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, determinando que se revisem todas as aposentadorias transformadas na espécie 43, sob a alegação de estarem em desacordo com a **nova legislação**. (docs. inclusos).

2.3. Pelos documentos adunados, principalmente certidão do Ministério da Aeronáutica, verifica-se que os impetrantes foram aposentados na categoria de aeronautas, sendo que prestaram reconhecidamente SERVIÇO DE GUERRA, participando efetivamente de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial.

3. DO CABIMENTO DO MANDAMUS

3.1. Considerando a melhor doutrina e jurisprudência de nossos tribunais, é o Mandado Segurança o meio idôneo para assegurar a manutenção do direito líquido e certo dos impetrantes, como nos coloca o consagrado Professor José Afonso da Silva, em seu “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 9ª edição, pag.391:

*“ O mandado de Segurança é assim, um remédio constitucional com natureza de ação civil, posto a disposição de titulares de **direito Líquido e certo lesado ou ameaçado de lesão**, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público ” (grifos nossos).*

3.2. E assim se coloca o mestre Hely Lopes Meirelles: Direito Administrativo brasileiro, 18ª ed. Malheiros:

A lei não poderá excluir da apreciação do poder judiciário lesão **ou ameaça de lesão a direito** (Art. 5º XXXV)

3.3 Ainda no sentido da possibilidade da via mandamental, a jurisprudência, tem sido no sentido de que...

*“ Não há como abonar uma interpretação abusivamente extensiva da súmula 266, mediante a qual se poderia frustrar todo e qualquer mandado de segurança preventivo. Neste, a interpretação não se volta contra lei em tese, mas **contra procedimento que, fundamentadamente se receia venha a autoridade a assumir em razão de práticas ou pronunciamentos anteriores**” (RE 102537, 15.3.95, 2ª Turma, STF Re. Min. FRANCISCO REZECK, in RTJ 116/283).*

“Lei em tese e de efeitos concretos; Admissibilidade. Inaplicabilidade da sumula 266 do Supremo Tribunal Federal. Possibilidade de causação de danos irreparáveis.” (MS 142.879-2, 3.10.89, 12º CC TJSP, Rel.Des. Carlos Ortiz.)

4. DO DIREITO ADQUIRIDO

4.1 Como se constata, principalmente dos documentos trazidos, notadamente a certidão de EX-COMBATENTE, os impetrantes aposentados na espécie 43, tiveram suas aposentadorias revisadas e transformadas por ato administrativo perfeito e acabado, e agora com o advento da Portaria Ministerial, **têm seu direito ameaçado de lesão**, nos termos do art. 3º da indigitada Portaria, que resolve:

“ Determinar a revisão de todos os benefícios concedidos ou transformados em desacordo com o disposto nesta portaria”

4.2 Reside ai toda ilegalidade e ameaça de lesão ao direito impugnadas nesta ação de garantia, haja vista que o direito dos impetrantes perpetrou-se sob a égide da legislação pretérita, anterior à aludida Portaria, **que jamais poderia retroagir para atingir as situações efetivadas na vigência da Legislação Pretérita Específica.**

4.3 O art. 6º, parágrafo 2º do Decreto-Lei 4.657/42 - Lei de Introdução ao Código Civil, estabelece esta garantia:

“ art.6º: A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitadas o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 2º - Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termos prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

4.4 Conceito também consagrado na Carta Política de 1988, em seu art 5º, inciso XXXVI.:

“ a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

5. DO ATO JURÍDICO PERFEITO

5.1 Pela análise detida dos processos administrativos que concederam a transformação da aposentadoria dos impetrantes, (cópias anexas), **depreende-se que estiverem revestidos de toda formalidade, legalidade e moralidade**, princípios que devem nortear a Administração Pública, inclusive com precedentes vários, citados nos pareceres da procuradoria e da gerência regional do INSS, quando da análise administrativa do caso, concluindo pela plausibilidade do Direito e, conseqüentemente, concedendo o pedido.

5.1.1. Em vistas das circunstancias em que foram transformadas as aposentadorias, a portaria ministerial ora guerreada, fere também um ato jurídico perfeito, porquanto...

“ Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”

5.2 E a lei vigente àquele tempo era no sentido da legalidade da transformação, tanto que foi apreciada e aprovada administrativamente, e agora a própria administração pretende revogar este ato jurídico perfeito, através de Portaria Ministerial posterior à consecução do ato.

5.3 No que tange á retroatividade, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, com a habitual excelência de seu magistério, anota que o problema...

“ não se resolve com a simples noção de irretroatividade de lei, pois não se coloca a questão de seu retorno sobre o pretérito. Trata-se, isto sim, da sobrevivência dos efeitos da lei antiga, vale dizer, da persistência de seus efeitos em casos concretos, durante o império da nova lei. Cogita-se de hipótese em que situação produzida no passado, sem consumação nele, deve ter efeitos perduráveis no tempo, permitindo que eles atravessem incólumes o domínio das leis posteriores. Não há, pois, a rigor, questão de retroatividade. Pelo contrário: há sustação dos efeitos, isto é, da incidência da nova lei sobre situações concretas dantes ocorridas, cujos efeitos se deseja pôr a salvo, a fim de que não sejam perturbados pela sucessão normativa” (in Revista de Direito Público nº 96, p. 119). Grifamos

5.4 Posto isso, impõe-se neste momento a indagação; “ *Se lei delegada não pode dispor sobre matéria elencada nos direitos assegurados no art. 5º da Carta Magna, poderia a Resolução, ou a Portaria Ministerial, fazê-lo?, estando hierarquicamente abaixo daquela, no rol do art. 59 ?*”

5.5 E nessa esteira, a colenda Corte desta 2ª Região, já decidiu, em matéria idêntica, pela imprestabilidade da aludida Portaria, para revisão dos atos concessórios da transformação. Verbis:

PREVIDENCIÁRIO – MILITAR – EX-COMBATENTE – INCIDÊNCIA DA PORTARIA MINISTERIAL Nº 3.786 DE 07 DE FEVEREIRO DE 1997 A BENEFÍCIOS CONCEDIDOS NA FORMA DA LEI 4.297/63.

I- É a Portaria Ministerial meio inidôneo, da ótica jurídica, para viabilizar modificações na Previdência Social, alterando normas legais sabidamente de hierarquia superior;

II- Remessa Improvida” (Remessa Ex-Officio –MS 21174, p. 97.02.44925-1, 1ª T. Unanime, Rel. Ney Fonseca).

4. Destaca-se do voto condutor o significativo trecho:

“... os autos noticiam claramente que a tutela pretendida foi no sentido de não incidir sobre as aposentadorias dos impetrantes os efeitos da Portaria Ministerial mencionada, **permanecendo os benefícios em questão regidos pelas regras aplicadas à época de suas concessões, como orienta o artigo 13 do Ato Normativo nº 18 de 06.11.64.** Frente ao exposto, nego provimento à remessa, mantendo a íntegra da sentença” grifamos.

É de salientar-se que o impetrante, como provam os documentos anexos já passou por duas revisões através da Inspeção Geral da Previdência Social, onde se constatou a legalidade da aposentadoria. Não se justifica mais, agora no fim da vida, que não possam os aposentados gozarem com tranqüilidade daquilo que fizeram por merecer, estando, a cada momento, ameaçados pela Administração Pública.

A tal respeito, o MM. Juiz Federal, Leopoldo Muylart, com a habitual excelência, já anotou:

“O art. 207 da CLPS, estatui que o direito da autarquia de rever os atos concessórios de benefícios extingue-se em cinco anos a contar da sua decisão final. Pois bem, é ressabido que tal dispositivo NÃO FORA REVOGADO pela

Lei 8.212/91 e 8213/91. Pelo contrário, a Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999 é que ratifica a norma suso, em seu artigo 54, estatuinto que o Administrador decai de seu direito à revisão após cinco anos, salvo se comprovada má-fé. Que, diga-se, in casu inoorre, porquanto os valores pagos aos recorrentes foram determinados por legislação específica e aprovados pelo INSS.

A referida lei limitou de modo considerável, o alcance do Enunciado 473, da súmula do Supremo Tribunal Federal, que sempre fora interpretado como se pudesse a Administração Pública efetivar a nulificação quando melhor lhe aprouvesse. A análise crítica do dispositivo legal em comento, traz uma conclusão indubidosa, a certeza der que o legislador abraçou a tese que os atos administrativos estão sujeitos ao efeito sanatório do tempo, ressalvada exclusivamente a hipótese de má-fé do beneficiário.

Com efeito, o direito da Administração Pública proceder a revisão dos proventos dos impetrantes, para aplicar aos mesmos as disposições contidas em legislação posterior à legislação vigente à época de suas concessões, decaiu, ante o decurso de mais de cinco anos do ato concessório de suas aposentadorias” (Leopoldo Muylaret, Juiz Federal da 38ª vara/RJ, in MS 98.002981-6).

6. NO MÉRITO

6.1 Sublinhe-se do parecer administrativo que concedeu a transformação da aposentadoria, o significativo trecho:

“ Não há razão porque alegar a necessidade não ter requerido para contribuir pelo efetivamente recebido. No caso presente, o segurado já contribuía por lei especial, Lei nº 3.501/58 com alterações da Lei 4.262 e 4.263/62, que tinha limite superior ao estabelecido na LOPS. Portanto, não tem propósito a aplicação do art. 5º do ato normativo 18 que regulamentou a Lei nº 4.297/63.”

“ Dói-nos ver limitado o âmbito da visão por fundamento de texto frio da Lei, na análise de processos de benefícios daqueles que foram convocados para servir à pátria na guerra, no entanto, nas aposentadorias excepcional de anistiados, nada obstaculizamos.” (Parecer assinado pelo CHEFE DA DIVISÃO LEGISLATIVA, SUPERVISOR 1 e pela COORDENADORA GERAL DE BENEFÍCIOS.)

6.2. O art. 13 do ato normativo 18, de 06.11.64, preconiza a situação dos impetrantes, **verbis**:

“ Desde que preenchidas as condições aludidas no art. 1º, os Ex-combatentes já aposentados terão reajustados os seus proventos, a contar da data da

vigência da Lei 4.297, na base do valor correspondente ao salário integral, de cargo, função ou categoria, como se em atividade estivesse”

6.3. É o que dizem os dispositivos legais, é o que foi feito. Ilegal, sem dúvida, é a pretensão de se anular todos os atos praticados legalmente, em vista de Portaria Ministerial que pretende retroagir para atingir situações jurídicas perfeitas e consumadas. Abonar-se tal pretensão, seria, diante do ordenamento jurídico vigente, verdadeira Heresia Jurídica, com a qual não pode corroborar o Judiciário, de vez que o benefício já está incorporado ao patrimônio dos impetrantes.

6.5 Há ainda que se aplicar ao caso em tela a súmula 473 da Excelsa Corte, *verbis*:

SUMULA 473: A ADMINISTRAÇÃO PODE ANULAR SEUS PRÓPRIOS ATOS, QUANDO EIVADOS DE VÍCIOS QUE OS TORNAM ILEGAIS, PORQUE DELES NÃO SE ORIGINAM DIREITOS; OU REVOGÁ-LOS POR MOTIVO DE CONVENIÊNCIA OU OPORTUNIDADE, RESPEITADOS OS DIREITOS ADQUIRIDOS, E RESSALVADA, EM TODOS OS CASOS A APRECIACÃO JUDICIAL. Grifo nosso

6.6 É de se frisar, a par do *periculum*, que foi editada a **PT/INSS/CSS N° 25/97**, determinando regras e procedimentos, que se configuram numa verdadeira inquisição, a fim de tornar impossível para os impetrantes a defesa de seus direitos e, via de conseqüência, a manutenção de seus benefícios. (cópia anexa). Sendo que já está configurada a ameaça de lesão, que se comprova pela Carta-Convocação que está sendo endereçada pelo INSS aos ex-combatentes, requerendo, entre outros absurdos a apresentação dos seguintes documentos:

- ✓ Todas as Carteiras Profissionais e Carnês de contribuição individual
- ✓ Cópia autenticada da Certidão do Departamento de Aviação Civil – DAC, contendo o nº de horas de vôo, anteriores a 13/02/1967.

6.6.1 **Ora Exa, não é preciso um maior esforço para vislumbrar-se, *in casu*, a flagrante ilegalidade de tal exigência, pois, como notório, o DAC foi atingido por um incêndio de grandes proporções, com o perdimento de grande parte de seu acervo e registros, tornando impossível aos impetrantes a consecução de tal exigência, mormente em razão do tempo decorrido (anterior a 1967). O mesmo ocorrendo com relação à CTPS e Carnês. SENDO CERTO, AINDA QUE, À ÉPOCA DA CONCESSÃO E CONSEQÜENTE TRANSFORMAÇÃO, TAIS DOCUMENTOS FORAM ENTREGUES AO INSS QUE, SIMPLEMENTE, NÃO LOCALIZA OS PROCESSOS CONCESSÓRIOS ORIGINAIS. Do contrário não haveria de ter sido concedida a transformação.**

6.7 Ainda no que tange á caracterização do *fumus*, tem-se acostado aos autos o parecer do Consultor Jurídico da Previdência, José Bonifácio Borges de Andrada e, junto ao parecer, despacho do Exmo. Sr. Ministro, na Avocatória Ministerial nº 35584/4600, referendando o parecer do consultor e concedendo a transformação. (doc. Inclusos).

7. CONCLUSÃO

Destarte, estando presentes os pressupostos autorizadores, quais sejam:

“ **O FUMUS BONI JURIS** ”: Por todos os fatos e dispositivos legais expostos, principalmente, a inidoneidade da Portaria Ministerial, inferior hierarquicamente a Lei de regência das aposentadorias dos impetrantes e ainda pela orientação do TRF desta Região;

“ **O PERICULUM** ” : Consubstanciado nos termos da OS nº 063 de 18.08.97, e na PT/INSS/CSS nº 25/97, notadamente pela Carta Convocação anexa, que determina a imediata cassação e revisão das aposentadorias de ex-combatente, a natureza alimentar da verba, e a possibilidade de não reparação do dano, caso seja ao final concedida a segurança, requerem:

a) A concessão da **MEDIDA LIMINAR**, para determinar à autoridade, que se abstenha de efetuar qualquer revisão ou modificação na aposentadoria dos impetrantes, até julgamento final do “*WRIT*”;

b) sejam solicitadas as informações no aprazamento legal;

c) Após a manifestação do Ilustre representante do “*parquet federal*”, a **CONCESSÃO DA SEGURANÇA**, no sentido de garantir aos impetrantes o direito dos à sua aposentadoria de Ex-combatente, sem que seja diminuída ou revisada por força da Portaria Ministerial citada, até mesmo por faltar-lhe legitimidade para tal.

d) Nos termos do artigo 287 do Estatuto Processual Civil, seja fixada pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00, no caso de descumprimento.

Dá a causa o valor de R\$ 1.000,00

Termos em que;

Pede Deferimento.

Rio de Janeiro, 05 de julho de 1998

Manutenção de Vantagens Inerentes à Aposentadoria Especial de Ex-Combatentes. Supressão pela Ordem de Serviço nº 08/97. Reajuste Como Se em Atividade Estivessem. Ordem Concedida.

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA ___ VARA – SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

vem, por seu advogado constituído “ut” instrumento particular incluso, com escritório na Rua México, nº 70, sala 1.006, Centro, onde receberão intimações ou qualquer outro ato processual, impetrar

**MANDADO DE SEGURANÇA
(Com pedido de Liminar)**

Em face de ato do ilustre Sr. SUPERINTENDENTE ESTADUAL do INSS no Rio de Janeiro/RJ, com endereço à Rua Pedro Lessa nº 36/3º andar, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos

DA HIPÓTESE

São os impetrantes ex-combatentes aposentados na vigência da lei 4.297/63, com TODOS os direitos e deveres ali insertos. Entretanto, a Lei de regência das aposentadorias dos impetrantes vem sendo maculada pela aplicação ilegal da **Ordem Normativa nº 8 de 21 de março de 1997**, que veio justamente regulamentar, no âmbito da administração pública, o Decreto 2.172/97.

DOS FATOS

Da ilegal aplicação da indigitada Ordem Normativa, adveio a restrição do direito adquirido dos impetrantes, ao total arrepio da Norma Constitucional insculpida no inciso V, do artigo 53 do ADCT, uma vez que traz restrições aos pagamentos das aposentadorias e pensões, alterando, de forma ilegítima os critérios de reajustamento dos respectivos Benefícios, concedidos e mantidos, pelo INSS, com base nas Leis nº 1.756/52, Decreto Nº 36.911/55 e Lei Nº 4.297/63.

Editada em março de 1997, a Orientação Normativa nº 8, disciplina no âmbito administrativo o Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997, **alterando a forma de reajustamento e suprimindo as vantagens que integram os vencimentos dos cargos**, ocupados pelos impetrante, se em atividade estivessem, (ex. 1/3 de Férias, Abono Anual e os respectivos reajustamentos).

DO DIREITO

Inicialmente cumpre salientar que foram os impetrantes aposentados sob a égide da Lei 4.297/63, sendo certo que se o Decreto 2.172/97, meramente de natureza regulamentar não pode dispor inovações ou restrições sobre o texto normativo, seja, obviamente, por lhe faltar força, ante sua inferioridade hierárquica,(art.59 da CRFB/88), seja por força do direito adquirido dos impetrantes, aposentados que foram, na Lei antiga, ex vi, súmula 359 do STF.

Nesse sentido, é a lição de José Afonso da Silva em seu curso de Direito Constitucional Positivo pág. 282:

*“ Uma dimensão integra o direito previdenciário (art.201, I) e se realiza basicamente pela **aposentadoria** e o direito assistenciário (art.203, I), como forma protetora da velhice” (grifo nosso.)*

Tendo em vista as circunstâncias em que foram restringidas as normas concernentes as vantagens das aposentadorias, é flagrante também a ofensa ao ato jurídico perfeito e acabado, porquanto...

“ Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”

E, diga-se, a lei vigente àquele tempo era a lei 4.297/63, que traz no seu corpo a **legalidade**, tanto que foi apreciada e aprovada administrativamente, ex vi do artigo 13 do ato Normativo nº 18 de 06 de novembro de 1964, sendo que agora a própria administração pretende revogar este ato jurídico perfeito, através de Ordem Normativa nº 8, posterior à consecução do ato:

Art. 13 do Ato Normativo nº 18:

Desde de que preenchidas as condições aludidas no art. 1º, os ex-combatentes já aposentados terão reajustados os seus proventos, a contar da data da vigência da Lei 4.297, na base do valor correspondente ao salário integral, de cargo, função ou categoria, como se em atividade permanecesse”

Ora, o ato de inativação dos impetrantes, deu-se muito antes da edição do decreto 2.172/97 ou ainda do advento da Ordem Normativa nº 08, sendo, pois, insuscetível de modificação em razão da não retroatividade. Aliás o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, com a habitual excelência de seu magistério, anota que o problema...

“ não se resolve com a simples noção de irretroatividade de lei, pois não se coloca a questão de seu retorno sobre o pretérito. Trata-se, isto sim, da sobrevivência dos efeitos da lei antiga, vale dizer, da persistência de seus efeitos em casos concretos, durante o império da nova lei. Cogita-se de hipótese em

que situação produzida no passado, sem consumação nele, deve ter efeitos perduráveis no tempo, permitindo que eles atravessem incólumes o domínio das leis posteriores. Não há, pois, a rigor, questão de retroatividade. Pelo contrário: há sustação dos efeitos, isto é, da incidência da nova lei sobre situações concretas dantes ocorridas, cujos efeitos se deseja pôr a salvo, a fim de que não sejam perturbados pela sucessão normativa” (in **Revista de Direito Público nº 96, p. 119**). **Grifamos**

Posto isso, impõe-se neste momento a indagação; “ *Se lei delegada não pode dispor sobre matéria elencada nos direitos assegurados no art. 5º da Carta Magna, poderia a Resolução, ou a Portaria Ministerial, fazê-lo?, estando hierarquicamente abaixo daquela, no rol do art. 59 ?* ”

DA ORDEM NORMATIVA Nº 08

Destaca-se entre outras ilegalidades contidas na Ordem impugnada, o seguinte ponto:

“88. *A partir de 6 de março de 1997 (Decreto nº 2.172/97). Aplica-se aos benefícios de aposentadoria e pensão por morte de ex-combatente, com base na Lei nº 5.215, de 12 de setembro de 1967 (Leis nº 1.756 de 5 de dezembro de 1952, e nº4.297, de 23 de dezembro de 1963), o disposto no inciso XI do art,37 da Constituição Federal (remuneração de Ministro de Estado,Lei nº 8.852/94)”.*

“88.1 *Os benefícios de que trata este item serão reajustados pelos mesmos índices aplicáveis aos benefícios de prestação continuada da previdência social”.*

“88.2 *Deverá ser observado, no que concerne aos benefícios citados neste item, o disposto no Parecer nº 74/7/96, de 12 de dezembro de 1996, com a relação `Unidade de Referência Padrão/URP, Plano Bresser, ticket-refeição, licença prêmio, gratificação de férias ou adicional de 1/3 de férias, adicional por tempo de serviço, gratificação de natal, abono anual, participação nos lucros da empresa, vale transporte e auxílio creche”.*

“89. *A partir do próximo reajustamento aplicável aos benefícios de prestação continuada da previdência social, serão descontados os já concedidos aos benefícios de ex- combatentes e anistiados relativos ao período posterior a maio de 1996”*

Tais assertivas, decorrem da exegese do Art. 263 do citado Regulamento de Benefícios (Decreto nº 2.172/97) o qual prescreve.

‘ART. 263 Aos benefícios de aposentadoria e pensão por morte de ex-combatentes aplicam-se exclusivamente o disposto na Lei nº5.135, de 12 de setembro de 1967, conforme determina o artigo 53 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias Federal.

§ 1º - Aplica-se aos benefícios de aposentadoria e de pensão por morte de ex-combatente o disposto no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal.

§2º - Aos benefícios de que trata o caput serão reajustados com base nos mesmos índices aplicáveis aos benefícios de prestação continuada da previdência social”.

Por seu turno o disposto no art. 40, do mesmo Regulamento de Benefício Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997, que deu origem a Orientação Normativa nº 8/97, da Secretaria do INSS, prescreve:

“art. 40 Nenhum benefício reajustado poderá ser superior ao limite máximo do salário de contribuição, respeitando,- respeitando os direitos adquiridos, nem inferior ao valor de um salário mínimo, com exceção do auxílio - acidente, do abono permanência em serviço, do auxílio - suplementar e do salário e do salário família”.

Da simples leitura dos dispositivos, infere-se que o art.40 colide com o § 1º do art. 263 do mesmo Regulamento e o item 88.2 e 89 da Orientação Normativa nº 8/97, pois, o primeiro adotou como teto para reajustamento dos benefícios o limite máximo do salário de contribuição, respeitando os direitos adquiridos e o segundo estabelece limites. Donde se constata que o art.40 do Decreto nº 2.172/97 é coerente com os princípios estabelecidos na Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1994. Como, aliás se observa no § 3º do ART. 41 *verbis*:

“Nenhum benefício reajustado poderá exceder o limite máximo do salário de benefício da data do regulamento respeitados os direitos adquiridos”.

Nesse diapasão é flagrante que a Lei nº 8.213/91 não impôs qualquer limite de pagamento e tampouco alterou o critério de reajustamento para os benefícios dos ex-combatentes amparados pelas LEI nº 1756/52. DECRETO nº 36.911/55 e LEI nº 4.297/63.

Não discrepa a mais recente orientação da Corte da 2ª Região no trato do tema:

**PREVIDENCIÁRIO – MILITAR – EX-COMBATENTE –
INCIDÊNCIA DA PORTARIA MINISTERIAL Nº 3.786 DE 07 DE**

FEVEREIRO DE 1997 A BENEFÍCIOS CONCEDIDOS NA FORMA DA LEI 4.297/63.

- I- É a Portaria Ministerial meio inidôneo, da ótica jurídica, para viabilizar modificações na Previdência Social, alterando normas legais sabidamente de hierarquia superior;**
II- Remessa Improvida” (Remessa Ex-Officio –MS 21174, p. 97.02.44925-1, 1ª T. Unanime, Rel. Ney Fonseca).

Vale a transcrição da lei LEI nº 4.297/63, que embasa a aposentadoria dos impetrantes:

ART.2º O ex-combatente, aposentado do Instituto de Aposentadoria e Pensões ou Caixa de Aposentadoria, terá seus proventos reajustados ao salário integral, na base dos salários atuais e futuros, de idênticos cargo, classe, função ou categoria da atividade a que pertencia ou na impossibilidade dessa atualização na base dos aumentos que seu salário integral teria, se permanecesse em atividade em consequência de todos os dissídios coletivos ou acordos entre empregados e empregadores posteriores à sua aposentadoria. Tal reajuste se dará todas as vezes que ocorrerem aumentos salariais, consequentes a dissídios coletivo ou a acordos entre empregados e empregadores, que puderem beneficiar ao segurado se em atividade”.

Já a Lei nº 5.315/67, esclarece a situação dos impetrantes como ex-combatentes, verbis:

ART. 1º Considera-se ex - combatente, para efeito da aplicação do artigo 178 da Constituição Federal, todo aquele que tenha participado efetivamente de operações bélicas, na Segunda Guerra Mundial, como integrante da Força do Exército, da Força Expedicionária Brasileira, da Força Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e da Mercante, e que, no caso de militar haja sido licenciado do serviço ativo e com isso retornado à vida civil definitivamente”

DO DECRETO 2.172/97

Nem mais se discute judicialmente, notadamente no âmbito desta 2º Região, (como se vê das várias decisões acostadas afastando a incidência do Dec. 2.172/97 nas aposentadorias dos impetrantes) que o aludido decreto não pode impor normas ou restringir os proventos de aposentadoria dos impetrantes. Entretanto apesar das decisões, vêm os ex-combatentes tendo restringidas as vantagens concedidas pela Lei 4.297/63, quais sejam, o adicional de 1/3 sobre

férias, o Abono Anual e, principalmente o reajuste das aposentadorias como se em atividade estivessem.

Nesse exato sentido, vale a transcrição do brilhante parecer do Parquet Federal no MS 97.02.44925-1, TRF/2, 1ª Turma:

“Sucede que há muito se registra pacífica a premissa de que ao decreto é vedada a invasão das “reservas de lei”. Assim, se a Lei 5.698/71 não ditou diretrizes quanto aos benefícios dos ex-combatentes, a expressamente invocar a norma específica em vigor dessa categoria, no caso a lei 5.698/71, para dizer sobre a matéria “até que seja revista pelo Congresso Nacional”, não se guarda admissível que o Decreto 2.172/97 tenha o condão de alterar o status quo e restringir o alcance de normas firmadas na Lei 5.698/71.

Em síntese, não se cuida de abonar qual direito adquirido o regime dos proventos de modo a assegurar aos ex-combatentes o privilégio de se manterem ao largo do teto criado para os demais inativos. Trata-se, antes e precipuamente, de enxergar o Decreto nº 2.172/97 como meio inábil pela Previdência.”

É impossível, concessa vênia, ignorar-se, o direito líquido e certo dos impetrantes, deixando de se lhes aplicar as Normas Jurídicas vigentes e aplicáveis, ao tempo da inativação, para aplicar-se Normas inaplicáveis, ulteriores, que no entender do aplicador, retroagiram para prejudicar o direito adquirido, o que configuraria verdadeira heresia jurídica, não prevista no ordenamento vigente e no Estado Democrático de Direito.

Outro não tem sido o entendimento da jurisprudência:

EMENTA – ADMINISTRATIVO – APOSENTADORIA – RESTABELECIMENTO.

I - O benefício em questão, decorrente do ato político que concedeu anistia aqueles que se enquadram nas disposições da LEI nº 8.683/79 e seu Regulamento, Decreto nº 8.143, não podem ser reduzida ou eliminada por ato da administração, pura e simplesmente da suposta moralidade, porque trata-se de direito adquirido que tem por fundamento Norma emanada do Poder Legislativo, que deve ser respeitada pelos demais Poderes, em perfeita harmonia e independência.”(Proc. 92.02.12236-9TRF/2ª Reg.)

Da uníssona voz da Jurisprudência que cerca a questão, destaca-se, entre outras, a lavra do eminente Juiz Federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, no MS 97.0011885-1, no qual deferiu liminar, assim fundamentada:

“Na hipótese em exame, como se verifica da documentação acostada, os impetrantes fizeram jus à aposentadoria de ex-combatente nos termos da Lei n. 4.297/63, tendo em vista que a lei 5.698/71, ressaltou a situação daqueles que à época da vigência da Lei n. 4.297/63 preencheram as condições nela previstas. O Decreto 2.172/97 no qual está fulcrada a Orientação Normativa em análise, deveria, por seu turno, Ter apenas regulamentado a Lei 8.213/91, prefalada, mas ao revés, transbordou sua natureza regulamentadora, entrando em testilha com as leis n. 5.698/71 e 4.297/63, violando, portanto, o princípio da hierarquia das normas.”

DO PEDIDO

Ex Positis, comprovado que está a ilegalidade da aplicação das restrições contidas na Ordem Normativa nº 08 aos proventos de aposentadoria dos impetrantes e considerando que a Lei 4.297/63 garante aos impetrantes ex-combatentes as vantagens dela decorrentes e **COMPROVADO** que os Impetrantes vêm tendo estas suas vantagens limitadas pela Ordem Normativa nº 08 e pelo Dec. 2.,172/97, requerem:

- a) O deferimento da medida Liminar, determinando a A. coatora que se abstenha de aplicar aos impetrantes o Dec. 2.172/97, e principalmente, a Ordem Normativa nº 08/97, para que voltem suas aposentadorias a serem regidas pela lei 4.297/63, notadamente quanto aos reajustes como se em atividade estivessem;
- b) No aprazamento legal, sejam solicitadas as informações;
- c) Após o indispensável e judicioso parecer do Parquet, seja **CONCEDIDA a SEGURANÇA** no sentido de determinar a Autoridade Impetrada que se abstenha de limitar as vantagens decorrentes da lei 4.297/63, notadamente quanto ao 1/3 de férias, abono anual, assegurando aos impetrantes a não aplicação da Ordem Normativa nº 08 de 21 de março de 1997. **Garantindo, assim, aos impetrantes o reajustamento dos benefícios como se em atividade estivessem**, e a percepção de todas as vantagens contidas na lei 4.297/63.

Dá a causa o valor de 1.000,00, para fins fiscais.

N. Termos;

Pede deferimento.

Rio de Janeiro, 30 de outubro de 2018

Limitação dos proventos de Ex-combatente ao Teto de Remuneração Instituído através de Decreto Meramente Regulamentar. Extrapolação das atribuições. Ilegalidade. Ordem Concedida.

EXCELENTÍSSIMO SR. DR. JUIZ FEDERAL DA___ VARA-SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO.

vêm, por seu advogado ao final, com escritório na Rua México, 70 sala 1.006, onde receberá intimações, citações ou qualquer outro ato processual impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA
(Com Pedido de Liminar)

em face do Ilustre Superintendente do Instituto Nacional do Seguro Social, com endereço na Rua Pedro Lessa, 36/3º andar, pelo motivos a seguir expostos:

1. DA HIPÓTESE

A ilustre Autoridade, por força **do Decreto nº 2.172 de 05 de março de 1997**, ilegalmente, e na ausência do devido processo legal, reduziu os proventos de pensão da impetrante, como restará provado adiante.

2. DA TEMPESTIVIDADE

Deve a matéria reportar-se ao fato de que, em se tratando de benefício de aposentadoria previdenciária de natureza continuada, sendo pois, mensal seu pagamento, incorre "*in casu*", a prescrição ou a decadência.

Bem assim é o caso *sub examine*, cuja lesão se renova a cada mês da não reposição, salientando-se ainda que a natureza da prestação pleiteada é de relação jurídica de trato sucessivo.

Ad cautelam, cumpre esclarecer que trata-se, na espécie, de verba de natureza alimentícia e não se diga, pois, que o presente *mandamus* decaiu, como poderia ser alegado, considerando-se tratar-se **de prestação de natureza continuada**, reabrindo-se assim, a cada lesão. (Execução Autônoma e Sucessiva - Ap. 292.368, 6.10.81, 2ª C. 1ª TACSP).

3. DOS FATOS

O impetrante é aposentado na espécie 44, tendo sido transformada, a requerimento, para espécie 43.

Pelos documentos adunados, principalmente certidão do Ministério da Aeronáutica, verifica-se que os impetrantes foram aposentados na categoria de aeronautas, sendo que prestaram, **efetivamente**, SERVIÇO DE GUERRA durante a Segunda Guerra Mundial. (doc. anexo)

4. DO CABIMENTO DO MANDAMUS

Considerando a melhor doutrina e jurisprudência de nossos tribunais, é o Mandado Segurança o meio idôneo para assegurar a manutenção do direito líquido e certo dos impetrantes.

5. DO DIREITO ADQUIRIDO

Como se constata principalmente da certidão de EX-COMBATENTE dos impetrantes, estes tiveram suas aposentadorias deferidas, ainda em 1965 e 1966, sendo revisadas por ato administrativo em 02/97 e 01/97, respectivamente, e, agora com o advento do Decreto nº 2.172/97, têm seu direito lesado, na medida em que ao indigitado decreto limita seus proventos ao teto de R\$ 8.000,00.

Reside aí, toda ilegalidade e lesão ao direito, impugnadas neste mandamus, haja vista que o direito dos impetrantes perpetrou-se na legislação pretérita, anterior ao aludido Decreto, que jamais poderia retroagir para atingir as situações efetivadas na vigência, ainda hoje da Legislação Específica.

O art. 6º, parágrafo 2º do Decreto-Lei 4.657/42 - Lei de Introdução ao Código Civil, estabelece esta garantia:

“ art.6º: A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 2º - Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termos prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

Frise-se que os ex-combatentes se aposentaram com base na Lei nº 4.297 de 23 de dezembro de 1963.

Conceito também consagrado na Carta Política de 1988, em seu art 5º, inciso XXXVI.:

“ a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

“Ad argumentandum tantum” vale trazer o pronunciamento do Ilustre Juiz Federal **Lafredo Lisboa Vieira Lopes**, em matéria semelhante,

“ Diante da documentação apresentada, comprovadora de que os impetrantes se aposentaram com base na lei 6.683 e consoante o entendimento doutrinário e jurisprudencial já de cabelos brancos, consagrado no princípio da inalterabilidade, por lei superveniente, das situações contituídas, princípio esse que constitui, sem dúvida, entre nós uma das categorias integrantes da concepção filosófica que inspirou a Constituição, com que a natureza alimentar dos benefícios previdenciários ameaçados, por outro lado dispensa qualquer consideração a respeito do risco de dano para os impetrantes , caso não atendida, de imediato a pretensão liminar, entendo presentes os pressupostos do periculum in mora e do fummus boni juris, únicos exigidos por lei para a concessão desta. (*in MS 97.0011135-0*)

6. DO ATO JURÍDICO PERFEITO

Pela análise detida dos processos administrativos que concederam a aposentadoria dos impetrantes, depreende-se que estiverem revestidos de toda formalidade e legalidade, inclusive com precedentes vários, citados nos pareceres da procuradoria e da gerência regional do INSS, quando da análise administrativa do caso, concluindo pela plausibilidade do Direito, e consequentemente concedendo o pedido.

Em vistas das circunstancias em que foram concedidas as aposentadorias, o limite estabelecido no Decreto ora guereado, fere também um ato jurídico perfeito, porquanto...

“ Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”

E, a lei vigente àquele tempo era no sentido da legalidade das aposentadorias de Ex-Combatente, tanto é que foi apreciada e aprovada administrativamente, e agora, a própria administração, vem querer revogar este ato jurídico perfeito, através de Decreto, posterior à consecução do ato.

7. NO MÉRITO

Posto isso, impõe-se neste momento a indagação: *“ Se lei delegada não pode dispor sobre matéria elencada nos direitos assegurados no art. 5º da Carta Magna, poderia o Decreto fazê-lo?, estando hierarquicamente abaixo daquela, no rol do art. 59?*

Destaca-se do parecer administrativo que concedeu a aposentadoria, o significativo trecho:

“Não há razão porque alegar a necessidade não ter requerido para contribuir pelo efetivamente recebido. No caso presente, o segurado já contribuía por lei especial, Lei nº 3.501/58 com alterações da Lei 4.262 e 4.263/62, que tinha limite superior ao estabelecido na LOPS. Portanto, não tem propósito a aplicação do art. 5º do ato normativo 18 que regulamentou a Lei nº 4.297/63.”

“Dói-nos ver limitado o âmbito da visão por fundamento de texto frio da Lei, na análise de processos de benefícios daqueles que foram convocados para servir à pátria na guerra, no entanto, nas aposentadorias excepcional de anistiados, nada obstaculizamos.” (Parecer assinado pelo CHEFE DA DIVISÃO LEGISLATIVA, SUPERVISOR 1 e pela COORDENADORA GERAL DE BENEFÍCIOS.)

O art. 13 do ato normativo 18, de 06.11.64, preconiza a situação dos impetrantes, *verbis*:

*“ Desde que preenchidas as condições aludidas no art. 1º, os Ex-combatentes já aposentados terão reajustados os seus proventos, a contar da data da vigência da Lei 4.297, na base do valor correspondente ao **salário integral, de cargo, função ou categoria, como se em atividade estivesse**”*

É o que dizem os dispositivos legais, é o que foi feito. Ilegal, sem dúvida, é a pretensão de se anular todos os atos praticados legalmente, em vista do indigitado Decreto 2.172/97, que pretende retroagir para atingir situações jurídicas perfeitas e consumadas. Abonar-se tal pretensão, seria, diante do ordenamento jurídico vigente, verdadeira Heresia Jurídica, com a qual não pode corroborar o Judiciário, de vez que o benefício já está incorporado ao patrimônio dos impetrantes.

Vale invocar ainda, quanto ao direito já reconhecido, o disposto no art 53, V do A.D.C.T.:

“Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei nº 5.315 de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos:

V- aposentadoria com proventos integrais aos vinte e cinco anos de serviço efetivo, em qualquer regime jurídico.

8. CONCLUSÃO

Destarte, restando presentes os pressupostos autorizadores, “ *o fumus boni juris* ”, por todos os fatos e dispositivos legais expostos, e o “ *periculum* ”, consubstanciado na já configurada redução dos proventos e lesão ao direito, que só tende a aumentar ante a demora no julgamento final, e considerando-se ainda, a ausência do devido processo legal, e o caráter social e alimentar do benefício, requerem:

- a) A concessão da **MEDIDA LIMINAR**, para determinar à autoridade, que se abstenha de efetuar qualquer redução, revisão ou modificação na aposentadoria dos impetrantes, por força do Dec. 2.172/97, até julgamento final do “*WRIT*”;
- b) sejam solicitadas as informações no aprazamento legal;
- c) Após a manifestação do Ilustre representante do “*parquet federal*”, a **CONCESSÃO DA SEGURANÇA**, no sentido de reconhecer o direito dos impetrantes à sua pensão de Ex-combatente, sem que seja diminuída por força do Dec. 2.172/97 ou outro que o substitua.

Dá a causa o valor de R\$ 1.000,00

Termos em que;
Pede Deferimento.

Rio de Janeiro, 01 janeiro de 1998

Portaria Ministerial nº 4.883/98 que limita os proventos de ex-combatentes ao teto constitucional de R\$ 8.000,00. Meio inidôneo para viabilizar modificação nas Leis Especiais de Regência das Aposentadorias. Ordem Liminar Confirmada. Segurança Concedida.

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA __ VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Certo é, pois, que a norma constitucional emanada do poder reformador, ou poder constituinte derivado, não pode, validamente, alterar norma que, em virtude de preceito explícito do poder constituinte originário, está amparada por cláusula de imodificabilidade. OTTO BACHOF (Verfassungswidrige Verfassungsnormen?),

vêm, por seu advogado constituído, “ut” instrumento particular incluso, com escritório na Rua México, nº 70, sala 1.006, Centro, onde receberão intimações ou qualquer outro ato processual, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA (Com pedido de Liminar)

Em face de ato do ilustre **Sr. GERENTE EXECUTIVO-CENTRO DO INSS** no Rio de Janeiro/RJ, com endereço à Av. 13 de maio, 13/26º andar, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:

DA HIPÓTESE

1. São os impetrantes ex-combatentes aposentados na vigência da lei 4.297/63, com TODOS os direitos e deveres ali insertos. Entretanto, a Lei de regência das aposentadorias dos impetrantes vem sendo maculada pela aplicação ilegal da **Portaria Ministerial nº 4.883 de 16 de dezembro de 1998**, cujo artigo 13 veio limitar seus proventos ao teto constitucional, como já havia feito anteriormente, no âmbito da administração pública, o Decreto 2.172/97.

DOS FATOS

2. Pois bem, da ilegal aplicação da indigitada Portaria, advieram três a ilegalidades: a primeira, ao macular o direito adquirido dos impetrantes, ao total arrepio da Norma Constitucional insculpida no inciso V, do artigo 53 do ADCT, uma vez que traz restrições aos pagamentos das aposentadorias e pensões, alterando, de forma ilegítima os critérios de reajustamento dos respectivos Benefícios, concedidos e mantidos, pelo INSS, com base nas Leis nº 1.756/52, Decreto Nº 36.911/55 e Lei Nº 4.297/63. A Segunda ao ofender de forma afrontosa o instituto da Coisa Julgada, de vez que os impetrantes, quando do advento do Dec. 2.172, impetraram Mandado de Segurança contra a limitação e as Sentenças concessivas da ordem, como se infere das decisões colacionadas, continuam em pleno vigor. A terceira ilegalidade consiste no princípio constitucional da hierarquia das leis, não sendo a Portaria meio idôneo para introduzir modificações no sistema de previdência social.

Analisemos, pois, uma a uma, as razões da ilegalidade.

DA IMPRESTABILIDADE DA PORTARIA MINISTERIAL PARA LIMITAR OU REDUZIR PROVENTOS.

1. Preliminarmente, no âmbito da doutrina administrativa, a portaria é fórmula pela qual “*as autoridades de nível inferior ao chefe do*

Executivo, sejam de qualquer escalão de comando, dirijem-se a seus subordinados, transmitindo decisões de efeito interno” (Celso Antônio Bandeira de Mello, Malheiros, 1994, 5º ed, p,211).

2. Assim, não poderia jamais ser veiculada, por meio de portaria, regulamentação de matéria constitucional, ainda mais quando depende de lei em sentido material e formal para sua integração, vedada, inclusive, a utilização de medidas provisórias para essa finalidade.

3. Na mesma esteira é a orientação desta Egrégia Segunda Região:

**PREVIDENCIÁRIO – MILITAR – EX-COMBATENTE –
INCIDÊNCIA DA PORTARIA MINISTERIAL Nº 3.786 DE 07 DE
FEVEREIRO DE 1997 A BENEFÍCIOS CONCEDIDOS NA
FORMA DA LEI 4.297/63.**

I- É a Portaria Ministerial meio inidôneo, da ótica jurídica, para viabilizar modificações na Previdência Social, alterando normas legais sabidamente de hierarquia superior;

II- Remessa Improvida” (Remessa Ex-Officio –MS 21174, p. 97.02.44925-1, 1ª T. Unanime, Rel. Ney Fonseca).

4. Destaca-se do voto condutor o significativo trecho:

“... os autos noticiam claramente que a tutela pretendida foi no sentido de não incidir sobre as aposentadorias dos impetrantes os efeitos da Portaria Ministerial mencionada, **permanecendo os benefícios em questão regidos pelas regras aplicadas à época de suas concessões, como orienta o artigo 13 do Ato Normativo nº 18 de 06.11.64.** Frente ao exposto, nego provimento à remessa, mantendo a íntegra da sentença” grifamos.

5. O art. 13 do Ato Normativo nº 18 de 06.11.64, citado pelo eminente Desembargador dispõe que:

Art. 13 do Ato Normativo nº 18:

Desde de que preenchidas as condições aludidas no art. 1º, os ex-combatentes já aposentados terão reajustados os seus proventos, a contar da data da vigência da Lei 4.297, na base do valor correspondente ao salário integral, de cargo, função ou categoria, como se em atividade permanecesse”

6. Vale a transcrição da LEI nº 4.297/63, que embasa a aposentadoria dos impetrantes:

ART.2º O ex-combatente, aposentado do Instituto de Aposentadoria e Pensões ou Caixa de Aposentadoria, terá seus proventos reajustados ao salário integral, na base dos salários atuais e futuros, de idênticos cargo, classe, função ou categoria da atividade a que pertencia ou na impossibilidade dessa atualização na base dos aumentos que seu salário integral teria, se permanecesse em atividade em consequência de todos os dissídios coletivos ou acordos entre empregados e empregadores posteriores à sua aposentadoria. Tal reajuste se dará todas as vezes que ocorrerem aumentos salariais, conseqüentes a dissídios coletivo ou a acordos entre empregados e empregadores, que puderem beneficiar ao segurado se em atividade”.

6.1. Já a Lei nº 5.315/67, esclarece a situação dos impetrantes como ex-combatentes, verbis:

ART. 1º Considera-se ex - combatente, para efeito da aplicação do artigo 178 da Constituição Federal, todo aquele que tenha participado efetivamente de operações bélicas, na Segunda Guerra Mundial, como integrante da Força do Exército, da Força Expedicionária Brasileira, da Força Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e da Mercante, e que, no caso de militar haja sido licenciado do serviço ativo e com isso retornado à vida civil definitivamente”

7. Conclui-se, pois, que a Portaria Ministerial nº 4.883/98, não poderia, jamais, limitar ou reduzir os proventos percebidos pelos impetrantes, seja da ótica da idoneidade, seja da ótica da hierarquia.

DA LESÃO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS(DIREITO ADQUIRIDO E ATO PERFEITO)

8. O constituinte de 88, apesar de inúmeras tentativas em contrário, como esta Portaria, soube resguardar direitos e garantias individuais do cidadãos. Senão vejamos:

9. No art. 5º garante-se “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida**, à liberdade, à igualdade. **à segurança** e a propriedade...”

10. Já no art. 6º define a “*previdência social como direito social*” e o art. 194 enuncia que “*a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social.*”

11. O que a Portaria Ministerial tenta fazer è emendar na Constituição de 88 no que não pode ser emendado, inclusive em direitos e garantias individuais inscritos em outros artigos que não o art. 5º, como bem acentuou o eminente **Ministro Carlos Velloso do STF** ao proferir voto em ação direta de inconstitucionalidade:

“Direitos e garantias individuais não são apenas os que estão inscritos no art. 5º. Não. Esses direitos e essas garantias se espalham pela Constituição. O próprio art. 5º no seu § 2º, estabelece que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”(ementário 1.730-10, cit)

12. Não há, pois, como aceitar a redação do art. 13 da Portaria Ministerial 4.883/98, em razão de sua patente inconstitucionalidade na afronta a cláusulas pétreas (art.60, § 4º, inc. IV e § 2º do art. 5º).

13. Ademais estabelece a Constituição, em seu artigo 60, parágrafo 4º, as restrições à capacidade de emendar do Congresso Nacional, das quais ressaltamos o seu Inciso IV:

**“§ 4º Não será objeto de deliberação, a proposta tendente a abolir:
“IV – os direitos e garantias individuais.”**

14. Ora, se nem emenda constitucional pode deliberar sobre a supressão de direitos e garantias individuais, que dirá a Portaria Ministerial, hierarquicamente inferior no rol do art. 59 da mesma Constituição.?

15. Nesta Portaria, são afrontados direitos e garantias individuais, inclusive direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito, ao se estabelecer absurdos como rebaixamento ou extinção de benefícios, ao instituir sistema de tetos diferenciados A conceituação do direito à seguridade como direito individual, derivada do próprio texto da Constituição, leva-nos, portanto, à forçosa conclusão do seu enquadramento como cláusula pétrea e à impossibilidade de sua remoção do texto por força da Portaria.

16. Há destarte, que se prosseguir, no que respeita à reforma da Constituição, a preservação de seu espírito, E, sobretudo, sem arranhar o processo de legislativo que não pode, data vênua, ser aberto como se pretende, com a edição indiscriminada de Medidas Provisórias e Portarias de efeito imediato..

17. Como já dito, o artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, determina que *“não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente*

a abolir os direitos e garantias individuais”. Dentro desse elenco dos direitos e garantias fundamentais, fonte e substrato dos direitos e garantias individuais enumerados no Título II da Constituição Federal, destaca-se o Capítulo II, “Dos Direitos Sociais”, que, no seu artigo 6º, define como um dos direitos sociais constitucionalmente consagrados, a previdência social.

18. De acordo com o professor José Afonso da Silva, “*no qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, as vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem, no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidas, mas concreta e materialmente efetivados(...) Direitos fundamentais do homem significam direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos humanos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17*” (in Curso de Direito Constitucional Positivo, 6º ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 159).

19. Mas é preciso convir, antes de mais nada, que esses direitos não excluem outros, além daqueles constantes dos artigos 5º e seguintes da Constituição Federal, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela própria Constituição. Leia-se, a propósito, o disposto § 2º, do artigo 5º, que reza: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...” O amplo rol de direitos fundamentais, o qual se inscreve nos artigos 5º, 6º, 7º, 8º e 9º da Constituição Federal, não esgota, pois, o campo constitucional dos direitos fundamentais – lembremo-nos todos, pedra angular da Carta Magna. Estão também dispersos ao longo de todo o texto constitucional. São vulgarmente chamados de direitos fundamentais constitucionais fora do catálogo. Alguns desses direitos são direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias e dentre estes se situa o direito que todos temos de ser cidadãos de um País Soberano, dono de suas decisões nos campos econômico, político e social.

20. A Portaria em discussão põe de lado um dos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático e Constitucional, que é o princípio da segurança jurídica. Pode-se dizer, com **Gomes Canotilho**, que as idéias nucleares da segurança jurídica se desenvolvem em torno de dois conceitos:

e) estabilidade ou eficácia ex post da segurança jurídica: uma vez adotadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estatais não devem ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável que a sua alteração se verifique quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes.

f) Previsibilidade ou eficácia ex ante do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certa calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos.

21. Estes princípios podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Esses princípios apontam basicamente para:

7. a proibição de leis retroativas;(direito adquirido)
8. a inalterabilidade do caso julgado;
9. a tendencial irrevogabilidade dos atos administrativos constitutivos de direitos (Gomes Canotilho, Direito Constitucional, p. 363/365). (ato jurídico perfeito e acabado)

22. Entre os direitos e garantias individuais está aquele enunciado no art.5º, inciso XXXVI, da Lei Maior.

“ a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Exsurge, de conseguinte, que a indigitada Portaria, de uma só penada prejudica TODOS os direitos assegurados no inciso XXXVI do art. 5º, o que deságua pela inadmissibilidade de eficácia da Portaria, não só pelo princípio da prejudicialidade aqui invocado, como por atentar contra direitos e garantias inalienáveis, sem os quais, caem por terra os princípios fundamentais enunciados nos artigos inaugurais da Carta de 88, como a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho; e, bem assim, dentre outros, o objetivo da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

CONCLUSÃO

Destarte, restando presentes os pressupostos autorizadores, “*o fumus boni juris*”, por todos os fatos e dispositivos legais expostos, e o “*periculum*”, consubstanciado na já configurada redução dos proventos e lesão ao direito, que só tende a aumentar ante a demora no julgamento final, e considerando-se ainda, a ausência do devido processo legal, e o caráter social e alimentar do benefício, requerem:

- a) A concessão da **MEDIDA LIMINAR**, para determinar à autoridade, que se abstenha de efetuar qualquer redução, revisão ou modificação na aposentadoria

dos impetrantes, por força da Portaria Ministerial 4.883/98, até julgamento final do “*WRIT*”;

b) sejam solicitadas as informações no aprazamento legal;

c) Após a manifestação do Ilustre representante do “*parquet federal*”, a **CONCESSÃO DA SEGURANÇA**, no sentido de reconhecer o direito dos impetrantes à sua pensão de Ex-combatente, sem que seja diminuída por força da Portaria Ministerial nº 4.883/98 ou outra que a venha substituir.

d) Nos termos do artigo 287 do Estatuto Processual Civil, seja fixada pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00, no caso de descumprimento.

Dá a causa o valor de R\$ 1.000,00

Termos em que;

Pede Deferimento.

Rio de Janeiro, 30 de janeiro de 1999

Bibliografia.....185 BIBLIOGRAFIA

- **Bachof, Otto:** Normas constitucionais, inconstitucionais, tradução de Jose Manoel C. Costa, livraria Almedina, Coimbra, Portugal;
- **Barroso, Luis Roberto:** Interpretação e aplicação da constituição, 1996, Saraiva;
- **Bevilaqua, Clóvis:** Comentários ao Código Civil, 5ª Edição;
- **Buzaid, Alfredo:** Do ônus da prova, Revista de Direito processual Civil, 4/16;
- **Canotilho, Gomes:** Direito Constitucional;
- **Dantas, Ivo:** Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade, 2ª Ed, 1997, Lumen Juris;
- **Ferreira, Pinto:** Princípios de direito constitucional moderno, São Paulo, 5ª ed. Revista dos Tribunais;
- **Friede, Roy Reis:** Lições Objetivas de Direito Constitucional, 1999, Saraiva;
- **Horta, Raul Machado:** Constituição e direito adquirido, Revista Trimestral de Direito Público, 1/93;
- **Machado, Agapito:** Sentenças cíveis na justiça federal, 1999, Ciência Jurídica;
- **Machado, Hugo de Brito:** O direito adquirido e a coisa julgada como garantias constitucionais;
- **Martins, Ives Gandra da Silva:** A constituição do Brasil;
- **Miranda, Pontes de:** Comentários à constituição de 1967, Forense, 1987, Tomo V;
- **Meirelles, Hely Lopes:** Direito administrativo brasileiro, 18ª ed. Malheiros;
- **Mello, Celso Antônio Bandeira de:** Revista de Direito Público nº 96;
- **Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de:** Revista dos Tribunais 739/145;
- **Pires, Adilson Rodrigues:** Manual de direito Tributário, 6ª ed. Forense;
- **Ráo, Vicente:** O direito e a vida dos direitos, Ed. Resenha Universitária;
- **Sampaio, Nelson de Souza:** O poder da reforma constitucional, Bahia, 1954;
- **Santos, Carvalho:** Código Civil Brasileiro Interpretado, 14ª Ed. 1986, Freitas Bastos;
- **Silva, De Plácido e:** Vocabulário Jurídico, 8ª Ed. Forense;
- **Silva, José Afonso da:** Curso de direito constitucional positivo, 9ª ed. Malheiros;
- **Silveira, Alípio:** Hermenêutica do direito brasileiro;
- **Silveira, José Neri da:** Revista do Ministério Público-Nova Fase, Revista dos Tribunais, 1995;
- **Temer, Michel:** Elementos de direito constitucional, SP, 15ªed. 1999, Malheiros.

