

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRF3



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA
PRIMEIRA VARA PREVIDENCIÁRIA DA SUBSEÇÃO
JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO**

JFSP-FORUM PREVIDENCIARIO-SPI
28/09/2011 16:18 h
Prot. 2011.61830032627-1



0004911-28.2011.403.6183
URG 11 Cla.V. PREVIDENI
Junta de JFSP 20/09/11
RF: 028 Rubrica: [assinatura]

Autos: 0004911-28.2011.403.6183

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

**Requerentes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e SINDICATO
NACIONAL DOS APOSENTADOS, PENSIONISTAS E IDOSOS DA
FORÇA SINDICAL**

Requerido: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, Autarquia Federal, por intermédio dos Procuradores Federais que ao final esta subscrevem, mandato "ex lege", conforme poderes "ad judicia" conferidos pelo art. 9º da Lei nº 9.469/97, com fundamento nos artigos 513 c/c 188 do Código de Processo Civil, por não se conformar com a r. sentença prolatada às fls. 226/294, apresentar

APELAÇÃO

Rua da Consolação nº 1875 - 11º andar - São Paulo - SP
CEP 01031-100 - Tel: (11)35062200 - Fax: (11) 3506-2592
E-mail: prf3@agu.gov.br

URG 1

requerendo expressamente seu recebimento no efeito suspensivo, com fundamento nos artigos 558, parágrafo único do CPC e 14 da lei 7.347/85, pelos fatos e fundamentos que passa a expor.

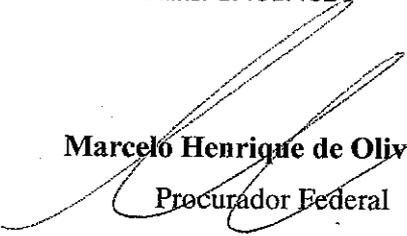
Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo, 28 de setembro de 2011.


Estela Vilela Gonçalves
Procuradora Federal
Matr. 1.065.094

Ricardo Quartim de Moraes
Procurador Federal
Matr. 1.481.482

Carlos Gustavo Moimaz Marques
Procurador Federal
Matr. 1.437.363


Marcelo Henrique de Oliveira
Procurador Federal
Matr. 1.437.363



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRF3



Autos: 0004911-28.2011.403.6183

RAZÕES DE APELAÇÃO

EGRÉGIO TRIBUNAL

COLETA TURMA

A r. sentença que se pretende ver reformada foi proferida em ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal e Sindicato de Aposentados, visando estender a todos os aposentados do país, na medida de seu cabimento, os efeitos do julgamento proferido pelo E. Supremo Tribunal Federal no RE 564.354.

Os fundamentos para reforma do julgado serão melhor expostos e pontuados no itens seguintes, mas duas argumentações merecem ser destacadas não só por demonstrar o significativo impacto do *decisum* nas finanças e organização da atividade administrativa, mas também porque traduzem o descompasso que pode existir entre a atividade jurisdicional e a dinâmica atual de resolução dos conflitos sociais e de desenvolvimento eficiente das prestações administrativas.

A relevância crescente dada à autocomposição como mecanismo de pacificação social, não só pelo Judiciário mas também pela própria Administração (projetos de redução de demandas) é fato notório, e seu surgimento no curso de processo coletivo poderia ser um precedente histórico a concretizar os princípios da eficiência e celeridade tanto administrativo como judicial.

Rua da Consolação nº 1875 – 11º andar – São Paulo - SP
CEP 01031-100 – Tel: (11)35062200 - Fax: (11) 3506-2592
E-mail: prf3@agu.gov.br

Entretanto, a postura conciliatória das partes, formalizada através das petições de fls. 177/187, **foi sumariamente ignorada pelo MM. juiz a quo**, pois o tópico da sentença que se diz homologatório (fls. 276) é logicamente incompatível com a concomitante imposição, nos demais tópicos, de condenações variadas ao réu, desconsiderando completamente as tratativas e concessões que antecederam ao acordo.

São imensuráveis os prejuízos à Justiça, à Administração, e principalmente aos jurisdicionados, decorrentes do efeito inibidor deste julgado sobre a arrojada postura conciliatória demonstrada, de forma pioneira, pela Administração.

As justificativas apresentadas para que não se procedesse à simples homologação do acordo não atendem às modernas premissas que devem nortear a atividade jurisdicional, enfeixadas pela doutrina na chamada “teoria da argumentação”, que se desenvolve sob a premissa de que “a demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida.”¹

Não foi dada, assim, a devida atenção a aspectos essenciais e concretos das questões envolvidas nesta demanda, os quais solapam o pretense raciocínio lógico do julgado impugnado e comprovam a total impertinência dos obstáculos construídos pelo MM. Juiz para deixar de proferir uma simples sentença homologatória, cuja relevância seria inversamente proporcional a sua singeleza:

a) os benefícios concedidos no período 05/10/1988 a 05/04/1991 (“buraco negro”) não foram objeto do pedido inicial, de forma que a sentença, neste aspecto é *extra-petita*; ademais, as particularidades da tutela coletiva possibilitam que tais benefícios sejam objeto de outras demandas, de forma que nem é possível a disponibilização de tais interesses por qualquer substituto processual, já que, em última instância, só se considerará substituído quem quiser sê-lo. O artigo 103, §3º, da Lei 8.078/1990 c.c. artigo 21 da Lei 7.347/1985 não deixa dúvidas a esse respeito.

b) as particularidades da tutela coletiva e os limites concretos desta lide (artigo 128 do Código de Processo Civil)

¹ LUIS ROBERTO BARROSO – Interpretação e aplicação da Constituição – Editora Saraiva, 2004 - pág. 367



foram novamente desconsiderados na r. sentença ao impor à Autarquia a obrigação de proceder, em prazo exíguo e manifestamente insuficiente, à identificação de todos os benefícios existentes no País que possam se encaixar no precedente da Suprema Corte, mas que não estão adequadamente configurados no sistema informatizado da Previdência, em face da existência de revisões administrativas ou judiciais que alteraram seu valor inicial. **A solução destes casos será, sempre e sempre, individual,** muitas vezes a depender de apresentação de documentação pelo próprio segurado, ou da verificação de autos processuais, já que a celeridade no cumprimento de decisões judiciais através do contato eletrônico entre secretarias judiciárias e agências previdenciárias de atendimento de demanda judicial, principalmente quando o prazo judicial concedido para tanto é fixado reiteradamente em **horas** e constando somente o – agora insuficiente – novo valor do benefício, não permite a alimentação correta do sistema. Ademais, essas situações estariam adequadamente ressaltadas na parte final da manifestação dos requerentes de concordância com a proposta item 10.0 de fls. 218: *“Cumpra consignar que, conforme acordado nesta mesma oportunidade, as partes do processo também se comprometeram a manter aberto o canal de negociação especialmente para garantir solução administrativa expedita para os casos de segurados. ... que façam jus à revisão objeto da ação civil pública mas que não estejam contemplados na lista do INSS ...”*

1. RECEBIMENTO DO RECURSO NO EFEITO SUSPENSIVO

Nos termos do **artigo 558 do Código de Processo Civil**, ao recurso poderá ser atribuído efeito suspensivo quando *se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil*

M

reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida. Já o artigo 14 da lei 7347/85 determina que o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.

Esses têm sido apontados como fundamentos legais para recebimento, no efeito suspensivo, da apelação apresentada contra sentença que julga ação civil pública:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA CONFIRMATÓRIA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. APELAÇÃO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. POSSIBILIDADE. ARTIGO 558 DO CPC. PRECEDENTES. RECURSOS ESPECIAIS IMPROVIDOS.

1. Ação civil pública objetivando a reabertura dos postos de atendimento pessoal fechados quando da privatização. Sentença que julga procedente o pedido, antecipando os efeitos da tutela. Apelação recebida apenas no efeito devolutivo. Relator que confere efeito suspensivo ao apelo, mantido pelo colegiado.

2. É possível a concessão de efeito suspensivo à apelação contra sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela, desde que a decisão recorrida seja capaz de gerar lesão grave de difícil reparação, ex vi do artigo 558, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Precedentes: REsp nº 791.515/GO, Relatora Ministra Eliana Calmon, in DJ 16/8/2007; REsp nº 928.080/SP, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, in DJe 22/8/2008.

3. Em havendo o acórdão recorrido reconhecido a relevância dos fundamentos do recurso e o risco de irreversibilidade do provimento antecipado, torna-se forçoso reconhecer que a pretensão recursal se insula no universo fático-probatório, consequencializando a necessária reapreciação da prova, o que é vedado no enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

4. Recurso especial do Ministério Público Federal parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido e recurso especial da ANATEL improvido.²

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - APELAÇÃO - EFEITOS DO RECURSO. 1. Os recursos na Lei da Ação Civil Pública são recebidos como regra geral no efeito meramente devolutivo, enquanto que o recebimento no efeito suspensivo, como uma exceção a regra, previsto no art. 14 da referida lei, para os casos em que haja ameaça de iminente perecimento de direito ou de dano irreparável à parte.

2. Demonstrado o cabimento da pretensão, é de ser afastada a decisão de primeiro grau. 3. Agravo de instrumento provido.³

No presente caso, a lesão grave ou de difícil reparação se evidencia:

² STJ - RESP 200802605102, HAMILTON CARVALHIDO, - PRIMEIRA TURMA, 25/09/2009; fonte: www.stj.jus.br, acesso 22/09/2011;



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRF3



a) do ponto de vista administrativo, pela imposição da obrigação de **identificação manual** de todos os benefícios em manutenção no país que podem se enquadrar no precedente do E. STF, por força de revisões na renda inicial que não constam do sistema operacional; desconsiderou-se completamente o volumoso e constante fluxo de determinações judiciais diárias que precisam ser cumpridas pelas agências de atendimento de demandas judiciais, que para o atendimento célere às determinações de revisão de benefício implantam o novo valor, sem tempo hábil, no mais das vezes, para averiguar os precedentes numéricos que o embasaram; desconsiderou-se ainda o dano imediato de se deslocar funcionários das agências comuns, envolvidos na concessão de benefícios, para triar todos os processos de concessão de benefícios arquivados na busca daqueles que eventualmente se enquadrariam nos pressupostos fixados pela sentença.

b) do ponto de vista econômico e financeiro, pela determinação unilateral de pagamento de atrasados, e aqui se fala especialmente dos benefícios que não fizeram parte da proposta de acordo, em descompasso com o que dispõe o artigo 100 da Constituição Federal, sem a previsão orçamentária adequada e sem qualquer estimativa dos valores envolvidos.

O que se percebe é uma **absoluta impossibilidade fática de se dar cumprimento à decisão recorrida**, na forma ora imposta e dentro do prazo arbitrado, o que imporia à autarquia recorrente o ônus de arcar com *astreintes* em valores elevados.

³ TRF3 - AI 200203000419686, JUIZ ANTONIO CEDENHO, - QUINTA TURMA, 30/06/2011 - fonte: www.cjf.jus.br, acesso 22/09/2011;

**2. DA INTERFERÊNCIA NO CONTEÚDO DO ACORDO:
NULIDADE DOS TÓPICOS QUE EXCEDERAM AO
PACTUADO**

A formulação contínua do Estado Democrático de Direito preconizada pelo artigo 1º da Constituição Federal tem levado a doutrina a destacar que a mais significativa função do órgão judicial, principalmente quando se trata de demanda que envolve direitos sociais, é a de conciliador, estimulando a discussão e a efetiva participação dos autores sociais que mais próximos estão da realidade político, econômico e social. Nesse sentido destaca com especial acuidade José Reinaldo Lopes:

A estratégia corrente é usá-lo como mediador, conciliador ou um adiador do conflito, enquanto se negocia e se procura a solução efetiva fora do juízo. E isto não é uma anomalia, visto que, assim fazendo, os interessados de fato estão usando o Estado como pacificador. O equívoco seria pensar que o simples exercício da tradicional razão jurídica do do ut des, da legalidade pura e simples, traria uma solução melhor, ou que é o aparelho judicial capaz dizer uma última palavra no jogo democrático, que depende da legalidade, mas também a ultrapassa, pois incorpora mecanismo de mudança legal.

Justamente por isso disputas distributivas pedem mediação e negociação, ao passo que disputas comutativas podem ser adequadamente resolvidas em adjudicação (ou arbitragem, aquela forma privada de adjudicação). Mediadores não decidem o caso, mas podem encorajar as partes a entrar em negociação, são como agentes ou corretores de propostas de solução. A mediação é como que um processo de construção da regra, não uma simples aplicação da regra. Se for possível de antemão saber o que é devido, a adjudicação é interessante, mas, se for necessário previamente definir o que é exatamente definido, a mediação pode ter um papel institucional importante' (LOPES, 2006, p. 235).

Nesse caminho já tinha seguido a nobre Desembargadora Federal relatora do agravo de instrumento apresentado contra a tutela antecipada, ressaltando extensamente a importância da autocomposição no direito contemporâneo.

Dentro de tal contexto, deve-se asseverar que o cabimento da propositura de acordo no âmbito das ações civis públicas, em si, é inquestionável; primeiramente porque não faria sentido permiti-lo na



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRF3



seara administrativa (ajustamento de conduta em inquérito civil) e vedá-lo na esfera judicial⁵. Por outro lado, o paradigma estadunidense das *class actions* é uma demonstração clara de que a conciliação não só é possível como chega a ser a regra. Assim, não há absolutamente nenhum empecilho à sua realização – *a fortiori* em se tratando de direitos disponíveis –, pelo que, legítima a prática de acordamentos e concessões recíprocas, e não se limitando estas a questões secundárias e acidentais, posto versar direitos individuais homogêneos de índole notadamente disponível, possível o cotejo entre os procedimentos em ações individuais e coletivas.

Nesse sentido, verifica-se que os obstáculos à atuação do magistrado relativamente a transações havidas no âmbito de ações individuais de natureza civil se fundam, mormente, no fato de se tratar de uma livre-disposição pelas partes acerca de relações jurídicas que, compondo seu patrimônio, escapam da interferência estatal não apenas quando havidas *extra iudicium*, como também no âmbito de feitos judiciais; dado que sua natureza não se transforma pelo simples fato de, em algum momento, a questão ter-se tornado litigiosa.

Assim, em vigendo o primado da autonomia da vontade negocial, a atuação do magistrado, pela via da homologação, só ganha relevância – afora questões relativas ao controle da própria validade do negócio jurídico, dadas as estipulações legais pertinentes – **quando a eficácia do acordado atentar, de maneira inequívoca, contra imperativos de natureza pública.** Desta feita, só será possível se lhe negar a homologação quando, válido o negócio havido, após o perfazimento do consenso, presentes objeções razoáveis ao curso normal de seus efeitos, oriundas de uma subversão inevitável de normas cogentes de caráter

⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais. Teoria e Prática*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2006, pág. 235;

⁵ DONIZETTI, E. & CÉRQUEIRA, M. M. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 319. Afora o caso das ações que visam a reparação de danos decorrentes de ato de

público. Em outras palavras, válido o negócio havido, não se o homologa quando a consequência inexorável de sua eficácia implicar a transgressão da ordem pública.

Sequer se reputaria necessário tratar da validade da conciliação proposta, uma vez que mesmo o magistrado sentenciante, diante de toda a resistência oposta aos seus termos, homologou-a em parte. Contudo, necessário esclarecer as razões de direito que moveram a propositura do acordo e que garantem a inegável validade do mesmo.

Não resta qualquer dúvida de que se encontram presentes, no feito, os elementos garantidores da validade do ato bilateral, vez que as partes são legítimas, o objeto é lícito e o consenso não apresenta quaisquer vícios. Todavia – a despeito de isso não ser argumento que autorize a interferência do juiz *a quo* –, é certo não se poderia validamente suscitar, em defesa da incidibilidade do acordo, a autonomia privada em seu sentido tradicional, à semelhança do que ocorre com uma ação individual de natureza civil, uma vez que se trata, pela parte da Autarquia Previdenciária, de bens públicos *prima facie* indisponíveis, ao passo que, no tocante ao Ministério Público, cuida-se de direitos subjetivos dotados de relevância social.

A relevância social não transmuta direitos disponíveis em indisponíveis; mas a *ratio essendi* da legitimação do *parquet*, como substituto processual, certamente não lhe permite agir fora dos parâmetros que balizam a sua legitimidade ativa. Do contrário, ter-se-ia a relevância social como mero subterfúgio a uma atuação anômala do Ministério Público, inteiramente desvinculada de suas funções institucionais.

Afirmar, porém, que não há consenso possível, não se apresenta uma assertiva correta.

A consensualidade implícita à conciliação não é diferente nas ações civis públicas relativamente às ações individuais. Aliás, tal atributo é inegável mesmo nos casos de ajustamento de conduta

improbidade (Lei 8.742/92, art. 17, § 12), não há absolutamente nenhuma vedação específica.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRF3



versando direitos indisponíveis. Vale citar, a propósito, o magistério de Ana Luíza Nery⁶, *in verbis*:

“O posicionamento contrário à negociação transacional de direitos transindividuais desenvolvido por parte da doutrina, com fundamento em sua alegada integral indisponibilidade, não é suficiente para retirar o elemento consensual do ajustamento de conduta e transformar-lhe a natureza jurídica para mera concordância do interessado com o quanto posto pela administração.

*Diversamente, muito mais do que mera aceitação por parte do administrado, entendemos que o compromisso de ajustamento é, essencialmente, um negócio jurídico bilateral, equiparado à transação, mas forma *sui generis* deste instituto jurídico de direito privado.*

A vontade do compromissário não pode ser compreendida, apenas, como um mero comprometer-se a ajustar sua conduta às exigências legais. Por outro lado, evidenciam-se a vontade do tomador do compromisso na celebração do negócio e também na estipulação das obrigações, bem como das condições de seu cumprimento.

(...)

Ora, se o ponto fulcral do ajustamento é evitar ou reparar a lesão a bem de natureza transindividual, o que deverá ser feito pelo alcance da melhor solução entre o Poder Público e o administrado, ao interessado na celebração do ajustamento de conduta não pode ser negada a possibilidade de negociação do compromisso, pois através desse instrumento é possível alcançar a melhor solução para a efetiva proteção ou reparação a bem de natureza transindividual”.

Para tanto, basta verificar que, como visto acima, as verbas públicas destinadas ao cumprimento da obrigação encerrada na presente ação civil pública se caracterizam como bens de natureza indisponível. Tal fato veda a formalização de acordo? Certamente que não, pois a autorização legal para a formalização de acordos deve ser sempre interpretada em consonância para com os princípios da legalidade e da impessoalidade. Com efeito, é de todo evidente que a mera possibilidade

⁶ “O Compromisso de ajustamento de conduta como transação híbrida e a problemática teorização da passagem do exercício do Poder Público para a tentativa de ajuste no âmbito privado” in MILARÉ, E. *A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010, pp. 106 e ss.

de celebração de acordo não transforma a *res publica* em *res privata*, como se ao representante da Autarquia fosse concedida livre disponibilidade sobre verbas públicas, como se suas fossem; até porque a lei que firmasse tal autorização seria notoriamente inconstitucional. Muito ao contrário, sempre se impõe àquele que transaciona em nome de órgãos públicos a responsabilidade pela observância da lei e, também, dos princípios inerentes à Administração Pública, sob pena de responder pelo mandato *ex lege*, mediante o ajuizamento de ação regressiva (CF/88, art. 37, § 6º⁷).

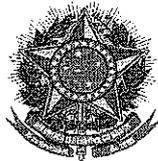
Aliás, a própria concepção da possibilidade de transação como atributo essencial ao *ius disponiendi*, até mesmo na seara do Direito Privado, não pode prescindir da configuração do *animus disponiendi*, e, no caso da Administração Pública, tal manifestação de vontade simplesmente não existe, sequer no âmbito da discricionariedade: da mesma forma que um servidor público não faz uso de uma prerrogativa pessoal ao deixar de propor acordo, igualmente não o faz na hipótese inversa, pois trata-se de duas alternativas condicionadas pela própria lei, cuja escolha deve se balizar, ao fim e ao cabo, pelo primado do interesse público. Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“Poder Público. Transação.
*Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimção deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido”.*⁸

Deixa o administrador, pelo simples fato de balizar sua atuação pela lei, de agir com consensualidade? Certamente que não. Como mandatário do Poder Público, até poderia ser questionada a sua legitimidade ou a legalidade dos termos em que perfaz a conciliação; se,

⁷ “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

⁸ RE 235.885/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 21/06/02;



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRF3



porém, como na espécie, não há questionamento quanto a estes temas – tanto assim que houve homologação em parte –, e os direitos em questão se revestem de natureza disponível, jamais poder-se-ia impugnar o conteúdo da avença. Fazê-lo importa não apenas limitar os termos do juízo específico da Administração quanto à oportunidade e conveniência da composição, mas efetivamente se substituir ao mesmo em tal função⁹.

Ao contrário do que sustentam alguns doutrinadores, não se poderá corretamente falar em transação, pois não subsiste, por óbvio, a *res dubia*, sequer com contornos inteiramente diversos, pois não se trata da certeza ou incerteza quanto ao próprio objeto da pretensão deduzida em juízo, mas de decisão que tem por propósito a ponderação dos interesses públicos envolvidos, de modo a proporcionar a máxima eficácia de seus atos. Tal apreciação leva em consideração inúmeros fatores, particularmente em vista do princípio da eficiência, em relação aos quais é vedado ao Judiciário se imiscuir sem que, necessariamente, infrinja o princípio da Separação de Poderes (CF/88, art. 2º).

Algo semelhante se opera no que diz respeito à manifestação do Ministério Público relativamente às propostas de conciliação, ao atuar na defesa de interesses individuais homogêneos socialmente relevantes: não poderá deles dispor livremente, como se titular dos mesmos fosse, ainda que na condição de mandatário impróprio; mas, observados o contexto de realização dos interesses públicos envolvidos, poderá valer-se da discricionariedade regrada¹⁰ para fins de garantir a estes a maior eficácia possível.

⁹ AGREsp 261144/SP, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 10/03/03: “Não compete ao Judiciário, no seu mister, editar normas genéricas e abstratas de conduta, nem fixar prioridades no desenvolvimento de atividades de administração”.

¹⁰ Esse conceito, desenvolvido pela doutrina ao tratar das transações penais (Lei 9.099/95, art. 78), serve como ponto de partida para esclarecer a função ministerial nos casos de



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRF3

Fls. 344
Ass. Sec. de Vera Provisória

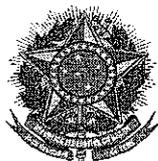
porém, como na espécie, não há questionamento quanto a estes temas – tanto assim que houve homologação em parte –, e os direitos em questão se revestem de natureza disponível, jamais poder-se-ia impugnar o conteúdo da avença. Fazê-lo importa não apenas limitar os termos do juízo específico da Administração quanto à oportunidade e conveniência da composição, mas efetivamente se substituir ao mesmo em tal função⁹.

Ao contrário do que sustentam alguns doutrinadores, não se poderá corretamente falar em transação, pois não subsiste, por óbvio, a *res dubia*, sequer com contornos inteiramente diversos, pois não se trata da certeza ou incerteza quanto ao próprio objeto da pretensão deduzida em juízo, mas de decisão que tem por propósito a ponderação dos interesses públicos envolvidos, de modo a proporcionar a máxima eficácia de seus atos. Tal apreciação leva em consideração inúmeros fatores, particularmente em vista do princípio da eficiência, em relação aos quais é vedado ao Judiciário se imiscuir sem que, necessariamente, infrinja o princípio da Separação de Poderes (CF/88, art. 2º).

Algo semelhante se opera no que diz respeito à manifestação do Ministério Público relativamente às propostas de conciliação, ao atuar na defesa de interesses individuais homogêneos socialmente relevantes: não poderá deles dispor livremente, como se titular dos mesmos fosse, ainda que na condição de mandatário impróprio; mas, observados o contexto de realização dos interesses públicos envolvidos, poderá valer-se da discricionariedade regradada¹⁰ para fins de garantir a estes a maior eficácia possível.

⁹ AGREsp 261144/SP, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 10/03/03: “Não compete ao Judiciário, no seu mister, editar normas genéricas e abstratas de conduta, **nem fixar prioridades no desenvolvimento de atividades de administração**”.

¹⁰ Esse conceito, desenvolvido pela doutrina ao tratar das transações penais (Lei 9.099/95, art. 78), serve como ponto de partida para esclarecer a função ministerial nos casos de



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRF3



missão institucional, deixando ao titular individual a opção de não se conformar com o seu juízo, à luz da singularidade de suas pretensões privadas. Contudo, ao se reconhecer ao *parquet* a prerrogativa de defender direitos individuais socialmente relevantes, a despeito de sua disponibilidade, forçoso reconhecer que a ninguém, senão ao Ministério Público, compete entender pela maior ou menor eficácia do provimento para atender ao interesse público de índole social que se pretende ver realizado.

E isso por ser óbvio que a compreensão do Ministério Público quanto ao seu papel institucional (CF/88, art. 127), como autor da ação, e, portanto, na percepção sobre restar atendido o seu múnus diante de uma conciliação, não pode ser afrontada ou sequer contestada pelo juiz da causa em seu núcleo eminentemente decisório, pois isso importaria permitir ao magistrado não só ir além da iniciativa do *parquet*, violando o devido processo legal, mas atribuir a este função que não lhe compete, na medida em que o constrange a adentrar a esfera da autonomia da vontade privada.

Por outro lado, a atividade jurisdicional depende de provocação sendo que em momento algum, na petição inicial ou no decorrer da instrução, houve qualquer pedido expresso em relação aos itens inseridos pelo julgador. Jamais se poderia falar em renúncia ou exclusão desses ou quaisquer outros benefícios hipoteticamente abrangidos pelo acordo quando o próprio termo de transação deixa em aberto possibilidade de negociação sobre situações dúbias. Nesse sentido claríssimas as considerações dispostas no pactuado consensualmente pelos autores sociais, destacado no final nas considerações iniciais desta peça.

Com efeito, em se tratando de direitos individuais homogêneos de índole disponível, compete ao magistrado tão-somente avaliar se se encontra presente o requisito da relevância social, para fins de legitimação do Ministério Público, em vista do que está sendo

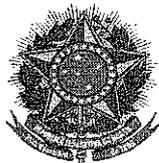
pleiteado, verificando se se justifica a interferência na esfera de autonomia privada dos titulares em face da repercussão dos valores constitucionais na demanda em bloco.

Nesse caso, eventual acordo só poderia se submeter ao controle por parte do Judiciário em razão de tal interferência reputar-se incompatível com a defesa dos valores que caracterizam a relevância social dos direitos disponíveis tomados conjuntamente, importando em ofensa à incolumidade da liberdade negocial individual – hipótese em que não haveria conformação entre o que foi pedido e o que foi acordado – ; jamais, porém, para dizer que a atuação do Órgão Ministerial, na defesa dos interesses públicos envolvidos, não está a contento, pois, em sendo tudo o mais restrito ao auto-regramento da vontade, fazê-lo importaria forçar o *parquet* a advogar para além do que, desde o início da demanda, entendeu lhe competia defender segundo seu múnus institucional, com isso infligindo-lhe a prática de defesa de direitos privados.

Do ponto de vista da Autarquia, a proposta e o cronograma de pagamento foram justificados nas limitações financeira, restando patente que a condenação complementar indiscutivelmente produzirá efeitos financeiros expressivos e que quebram as bases utilizadas para a proposição do calendário inicial de pagamento. Por outro lado, até mesmo a possibilidade de execução material do avençado pode restar prejudicada , ou seja, é evidente que a imposição de revisão em outras situações implica em redirecionamento de servidores para deliberação, estruturação e efetivação dessa condenação, algo que não havia sido pensado quando da apresentação da proposta

O consensualismo, destarte, pressupõe, nesse caso, o encontro de atos volitivos que, em princípio, se destinam ao cumprimento da legalidade e à máxima eficácia das funções institucionais de cada uma das partes, sendo que a compatibilidade do acordado com a lei e com o interesse público só pode ser apreciada pelo magistrado em caso de flagrante transgressão ou de desproporcionalidade do equacionamento feito, em vista das finalidades propostas¹²; jamais pelo simples fato de o magistrado considerar que

¹² REsp 510.259/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 19/09/05.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRF3



outro provimento, em sua opinião, reputa-se subjetivamente mais adequado.

Procedendo desta forma, infringe, flagrantemente e a mais não poder, não apenas os dispositivos constitucionais mencionados, porquanto inovou quanto à extensão e efeitos da lide, mas o art. 129 do CPC¹³, invocado pelo magistrado para fundar não somente a recusa à homologação, como transgressão dos termos da lide.

Daí porque a sentença merece ser afastada naquilo que excedeu ao avençado pelas partes. Como dito, a inserção de disposições que extrapolam ao que foi deliberado pelos interessados atinge basicamente o equilíbrio de premissas utilizadas na composição do acordo, transmuda a natureza inerte da atividade jurisdicional e atinge de morte os fundamentos do estado democrático, da justiça social e da unidade do Texto Constitucional, alicerces do sistema constitucional brasileiro.

Por todo o exposto, o pedido principal formulado neste recurso é o afastamento da decisão na parte que extrapola os termos do acordo firmado.

3. PRELIMINARES AO MÉRITO

Na eventualidade de este E. Tribunal não acolher o requerimento anterior, há que se reapreciar integralmente a sentença e o contexto em que proferida.

É verdade que a proposta de acordo demonstrou a existência de alguma viabilidade da relação processual

¹³ AGREsp 1.090.695/MS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 04/11/09.

instaurada, bem como a presença das condições da ação, ainda que dentro dos estritos limites do que se considerou materialmente realizável.

Entretanto, como já ressaltado, tratou-se de uma tentativa pioneira de resolução rápida e eficaz das demandas judiciais individuais pendentes e potenciais, precedida de tratativas com concessões mútuas pelas partes, onde os obstáculos processuais foram mitigados em prol da pacificação social. Tudo isso, claro, restou superado com a ausência de homologação do acordo.

É especialmente no que excede aos termos do acordo que se vai cuidar neste item, considerando-se, para todos os fins, que a demanda concernente aos benefícios lá incluídos é diversa, autônoma, em relação à demanda posta – ou melhor, indevidamente pressuposta pelo MM. Juiz *a quo* – como fundamento para os itens condenatórios da sentença. Pode-se dizer, pois, que são várias demandas cumuladas, cada uma delas formada por um grupo uniforme de substituídos, uniformidade esta conferida por uma mesma realidade fática do benefício titularizado:

- i. grupo dos benefícios integralmente cadastrados no sistema informatizado, objeto do acordo;
- ii. benefícios não integralmente cadastrados;
- iii. benefícios concedidos antes de 05/04/1991.

Inépcia da inicial

Reitera-se, pois, neste contexto, a alegação de **inépcia da inicial** face generalidade do pedido e falta de esclarecimentos sobre os termos em que se fará a revisão em relação aos grupos (ii) e (iii), ou seja, em relação à causa de pedir.

In casu, observa-se que a premissa fático-jurídica que serve de lugar-comum às diversas pretensões supostamente tuteladas não é uniforme, seja porque o tratamento coletivo é materialmente impossível (demanda ii), seja porque a forma de cálculo do benefício não se amolda automaticamente ao precedente do STF (demanda iii).



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRF3



processual brasileira, onde os julgados, em regra, surtem efeitos entre as partes do processo em que proferidos. Exceções a essa rigorosa regra somente se admitem no âmbito do próprio STF.

Veja-se que o controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal é, por natureza, de efeitos restritos ao caso concreto, sendo a decisão afinal exarada dotada de eficácia "inter partes".

A Constituição Federal possibilita àquele Tribunal, e somente a ele, a extensão dos efeitos pessoais da decisão para além do caso concreto. Para tanto, lhe são outorgados pela Constituição Federal dois expedientes, quais sejam, a Resolução do Senado Federal, prevista no artigo 52, inciso X, e a súmula vinculante, contemplada no artigo 103-A.

Tais mecanismos possibilitam, assim, que a decisão final exarada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de inconstitucionalidade tenha seus efeitos ampliados, passando de um caráter meramente individual para transmutar-se em verdadeira tutela coletiva de direitos.

Compete, pois, exclusivamente àquele Tribunal, sopesando os aspectos que envolvem o caso posto à sua análise, resolver pela sua transformação em decisão de alcance universal, permitindo, assim, que os efeitos do decidido para o caso concreto ampliem-se para abarcar também outras situações similares.

Ora, não foi este o caminho escolhido pelo Supremo Tribunal Federal no caso dos autos. Sejam quais foram os motivos que o inclinaram a manter na esfera individual os efeitos da decisão – provavelmente, a impossibilidade de solução única para todas as situações – é certo que competia apenas àquele Tribunal essa atribuição.

Buscar-se, agora, em primeiro grau, efeito que não se logrou obter em sede de Recurso Extraordinária é evidente inversão da pirâmide que orienta o Poder Judiciário pátrio. Não se quer aqui deslegitimar a importante atuação dos magistrados de primeiro grau na solução dos litígios. O que se quer apontar é que a questão em comento já foi submetida à Corte Máxima de nosso país e o caminho escolhido não contemplou a atribuição de eficácia “erga omnes” ao julgado.

A subversão da ordem jurídico-constitucional se demonstra, assim, não em eventual análise de mérito de pleitos individuais que venham apresentar-se aos magistrados, mas na tentativa de se atribuir a uma orientação emanada pelo Supremo Tribunal Federal efeito que aquele mesmo tribunal entendeu por bem não dotar-lhe.

A admissão desse procedimento importaria em deslegitimar os caminhos escolhidos pela Corte incumbida constitucionalmente da tarefa de guardião da Constituição. Importaria, ainda, em imputar à sua decisão a pecha de ineficaz, tendo em vista a necessidade de sua “lapidação” pelo juízo de primeiro grau.

Admiti-lo importaria nada mais nada menos do que outorgar ao julgador monocrático a prerrogativa de se valer da economia processual e do princípio da eficiência para se investir na condição de órgão de controle concentrado de constitucionalidade.

Sobre o assunto lapidares são as palavras do E. Ministro CEZAR PELUSO ao julgar monocraticamente a Rcl 9592/DF:

...
E bem verdade que os atos decisórios do Supremo Tribunal Federal em processos subjetivos não têm a mesma eficácia daqueles emitidos por qualquer órgão judicial. Na condição de órgão de cúpula do Poder Judiciário, responsável pela guarda da Constituição, a Corte empresta a seus precedentes força sensivelmente superior a ostentada pela generalidade das decisões judiciais. Para demonstrá-lo, basta lembrar, em primeiro lugar, os atos de jurisdição proferidos pelo



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRF3



Tribunal no controle incidental e concreto de constitucionalidade. A declaração de inconstitucionalidade de norma, manifestada “incidenter tantum”, habilita o Senado a suspender-lhe a execução (CF, art. 52, inc. X). Ainda fora daí, as decisões da Corte são dotadas de força qualificada de precedente, apta a influenciar em alto grau e, até, predeterminar o teor de decisões de outros órgãos judiciais (CF, art. 103-A; CPC, arts. 481, § único, 557 e 741, § único)

Essa eficácia diferenciada, naturalmente expansiva, das decisões do Supremo Tribunal Federal, não autoriza, porém, que qualquer ato contrário a seus precedentes, imputável a qualquer juízo, obtenha reparação direta por meio de reclamação à Corte. Tal possibilidade não apenas constituiria flagrante absurdo, ofensivo às garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, e aos limites subjetivos da coisa julgada, como também arruinaria todo o sistema processual e a estrutura judiciária.

15

Ora, ainda que, voltando ao caso ora *sub judice*, o precedente tenha sido proferido em recurso com repercussão geral reconhecida, ele não é vinculante, sendo um mero indicativo da jurisprudência da Suprema Corte.

4. NO MÉRITO

A condenação imposta no item III, “b” da sentença (fls. 292), conforme fundamentação (fls. 282/288), determinando a revisão em prazo exíguo dos benefícios concedidos antes de 05/04/1991, bem como daqueles que não foram identificados pelo sistema por força de revisões posteriores a sua concessão, além de inexequível, é injusta, ilegal, e inconstitucional – na medida em que não atende o princípio da razoabilidade.

Não se discute aqui a abrangência ou não do precedente da Suprema Corte aos benefícios anteriores a 05/04/1991. É matéria que pode ser, e por certo será, objeto de outras demandas, individuais ou coletivas.

Mas a prestação jurisdicional é condicionada por uma série de normas que visam garantir efetividade aos princípios constitucionais da ampla defesa, do devido processo legal, em suma, da segurança jurídica, a **todos** os jurisdicionados, inclusive ao Estado.

No caso da tutela coletiva a situação é ainda mais delicada em função da notória ausência de sistematização dos diplomas que regulam seu procedimento.

O certo é que, **nesta demanda**, a condenação imposta é inadmissível porque a tutela jurisdicional está condicionada ao pedido inicial.

A pretensão posta é de “tutelar o direito dos segurados da previdência social a terem devidamente recalculado seus benefícios de acordo com a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal”. A simples invocação do precedente só autoriza entender incluídos os segurados que rigorosamente se encaixam no precedente, ou seja, cujos benefícios foram concedidos a partir da vigência da lei 8.213/91, pois os benefícios anteriores obedecem a uma sistemática diversa, suficiente para desqualifica-los como enquadrados na mesma situação daqueles.

É certo que o artigo 144 da lei 8.213/91 determinou a revisão dos benefícios concedidos entre 05/10/1988 e

¹⁵ STF – Recl. 9592/DF – j. 10/04/2010 – Dje 73 de 27/04/2010 – fonte: www.stf.jus.br, acesso 12/05/2011; negritou-se.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRF3

350
FLS
Câmara Previdenciária

05/04/1991, de forma a readequar sua renda mensal inicial aos termos da nova legislação.

Veja-se que há determinação de readequação somente da renda mensal, e não, por exemplo, dos índices de reajuste. A situação fica mais complexa se considerarmos os termos do parágrafo único ao artigo 144, que determinou o pagamento da diferença decorrente da revisão somente a partir de JUN/92, ou seja, há um descompasso entre a data do início do benefício, momento de imposição do teto, e a data de efetivo recebimento do valor então (na DIB) recalculado.

São aspectos suficientes para considerar afastada a inclusão de tais benefícios do pedido inicial.

Daí a sentença ser, no ponto *extra-petita*, violando o disposto nos **princípios** insculpidos nos artigos 2º e 128 do Código de Processo Civil.

Ainda que assim não fosse, e agora as impugnações ao julgado se estendem aos **dois itens do tópico III, "b" (fls. 292)**, a condenação imposta, na forma e prazos em que colocada, deve ser integralmente reformada.

Conforme já exposto no item 3 acima, a tutela coletiva tem se mostrado como um instrumento importantíssimo de realização da justiça dentro dos princípios da celeridade e da razoabilidade, mas tem suas limitações, e não há prazo ou multa que altere a realidade fática da estrutura administrativa previdenciária.

A informatização dos dados previdenciários, se por um lado possibilita a efetivação rápida das decisões proferidas em tutela coletiva, por outro estabelece um limite para esse tratamento coletivo, na exata medida dos dados individualmente alimentados.

Em outras palavras: se os dados do benefício – especialmente, no presente caso, os valores de cada salário-de-contribuição

que compuseram o período básico de cálculo, bem como sua média corrigida antes de aplicação do teto – estão cadastrados de forma consistente, é possível a efetivação rápida e eficiente da revisão.

Ora, o MM. juiz *a quo* não homologou o acordo entre as partes para prestigiar justamente os benefícios cuja situação não pode ser adequadamente tratada na tutela coletiva. Daí a perplexidade gerada pela decisão.

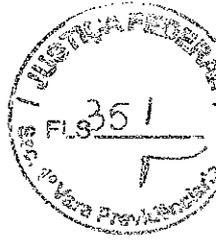
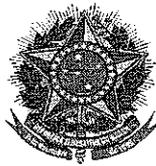
Se os dados não estão no sistema, **surge a necessidade de averiguação de cada processo de concessão arquivado em todas as agências da previdência no Brasil.** O impacto dessa determinação, singelamente exposta em algumas linhas do julgado, sobre o regular funcionamento das agências, pode ser facilmente dimensionado por qualquer pessoa que tenha um mínimo de preocupação com ou conhecimento da realidade cotidiana do atendimento previdenciário no Brasil.

Ainda assim a determinação judicial não estaria plenamente atendida, pois, mantida no INSS a obrigação de realizar tal identificação e acertamento, seria necessário verificar também **todos os processos judiciais de revisão da renda mensal inicial,** cuja alteração não foi adequadamente informada às agências, ou não foi, por elas, adequadamente migrada para o sistema informatizado.

Ora, são essas as hipóteses dos benefícios tratados neste tópico, lembrando-se que os benefícios anteriores a ABR/91 são suficientemente antigos para se afirmar que parte significativa não está adequadamente cadastrada. Não há como se fugir, nestes casos, do tratamento individual, manual.

Evidencia-se, assim, como a r. decisão não atendeu ao princípio da razoabilidade e à cláusula da “reserva do possível”, dentro do contexto assim sintetizado por INGO WOLFGANG SARLET:

Há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão triplíce, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do



*nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.*¹⁶

É preciso que não se perca de vista a desproporção entre a penalidade imposta à Autarquia e os ganhos concretos propiciáveis aos segurados.

Por tudo isso, deve o tópico condenatório ser integralmente reformado, ou, ao menos, ser determinado que o pagamento dos benefícios em questão se realize individualmente, nos termos do que foi exposto no item anterior.

a) Da Exclusão dos Benefícios do “Buraco Negro”

De suma importância que se esclareça, mais uma vez, que as limitações ao exercício da jurisdição não são diferentes pelo simples fato de se tratar de ação civil pública, senão na medida em que se relacionam às peculiaridades do tipo de pedido nelas enfeixado. Nesse sentido, absolutamente nada há que permita ao juiz valer-se de arbitrariedades para adentrar no cerne dos acordos, competindo-lhe tão-somente homologá-los ou não, sendo que, nesta última hipótese, não lhe resta outro caminho senão proferir sentença de mérito. Fazer os dois ao mesmo tempo, pelos motivos anteriormente expostos, principalmente

¹⁶ A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Porto Alegre: Livraria do Advogado – 2006 – pág. 302; destaques nossos;

reconhecimento expresso quanto à impossibilidade prática de se provar o direito (CPC, art. 420, parágrafo único, III¹⁸).

Permitir que o conteúdo de um direito, e conseqüentemente de uma condenação, possa ser relegado ao acaso de uma presunção aleatória importa dissociar a *res in iudicio deducta* da verdade real, em supina afronta ao devido processo legal (CF/88, art. 5º, LIV), porquanto nesse caso o processo servirá não à garantia de direito segundo sua capacidade de prová-los, mas à sua deliberada criação, na medida em que se inverte a lógica probatória para pressupor a existência do direito a partir de qualquer arremedo de prova.

Erigir a liberdade de convencimento como liberdade de suprir provas imprescindíveis por presunções que não se fundam em provas, mas exatamente nas referidas presunções, importa sustentar a prerrogativa pela qual os julgadores podem lançar suas razões de convencimento independentemente de não tratarem dos fatos da causa, forçando a realidade probatória ao limbo de suas convicções pessoais não-exteriorizadas.

Como se não bastasse, há benefícios que não foram revistos de ofício pelo INSS, e, após a revogação do art. 144, com a conseqüente supressão da obrigação de revisão automática, em diversos casos transcorreu o decênio decadencial sem se pleiteasse especificamente a revisão nos termos da legislação derogada. Assim, tem-se que o mesmo se manteve nos termos da CLPS/84, pelo que não se lhe aproveita o decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Por certo não correria a decadência quanto à pretensão revisional em apreço enquanto a responsabilidade da revisão era inteiramente da Previdência Social, pois se o prazo decadencial se presta a estabelecer um âmbito de segurança ao devedor, na medida em que o credor se mantém inerte, a inércia não seria imputável ao beneficiário, e sim ao INSS. Porém, a partir do momento em que se revoga o dispositivo que fundava tal obrigação, o exercício da pretensão revisional não compete a ninguém senão ao interessado, pelo que a inércia deste quanto à sua efetivação se submete ao prazo de validade estipulado em lei.

¹⁸ "O juiz indeferirá a perícia quando: (...) III – a verificação for impraticável".



ADVOGACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRF3



Como a revogação da redação original do art. 144 se deu com a MP 2.060/00, a superveniência da Lei 9.528/97, fixando prazo decadencial para fins de reforma ou alteração do ato de concessão de benefício previdenciário, atingiu inevitavelmente a pretensão quanto à “revisão do buraco negro”, prejudicando, por conseguinte, a revisão dos tetos, tal qual propugnada pelo Supremo Tribunal Federal.

Ademais, vale notar que o reconhecimento da caducidade da pretensão revisional origina não implica, de forma alguma, em retroatividade prejudicial ao ato jurídico perfeito.

Necessário, a propósito, diferenciar o ato de concessão da pretensão de revisão dos parâmetros em que o mesmo foi concedido, a qual se reputa mera possibilidade, a ser concretizada no ato de revisão. Trata-se de dois institutos adrede diferenciados no âmbito da teoria geral do direito civil, impassíveis de qualquer confusão conceitual.

O prazo decadencial de modo algum se direciona ao ato concessório, como fato consumado segundo a lei de seu tempo, e sim à pretensão da revisão de seu conteúdo, como prazo de validade para o exercício da faculdade de modificação de seus termos.

Destarte, é evidente que não há se falar em *tempus regit actum* quando sequer há um ATO, mas uma simples pretensão que deste decorre, a qual, conquanto possa vir a se realizar mediante a formalização de um pedido de revisão, posteriormente levando a um ATO de revisão, deve obedecer, não obstante, a lei vigente no período anterior à sua exteriorização como manifestação de vontade. Proceder de outra forma, implica em interpretação errônea do art. 5º, XXXVI, da CF/88.

Assim, inadmissível que se confunda o ato de concessão do benefício em si e a pretensão de revisão de seu conteúdo, pelo

Rua da Consolação nº 1875 – 11º andar – São Paulo - SP
CEP 01031-100 – Tel: (11)35062200 - Fax: (11) 3506-2592
E-mail: prf3@agu.gov.br

simples fato de esta encontrar seu nascedouro com o aperfeiçoamento daquele.

Se na data da concessão do benefício vigia o entendimento sumulado no âmbito do Supremo Tribunal Federal (Súmulas 346¹⁹ e 473²⁰), que dava pela ampla revisibilidade dos atos administrativos, é evidente que, surgida lei nova que prevê um prazo para o exercício da pretensão revisória, não faz qualquer sentido estabelecer uma diferenciação entre os benefícios concedidos no período anterior e posterior ao referido marco legal. Com efeito, o que justificaria a isenção do prazo decadencial aos benefícios anteriores, em detrimento dos posteriores, quando a intenção inequívoca do legislador foi criar um âmbito de segurança para os devedores, mediante a punição da inércia dos credores no exercício de suas faculdades legais, e em ambos os casos essa inércia subsiste em termos idênticos? Trata-se de interpretação flagrantemente anti-isonômica.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já tratou dessa questão em algumas oportunidades. Especial menção deve ser dada à ADIMC 1715/DF²¹, quando se aventou a necessidade de preservação dos contratos bancários firmados, como atos jurídicos perfeitos, em vista da fixação de prazo decadencial pela Lei 9.526/97 para o questionamento judicial dos saldos de contas bancárias existentes. Essa a ementa do referido julgado, *in verbis*:

“AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. CONTAS DE
DEPÓSITOS NÃO RECADASTRADOS. MEDIDA PROVISÓRIA Nº
1.597, DE 10/11/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.526, DE 08/12/97.
DIREITO DE PROPRIEDADE; PRINCÍPIO DA LEGALIDADE;
DIREITO DE HERANÇA; APRECIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO;
ATO JURÍDICO PERFEITO; DEVIDO PROCESSO LEGAL.
PRECEITOS CONSTITUCIONAIS NÃO VIOLADOS.

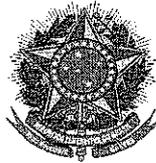
(...)

6. Os prazos de prescrição ou de
decadência são objeto de disposição infraconstitucional. Assim, não
é inconstitucional o dispositivo da Lei nº 9.526/97 que faculta ao
interessado, no prazo de seis meses após exaurida a esfera
administrativa, o acesso ao Poder Judiciário. 7. Não ofende o

¹⁹ “A Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos”.

²⁰ “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 direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

²¹ Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 30/04/04.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRF3



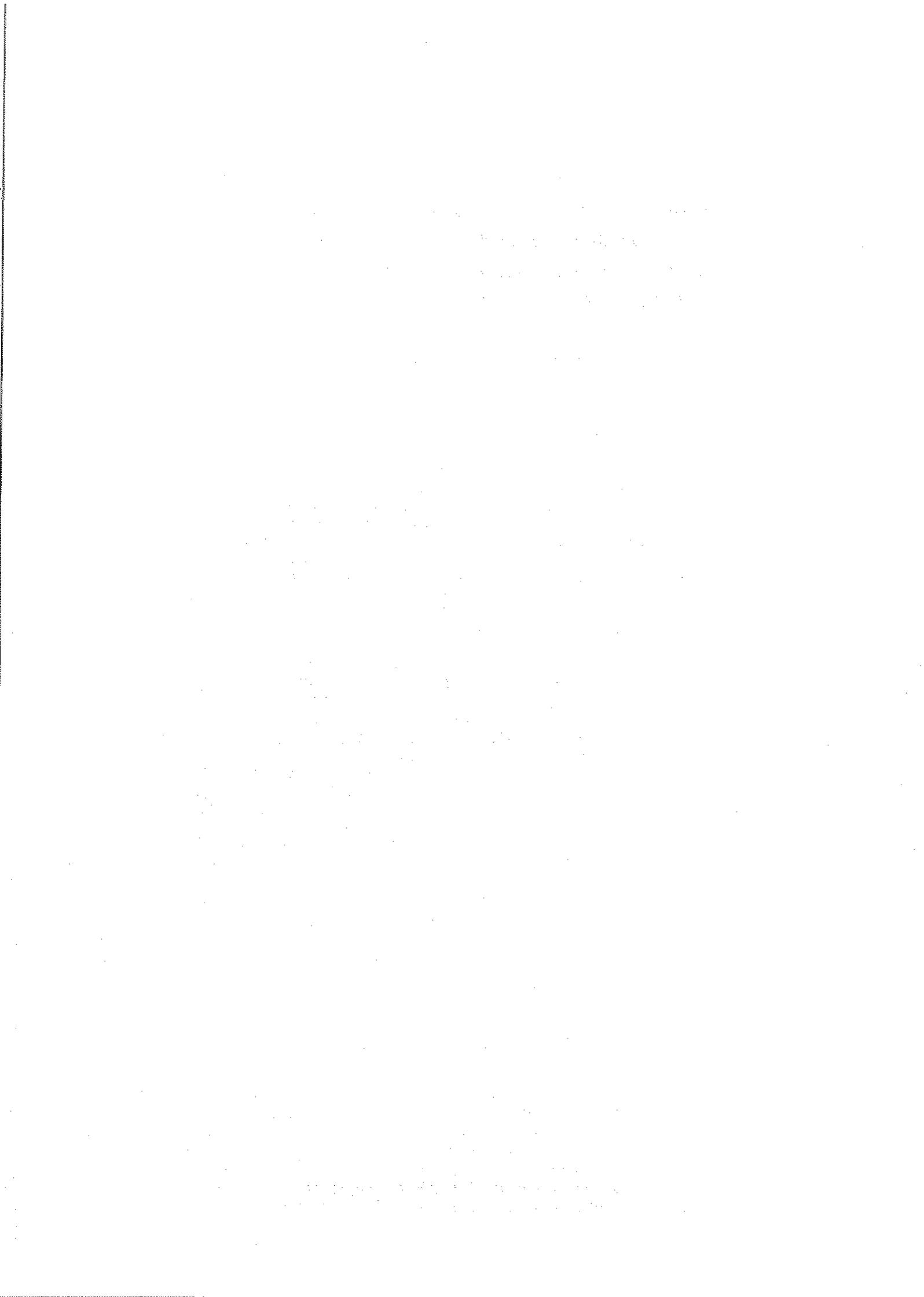
princípio constitucional do ato jurídico perfeito a norma legal que estabelece novos prazos prescricionais, porquanto estes são aplicáveis às relações jurídicas em curso, salvo quanto aos processos então pendentes. 8. A Lei nº 9.526/97 não contraria o preceito do devido processo legal, dado que prevê publicação, no Diário Oficial da União, do edital relacionando os valores recolhidos e indicando o nome do banco depositário, bem como o rito do contencioso administrativo e recurso ao Poder Judiciário. 9. Medida cautelar indeferida”.

Naquela oportunidade, o ilustre Ministro Maurício Corrêa, relator do feito, esclareceu incisivamente que “inexiste norma constitucional que vede ao legislador ordinário a fixação ou alteração dos prazos de prescrição e de decadência”, sendo que “novos prazos prescricionais são aplicáveis às relações jurídicas em curso, salvo quanto aos procedimentos então pendentes”.

Versa a espécie *facta pendentia*? Obviamente que não, pois o ato de concessão há muito se consumou, e o ato de revisão, por outro lado, só foi suscitado quando já não mais cabia, uma vez que à pretensão à revisão, como direito potestativo, há muito já caducara.

Nesse caso, utiliza-se o princípio *tempus regit actum* como expediente de inquestionável preservação de um direito adquirido a regime jurídico, porquanto se preserva um *status* legal relativamente a uma pretensão, a uma *facultas agendi* que de modo algum foi praticada segundo a lei do tempo. Pelo contrário, se tivesse sido praticada, verificar-se-ia a existência de um ato revisório, pendente ou não de apreciação, este sim, imune à lei posterior que fixasse prazo decadencial.

Com efeito, a revisão, antes de realizada, é ato *in potentiam*, é mera pretensão à prática do ato de alteração dos parâmetros de concessão, cuja não-utilização por parte do segurado se





ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRF3



direito à imunidade por prazo indeterminado. 4. A exigência de renovação periódica do CEBAS não ofende os artigos 146, II, e 195, § 7º, da Constituição. Precedente [RE n. 428.815, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 24.6.05]. 5. Hipótese em que a recorrente não cumpriu os requisitos legais de renovação do certificado. Recurso não provido". (RMS 27093/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 14/11/08)

"Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Promoção à patente superior de Militar da Aeronáutica. 2. Portaria nº 1.151/GM3/1984 c/c Decreto nº 86.325/1981 e Portarias nºs 234/GM1/1998 e 386/GM1/2000. 3. **Inexistência de Direito Adquirido em face da impossibilidade de subsistência de situação jurídica individual diante de uma alteração substancial do regime ou de um estatuto jurídico.** 4. Recurso em Mandado de Segurança a que se nega provimento". (RMS 23998/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 24/08/07)

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUTÔNOMOS. ADMINISTRADORES E EMPREGADOS AVULSOS. COMPENSAÇÃO. LEI N. 9.129/95. **Se o crédito se constituiu após o advento do referido texto normativo, é fora de dúvida que a sua extinção, mediante compensação, ou por outro qualquer meio, há de processar-se pelo regime nele estabelecido e não pelo da lei anterior, uma vez que aplicável, no caso, o princípio segundo o qual não há direito adquirido a regime jurídico.** Agravo regimental a que se nega provimento". (AGRAI 511024/PR, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 05/08/05)

b) Da Exclusão do Fator Previdenciário

Um dos pontos em que o magistrado se imiscuiu indevidamente sobre o acordado diz respeito ao cálculo das diferenças devidas, notadamente por ter o mesmo, de forma velada, excluído o fator previdenciário. Ao par de se tratar de mais uma demonstração de abuso de poder, deve a argumentação deduzida ser instantaneamente rechaçada.

Com efeito, pelo que foi colocado pelo magistrado sentenciante a recomposição a que se faria jus, tendo em vista o referido *decisum*, seria feita pela adição da diferença, na data da EC 41/03, entre a média dos salários-de-contribuição limitada ao teto da concessão e

4

ao novo teto, diretamente na renda mensal de seu benefício na data em que instituídos o novo valor-limite, tal qual estabelecido por aquela Emenda Constitucional. Trata-se, contudo, de interpretação inteiramente equivocada sobre o significado daquela decisão, uma vez que, tendo sido seu benefício concedido com base na Lei 9.876/99, evidentemente não se pode desconsiderar a incidência do fator previdenciário.

Tal como anteriormente ressaltado, entendeu o Supremo Tribunal Federal pela aplicabilidade imediata dos novos tetos aos benefícios previdenciários em manutenção por não encerrar o limitador elemento do ato jurídico perfeito, mas apenas um “reductor externo”.

Assim, o fato de o teto previdenciário não integrar o ato jurídico perfeito, na medida em que fixa um limite ao valor do direito subjetivo ao benefício, importa dizer que o benefício será revisto sempre na medida exata da recomposição do salário-de-benefício, como expressão da magnitude financeira daquele direito.

Isso se extrai, por exemplo, de intervenção do Ministro Cezar Peluso, ao resumir que “quando for feito o cálculo do reajuste, segundo o regime a que o interessado está sujeito, indaga-se: bate no teto ou não? Se bate no teto, pode receber mais? Quando o teto for aumentado, tem direito à diferença? Tem”.

No mesmo sentido foi o voto do Ministro Gilmar Mendes, ao esclarecer que “sempre que alterado o valor do limitador previdenciário, haverá possibilidade de o segurado adequar o valor de seu benefício ao novo teto constitucional, recuperando o valor perdido em virtude do limitador anterior”. Por fim, vale transcrever excerto do voto do Ministro Cezar Peluso, *in verbis*:

“O problema não é de cálculo de reajuste da renda mensal, o qual obedece ao regime a que está sujeito o aposentado, segundo os índices legais, quer sua aposentadoria seja proporcional, quer seja integral. A questão é saber se se lhe aplica, ou não, o reductor constitucional e, evidentemente, como ele o está pleiteando, é porque está sujeito ao reductor constitucional. Logo, se teria direito a algo além do reductor constitucional, tem direito à elevação desse valor, quando o reductor constitucional seja elevado e até esse limite”.

A diferença causada pela incidência do teto na data da concessão, por sua vez, se deve ao fato de o teto do salário-de-



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRF3



contribuição ter periodicidade anual, ao passo que os índices de correção das contribuições são mensais, sendo certo que, em diversos casos, o teto vigente na data do cálculo do benefício restará defasado em relação ao cálculo da média, pois a evolução destes valores até a data do cálculo desta não se utilizará da variação percentual do teto, e sim do índice de correção mensal aplicável aos salários-de-contribuição mês a mês.

Daí falar o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, que o reajuste do valor dos tetos do salário-de-contribuição apresenta desvinculação histórica em relação ao reajuste do próprio salário-de-contribuição, pois o reajustamento intra-anual deste só é captado por aquele pela média do período. Destarte, embora tanto o salário-de-contribuição quanto o teto do salário-de-contribuição estejam vinculados aos índices aplicáveis aos benefícios em manutenção (Lei 8.212/91, art. 20, § 1º), a diferença da composição dos índices de correção em cada caso leva a uma dissociação na conta.

Assim, importa saber se, caso tivesse sido aplicado o novo teto na data do cálculo do benefício, haveria aumento no valor da RMI. Como o novo redutor só se aplica a partir da data de seu surgimento, exatamente por ter-se afastado incisivamente a sua aplicação retroativa²², para saber o quanto faltaria ser recomposto basta evoluir a RMI pelos índices oficiais aplicados aos benefícios em manutenção, sem o teto aplicado na concessão e sem o índice de reajuste-teto (Lei 8.870/94, art. 26; Lei 8.880/94, art. 21, § 3º), até a data do advento da EC 41/03. Se a renda mensal então percebida pelo segurado for igual ou maior que o valor encontrado, não há o que ser recomposto e, conseqüentemente, qualquer outra vantagem importaria em reajuste, o qual estaria sendo concedido a despeito de qualquer previsão legal.

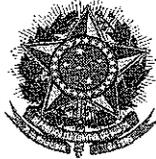
²² Já no voto-condutor, a Ministra Cármen Lúcia afastou o precedente do RE 415.454/SC, afirmando que "a pretensão posta na lide respeita à aplicação imediata ou não do novo teto

A compreensão adiantada pelo magistrado, porém, vai na contramão desse entendimento, pois se se calcula a diferença entre a média dos salários-de-contribuição com e sem o teto, e se a incorpora à renda mensal vigente na data do advento do novo teto, desconsidera-se o fato de que a perda decorrente da aplicação do teto vigente na data da concessão, a ser absorvida pelo limitador superveniente, não pode se dar à revelia do fator previdenciário aplicado no cálculo da RMI, pois fazê-lo importa desvincular a revisão da simples alteração do valor do teto previdenciário, causando, subrepticamente, a alteração do próprio salário-de-benefício inicialmente calculado, uma vez que o fator previdenciário será igualado a 1, a despeito de o autor, na concessão, não ter implementado as condições necessárias para tanto, pelo que o índice em questão foi inferior à unidade.

Firmou o STF que o limite imposto ao valor do salário-de-benefício não integrava os parâmetros de cálculo que compõem o ato jurídico perfeito, mas não houve uma distinção teleológica que permitisse diferenciá-lo relativamente à sua função precípua. Se o ato jurídico perfeito é aquele realizado segundo a *lex temporis*, o que tornaria secundária a disposição que fixa um redutor do valor nominal e aquele que fixa um coeficiente, ou que determina a extensão do Período Básico de Cálculo? Dada toda a rotina de cálculo da RMI, até que ponto específico o cálculo representa uma compatibilização da causalidade custeio/benefício, como parâmetro de justiça contributiva, tornando-se, a partir daí, uma aplicação externa sobre o conteúdo dos direitos já adquiridos? Segundo a dicção do STF ao julgar o RE 564.354/SE, todos os cálculos anteriores à aplicação do teto fazem parte do ato jurídico perfeito, mas em momento algum foi esclarecido o fator de *discrimen* entre este e aqueles quanto ao conteúdo jurídico.

A se considerar um critério puramente morfológico, segundo o qual seriam “externos” os elementos de cálculo posteriores à obtenção da média de salários-de-contribuição, os novos coeficientes, instituídos por legislação esparsa, também seriam aplicados

previdenciário trazido pela Emenda Constitucional n.º 20/98, e não sua aplicação retroativa”.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRF3

FLS 357

imediatamente aos benefícios em manutenção, e já foi firmado, ao se julgar o RE 415.454/SC, que isso implica em retroação indevida. Assim, não é possível colher uma diferenciação entre a natureza dos elementos de cálculo com base em seu momento de incidência.

Tampouco é possível dizer que o atributo singular do valor-teto está no fato de estabelecer balizas atuariais, pois todos os elementos de cálculo se revestem desta mesma preocupação, até por determinação constitucional.

Em verdade o que o teto tem de próprio é o fato de ser aplicado a diversas espécies de benefícios indiscriminadamente, ou seja, independentemente do tipo de prestação ou do valor das contribuições vertidas. Nesse sentido, ao contrário do período contributivo e do coeficiente, que servem à parametrização da prestação estatal, o limite do teto do salário-de-contribuição, ao ser aplicado no cálculo do salário-de-benefício, não apresentaria qualquer ligação com os elementos do fato gerador do direito ao benefício.

Em princípio se compreendia o teto como uma limitação entre a contribuição e a respectiva contraprestação, na forma de benefício²³. Isso, aliás, se observa da própria tramitação do PL 825/91, uma vez que o Anteprojeto encaminhado pelo Executivo não tratava especificamente do teto do salário-de-contribuição, se referindo apenas ao "limite máximo do salário-de-benefício", tendo sido introduzida a redação original da Lei 8.213/91 pelo substitutivo do relator²⁴.

²³ AGREsp 531.409/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 15/12/03; REsp 465.604/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJU de 28/04/03; REsp 448.903/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU de 10/03/03; REsp 211.105/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 06/09/99; REsp 150.172/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 09/12/97.

²⁴ Se reportava, em verdade, ao PL 106/91, de autoria do Deputado Eduardo Jorge, com o mesmo objeto, pelo qual se propunha a coincidência entre o limite máximo do salário-de-benefício e o teto do salário-de-contribuição, tendo sido a alteração, no âmbito do PL 825/91 aviada pelas Emendas de Plenário n.ºs 234 e 403, de autoria dos Deputados Antônio Carlos Mendes Thame e Paulo Hartung, respectivamente, que sugeriam a eliminação do sistema de tetos intermediários.

Todavia, tal como lançado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, há uma disparidade constante entre a evolução dos reajustes do teto do salário-de-contribuição e o dos benefícios, pelo que se dissolveria esse raciocínio inicial, compreendendo-se a incidência deste teto como simples redutor, independentemente da causalidade custeio/benefício.

Assim, somente o teto, e apenas ele, foi considerado um elemento de cálculo que não compõe a definição da magnitude financeira do direito subjetivo ao benefício senão indiretamente – ou externamente –, pelo que a alteração de seu valor teria aplicação imediata. Os demais elementos de cálculo, porém, devem observar a intertemporalidade imanente à aquisição do direito segundo a *lex temporis*.

Vale lembrar, a propósito, o raciocínio colocado pelo Ministro Marco Aurélio, ao firmar que “a equação primeira, verificada quando da aposentadoria, fica inalterada. Na ação não se pretendeu a alteração dessa equação. O que se pretendeu – e viu-se reconhecido – foi afastar, ante um novo teto, aquele quantitativo inicial, não sei se de forma total ou não, ou seja, o que ele estava perdendo, deixando de receber mês a mês em razão do teto”, arrematando que o segurado, nesse caso, “recupera o que normalmente receberia se o teto à época fosse outro”.

Isso se observa, *a fortiori*, no que diz respeito ao fator previdenciário.

Um dos pontos de discussão do Acórdão do STF, que levou à descaracterização do teto como um mecanismo integrado ao dimensionamento prático da relação custeio/benefício, foi o fato de o mesmo, ao contrário do fator previdenciário, não servir ao equacionamento da situação concreta em que figuram os segurados da Previdência Social. Assim, a afirmação do Ministro Dias Toffoli, no sentido de que o teto previdenciário importaria em “penalidade por estar saindo do mercado de trabalho mais cedo”, foi refutada pelo Ministro Gilmar Mendes ao colocar que “essa expectativa de compensação está no fator previdenciário, que é a



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRF3



opção que se faz: se se antecipa em relação à idade, então, se estima que se vai gastar mais num longo período. Aí é um cálculo, isso que está implícito ou explícito no fator previdenciário, que é aquela fórmula de cálculo que compensa também a expectativa de vida. Se sai mais cedo, portanto, valendo-se até da aposentadoria proporcional, é como se tivesse uma poupança, no sentido virtual, que será retirada num período mais longo de tempo. Daí ter-se um salário menor, uma renda menor, porque se está a tirar desse capital”.

Com efeito, o fator previdenciário, ao contrário do teto, serve exatamente à conjugação, em uma mesma fórmula, dos critérios de incentivos, subsídios implícitos e contrapartidas segundo as peculiaridades da vida laborativa dos trabalhadores em geral. Assim, evidentemente não se sustenta, pelo que decidido no STF, qualquer pretensão quanto ao seu afastamento.

A diferença em termos de valor causada pela aplicação do teto é operação posterior à incidência do fator previdenciário no âmbito do cálculo do salário-de-benefício, e, como visto, faz parte do ato jurídico perfeito na medida em que se vincula às peculiaridades da vida laborativa de cada segurado. Calcular a diferença do salário-de-benefício antes e depois da incidência do teto sem a aplicação do fator previdenciário, importa, ao fim e ao cabo, simplesmente em não aplicá-lo, reputando-se absurda a conjugação entre estes dois elementos de cálculo como se se tratasse de uma única operação, dado que, consoante o julgado do STF ora em análise, sua natureza é eminentemente distinta.

Prestigiar o cálculo da diferença devida pela evolução da média dos salários-de-contribuição, quando o salário-de-benefício em questão já havia sido calculado com base no fator previdenciário, implica nada menos do que excluí-lo da equação inicial do benefício, em supina afronta ao art. 5º, XXXVI, da CF/88. Nesse

sentido, a decisão do STF em epígrafe não destoa em absolutamente nada de toda a jurisprudência consolidada que consagrou a constitucionalidade do fator previdenciário como elemento de cálculo não só legítimo como de suma importância para a sustentabilidade financeira da Previdência Social.

5. NA HIPÓTESE DE MANTIDA A CONDENAÇÃO DE REVISÃO DOS BENEFÍCIOS

5.1. PAGAMENTO DE ATRASADOS – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

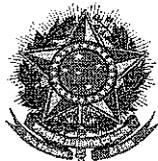
A transação judicial ofertada pelo INSS se lastreou no previsto na Lei 9.469/97, e a sentença, ao extrapolar os limites da transação, somente e exatamente neste ponto, viola o art. 100 da Constituição Federal.

Assim, em prevalecendo a não-homologação do acordo formalizado, é evidente que as condenações impostas à Autarquia Previdenciária não poderão validamente ser cumpridas senão mediante o sistema de precatórios, tal qual previsto na Constituição.

Afora os argumentos de estilo, não podemos deixar de notar a forma pitoresca como foi afastada a aplicação deste mecanismo.

A concepção que seguiu o magistrado sentenciante ao afastar o pagamento das diferenças decorrentes da revisão dos tetos segundo a sistemática constitucional, em supina afronta ao que dispõe o art. 100 da CF/88, valeu-se de uma desconsideração plena dos valores implícitos à mesma, como se se tratassem de um obstáculo despropositado à realização da dignidade da pessoa humana. Nada poderia ser mais absurdo.

A *ratio essendi* do sistema de precatórios, tal como concebido na Constituição de 1934, nunca foi outro senão garantir, ao contrário do que ocorria na República Velha, a lisura do processo de quitação de obrigações judiciais de entes públicos, afastando qualquer



espécie de favorecimento e impondo duras sanções ao descumprimento do respectivo *iter*. Nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“A SIGNIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DA NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DOS PRECATÓRIOS JUDICIÁRIOS.

- *O regime constitucional de execução por quantia certa contra o Poder Público, qualquer que seja a natureza do crédito exequendo (RTJ 150/337) - ressalvadas as obrigações definidas em lei como de pequeno valor - impõe a necessária extração de precatório, cujo pagamento deve observar, em obséquio aos princípios ético-jurídicos da moralidade, da impessoalidade e da igualdade, a regra fundamental que outorga preferência apenas a quem dispuser de precedência cronológica (prior in tempore, potior in jure). A exigência constitucional pertinente à expedição de precatório - com a conseqüente obrigação imposta ao Estado de estrita observância da ordem cronológica de apresentação desse instrumento de requisição judicial de pagamento - tem por finalidade (a) assegurar a igualdade entre os credores e proclamar a inafastabilidade do dever estatal de solver os débitos judicialmente reconhecidos em decisão transitada em julgado (RTJ 108/463), (b) impedir favorecimentos pessoais indevidos e (c) frustrar tratamentos discriminatórios, evitando injustas perseguições ou preterições motivadas por razões destituídas de legitimidade jurídica”. (AGRREl 2143/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 06/06/03)*

“PRECATÓRIO - DISCIPLINA CONSTITUCIONAL - FINALIDADE - CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTÍCIA - SUBMISSÃO NECESSÁRIA AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS PRECATÓRIOS - CF, ART. 100, CAPUT - RE CONHECIDO E PROVIDO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o alcance da norma inscrita no caput do art. 100 da Constituição, firmou-se no sentido de, considerar imprescindível, mesmo tratando-se de crédito de natureza alimentícia, a expedição de precatório, ainda que reconhecendo, para efeito de pagamento do débito fazendário, a absoluta prioridade da prestação de caráter alimentar sobre créditos ordinários de índole comum. Precedentes. O processo de execução por quantia certa contra a fazenda pública rege-se, nos termos do que se prescreve a própria Constituição, por normas especiais que se estendem a todas as pessoas jurídicas de direito público interno, inclusive às entidades autárquicas. O sentido teleológico da norma inscrita no caput do art. 100 da Carta política - cuja gênese reside, no que concerne aos seus aspectos

essenciais, na Constituição Federal de 1934 (art.182) - objetiva viabilizar, na concreção do seu alcance a submissão incondicional do Poder Público ao dever de respeitar o princípio que confere preferência jurídica a quem dispuser de precedência cronológica (prior in tempore, potior in jure)." (RE 181599/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 15/09/95)

"PODER PÚBLICO -
PRECATÓRIO - INOBSERVANCIA DA ORDEM CRONOLÓGICA
DE SUA APRESENTAÇÃO.

- A Constituição da República não quer apenas que a entidade estatal pague os seus débitos judiciais. Mais do que isso, a Lei Fundamental exige que o Poder Público, ao solver a sua obrigação, respeite a ordem de precedência cronológica em que se situam os credores do Estado.

- A preterição da ordem de precedência cronológica - considerada a extrema gravidade desse gesto de insubmissão estatal as prescrições da Constituição - configura comportamento institucional que produz, no que concerne aos Prefeitos Municipais, (a) conseqüências de carácter processual (seqüestro da quantia necessária a satisfação do débito-CF, art. 100, par. 2.), (b) efeitos de natureza penal (crime de responsabilidade, punível com pena privativa de liberdade - DL n. 201/67, art. 1., XII) e (c) reflexos de índole político-administrativa (possibilidade de intervenção do Estado no Município, sempre que essa medida extraordinária revelar-se essencial a execução de ordem ou decisão emanada do Poder Judiciário - CF, art. 35, IV, in fine)". (RE 132031/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 19/04/96)

Aqui, como alhures, extrapola o juiz *a quo* todos os limites do que se poderia compreender por "dignidade da pessoa humana", dessa vez para, inconsciente ou implicitamente, julgar inconstitucional norma constitucional originária, a partir de um paupérrimo juízo de ponderação.

Vale notar que a teoria das normas constitucionais inconstitucionais (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*), exposta por O. Bachof²⁵ só ganhou destaque - para além do fato de haver situações peculiares de antinomia fundamental em razão do Direito de Ocupação na Alemanha - porque ainda se confundia plenamente a tricotomia valores/princípios/regras²⁶, e por ainda ter foros de legitimidade a teoria jusnaturalista dos direitos fundamentais.

²⁵ Normas Constitucionais Inconstitucionais?. Coimbra: Almedina, 1994.

²⁶ Cf. LUÑO, A. H. P. *Ob. cit.*, p. 287: "A normatividade dos valores se prova com a existência das denominadas 'normas constitucionais inconstitucionais', com que se intenta exaltar a primazia hermenêutica dos valores, até o ponto de determinar a inconstitucionalidade das próprias normas constitucionais que contradigam seu sentido. (...) Se as teses que impugnam a normatividade dos valores constitucionais comprometem sua



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRF3



Não por acaso tal teoria foi inteiramente rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, pois não há como se confundir – como procedeu O. Bachof – a atividade de densificação de princípios e a utilização de valores para a derrogação de normas. Eis um excerto desta jurisprudência, *in verbis*:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal.

- A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida.

- Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição.

- Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido”. (ADI 815/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 10/05/96)

“1. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Aposentadoria Compulsória de Magistrados,

própria razão de ser, as que a admitem, por sua vez, se chocam com a dificuldade de ter que diferenciar o alcance da normatividade dos valores em relação a dos princípios”.

Rua da Consolação nº 1875 – 11º andar – São Paulo - SP
CEP 01031-100 – Tel: (11)35062200 - Fax: (11) 3506-2592
E-mail: prf3@agu.gov.br

Membros do Ministério Público e Membros do Tribunal de Contas da União aos 70 anos de idade. 3. Emenda nº 20/1998. 4. Inexistência de alteração substancial dos dispositivos impugnados pelo poder constituinte derivado reformador. 5. Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada quando a norma por ela revogada padece do mesmo vício de inconstitucionalidade e não foi objeto da ação direta (ADI nº 2132, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 05.04.02). 6. **Mesmo que houvesse sido argüida a inconstitucionalidade material da norma constitucional originária, sua inconstitucionalidade não poderia ser declarada na esteira dos precedentes desta Corte(ADI nº 815, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 10.05.96).** 7. Ação direta não conhecida". (ADI 2.883/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 09/03/07)

Daí que esta Corte, ao julgar a ADIMC 1662/DF²⁷, esclareceu definitivamente que o único meio de se afastar a sistemática do art. 100 da CF/88, determinando a execução forçada mediante o seqüestro de bens públicos, é a preterição na ordem cronológica, tal qual prevista no referido dispositivo²⁸. Vale citar um trecho do voto do ilustre Relator, *in verbis*:

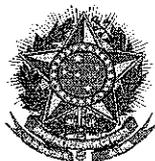
“Vê-se que o constituinte de 1988 não foi pródigo na autorização de seqüestros, ao prever a sua efetivação exclusivamente para o caso de preterimento do direito de precedência.

Não vejo a possibilidade de harmonizar o elastério que a Instrução Normativa do Tribunal Superior do Trabalho deu para o seqüestro com a parcimônia do constituinte, ao menos por três motivos: primeiro, tanto a não inclusão no orçamento da verba necessária ao pagamento dos precatórios como o seu pagamento a menor, por não estar atualizado ou porque feito fora do prazo, constituem-se em evidente descumprimento de ordem judicial, sujeitando o Estado infrator à intervenção federal, como expressamente prevê o inciso IV do art. 34 da Constituição (...); **segundo, seqüestros indiscriminados determinados pela Justiça do Trabalho perturbam seriamente a execução do orçamento, implicam no preterimento do direito de precedência dos demais credores e ainda incidem sobre valores nele previstos e que foram liberados para pagamento de outros débitos; terceiro, como no caso do item III, o seqüestro ocorre sem que haja o mínimo contraditório, ouvindo-se, apenas, o Ministério Público.**

Defiro a liminar para suspender a eficácia dos itens III e XII.”

27 Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 20/03/98.

28 Exceção foi criada com a EC 30/00 ao dar nova redação ao art. 78 do ADCT, fracionando o pagamento dos precatórios em dez vezes, cujo inadimplemento autorizaria o seqüestro de recursos financeiros (§ 4º).



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRF3



Por outro lado, a aplicação dos estritos termos do art. 100 da CF/88 já se tornara inequívoca quando vedou-se qualquer discriminação em função do valores, **SEQUER PARA ORDEM CRONOLÓGICA DIFERENCIADA**, com o julgamento da ADI 1.098/SP²⁹; a qual só veio a ser permitida com a edição das EC 22/99, 30/00 e 37/02.

Diante desse cenário, é inconcebível o pagamento de qualquer obrigação pecuniária decorrente de decisão judicial diretamente ao litigante vencedor, independentemente de seu valor ser irrisório ou de se tratar de execução definitiva ou provisória. Em nosso ordenamento constitucional A FAZENDA PÚBLICA NÃO PAGA SUAS DÍVIDAS JUDICIAIS A NÃO SER POR MEIO DE PRECATÓRIOS E REQUISICÕES DE PEQUENO VALOR. Cite-se, por todos, o seguinte aresto, *in verbis*:

**“PROCESSUAL CIVIL.
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS À DECISÃO DO RELATOR: CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. CITAÇÃO. NECESSIDADE.**

I - Embargos de declaração opostos à decisão singular do relator. Conversão dos embargos em agravo regimental.

II - O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que os pagamentos de débitos da Fazenda Pública, decorrentes de decisões judiciais, são regidos exclusivamente pela sistemática do art. 100 e parágrafos da Constituição Federal. Precedentes.

29 Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 26/10/96: “Resta o exame da distinção, contida no preceito, relativamente ao valor dos precatórios que visem à satisfação dos créditos comuns. (...) O estabelecimento de ordem cronológica autônoma de apresentação e pagamento, (...) embora possa parecer, ao leigo, justa, conflita a mais não poder com o disposto no artigo 100 da Constituição Federal, no que veda a designação, repito, de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para a liquidação dos débitos das Fazendas reconhecidos em sentença judicial transitada em julgado”.

Rua da Consolação nº 1875 – 11º andar – São Paulo - SP
CEP 01031-100 – Tel: (11)35062200 - Fax: (11) 3506-2592
E-mail: prf3@agu.gov.br

III - Embargos de declaração convertidos em agravo regimental. Não provimento desse." (EDAI 495180/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 14/10/05)

Em verdade chegou a haver alguma discussão, certa vez, acerca da aplicabilidade deste entendimento para os casos de antecipação de tutela em que se determinava a implantação de benefício previdenciário, a qual, após anos de prevalência do entendimento contrário, foi decidida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça pela inaplicabilidade, dada a inexistência de previsão legal expressa, em inúmeros acórdãos.

Tal decisão se confirmou, posteriormente, ao entender o Supremo Tribunal Federal que a ADC 4/DF, que julgara constitucional o referido diploma, não se aplica a antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária (Súmula 729). No entanto, tal regra não se aplica a condenação em somas pretéritas.

Para fins de esclarecimento, sem nos perder em disputas doutrinárias cujo deslinde acabou tomando contorno legislativo, vale citar a redação do art. 2º-B da Lei 9.494/97, com a redação dada pela MP 2102-26, *ipsis literis*:

"A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado".

Ante a redação, é evidente que ficou excluído o pagamento antecipado, antes do trânsito em julgado, de valores acumulados, pois nesse caso incide a hipótese de "liberação de recurso" por autarquia federal. Assim tem julgado o Superior Tribunal de Justiça há muito, *ipsis literis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE DO RELATOR DAR PROVIMENTO AO RECURSO COM BASE NO ART. 557, § 1º-A, DO CPC, APÓS A EDIÇÃO DA LEI Nº 9.756/98. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I - Nos termos do artigo 557, § 1º-A do Código de Processo Civil, com a redação que lhe foi dada pela Lei



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRF3



9.756/98; "Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso." Assim sendo,

não existe a irregularidade apontada.

II - Considera-se prequestionada a questão relativa à execução provisória, vez que o acórdão recorrido considerou definitiva a execução, não havendo que se falar em aplicação da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal

III - Já decidiu este Superior Tribunal de Justiça que resulta da própria lei que não cabe execução provisória contra a Fazenda Pública de decisão que tenha por objeto liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores públicos, sendo certo que a hipótese dos autos se adequa exatamente ao previsto na Lei em questão. Precedentes.

IV - Agravo interno desprovido". (AGREsp 827417/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 09/10/06)

"RECURSO ESPECIAL.
ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DO ÍNDICE DE 11,98% AOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. CONVERSÃO DE CRUZEIROS REAIS PARA URV. DATA DO EFETIVO PAGAMENTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. FAZENDA PÚBLICA.

1. Não cabe execução provisória contra a Fazenda Pública de decisão que tenha por objeto liberação de recurso, concessão de aumento ou extensão de vantagem a servidores. Inteligência do artigo 2º-B da Lei 9.494/97.

2. Ainda que a pretensão dos autores não seja de reajuste de vencimentos, mas concessão de diferença remuneratória decorrente de errôneo critério de conversão de seus vencimentos de cruzeiros reais para URV, há adequação à moldura normativa, a qual veda a possibilidade de execução da sentença antes de trãnsita em julgado, porque importa em aumento de despesas relativas a servidor público.

3. Recurso provido". (REsp 379662/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 28/06/04)

"PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC:

SÚMULA 284/STF - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO; SÚMULA 211/STJ - EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL - FAZENDA PÚBLICA - ART. 730 DO CPC - ART. 100, § 1º, DA CF/88, COM A REDAÇÃO DADA PELA EC 30/00.

Rua da Consolação nº 1875 - 11º andar - São Paulo - SP
CEP 01031-100 - Tel: (11)35062200 - Fax: (11) 3506-2592
E-mail: prf3@agu.gov.br

1. Não pode ser conhecido o recurso especial no que concerne ao art. 535 do CPC, pois não apresentou o recorrente, com clareza e objetividade, quais os fatos que amparam a suposta violação e as razões do seu inconformismo. Súmula 284/STF.

2. Deficiência na fundamentação no que concerne às violações dos arts. 67 da Lei 4.320/64 e 10 e 73 da LC 73/93, atraindo o óbice da Súmula 284/STF.

3. As teses relativas aos arts. 23, § 2º, I e II da Lei 9.995/2000, não foram prequestionadas no acórdão recorrido, a despeito dos embargos de declaração opostos. Súmula 211/STJ.

4. A EC 30/00, ao inserir no § 1º do art. 100 da CF/88 a obrigação de só ser inserido no orçamento o pagamento de débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, extinguiu a possibilidade de execução provisória.

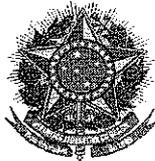
5. Releitura do art. 730 do CPC para não se admitir execução provisória contra a Fazenda Pública.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (REsp 780045/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 02/10/07)

E com razão, pois todas as formas de se realizar um pagamento de verbas pretéritas (obligatio dandi) inevitavelmente implica em uma subversão da regra de precedência cuja observância vincula-se inelutavelmente ao iter previsto no art. 100 da CF/88.

A consolidação desse entendimento no âmbito do Pretório Excelso tornou-se inequívoca ao rechazar a doutrina sustentada pela ala assistencialista da Justiça Federal que, aproveitando a reversão de entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto às liminares e tutelas antecipadas em matéria de benefícios previdenciários, chegou a tentar firmar a possibilidade de pagamento direto em caso de mandado de segurança – nem é preciso dizer que, com seu aguçado senso de respeito ao direito e à isonomia, esse entendimento ficou restrito às causas previdenciárias. Eis um excerto dessa jurisprudência, *in verbis*:

“I. RE: prequestionamento: Súmula 356. O que, a teor da Súm. 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela.”



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRF3



II. Precatório: exigibilidade: atrasados em mandado de segurança. Se - como assentado pelo STF - o caráter alimentar do crédito contra a Fazenda Pública não dispensa o precatório, nem a letra nem as inspirações do art. 100 CF permitiriam que o fizesse a circunstância accidental de ser ele derivado de sentença concessiva de mandado de segurança.” (RE334279/PA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 20/08/04)

Mesmo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se posicionou nesse mesmo sentido, *in verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL
MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO. VERBAS
PRETÉRITAS. PRECATÓRIO.

I - As vantagens pecuniárias compreendidas no período da impetração até a concessão da respectiva segurança devem ser apuradas em liquidação de sentença, com submissão posterior ao sistema do precatório. Precedentes do STJ.

II - Quanto aos demais fundamentos, sustenta-se o v. acórdão recorrido sob enfoque eminentemente constitucional (art. 101, §1.º A, da Constituição Federal), razão pela qual descabe a revisão do julgado em sede de recurso especial, porquanto é via destinada somente ao debate de temas infraconstitucionais.

Agravo regimental desprovido.” (AGREsp 835323/SP, Rel. Min. Félix Fischer, DJU de 29/06/07).

“AGRAVO REGIMENTAL
PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO.
VALORES DEVIDOS ENTRE A IMPETRAÇÃO E A
CONCESSÃO DA ORDEM. REGIME DE PRECATÓRIOS.
NECESSIDADE.

1 - Segundo a compreensão firmada pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de mandado de segurança, o pagamento das parcelas compreendidas entre a data da impetração e a concessão da ordem não dispensa o regime de precatório.

2 - Agravo improvido.” (AGA 757192/RJ, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJU de 02/04/07)

“MANDADO DE SEGURANÇA.
IOF. EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONCESSIVA. FAZENDA
PÚBLICA. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 730 E 731 DO CPC.

I - Consoante jurisprudência desta Corte, na execução contra a Fazenda Pública, ainda que em sede

Rua da Consolação nº 1875 – 11º andar – São Paulo - SP
CEP 01031-100 – Tel: (11)35062200 - Fax: (11) 3506-2592
E-mail: prf3@agu.gov.br

de mandado de segurança, deve ser obedecido o rito estabelecido no art. 730 e seguintes do Código de Processo Civil, com a expedição de precatório para pagamento do débito. Precedentes: REsp nº 401.632/DF, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ de 10/06/2002 e REsp nº 556.703/SP, Rel. Min. PAULO MEDINA, DJ de 22/03/2004.

II - *Agravo regimental improvido.*"
(AGREsp 647622/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 08/03/07).

Destarte, impõe-se a conclusão de que o pagamento direto de verbas pretéritas é ilegal, injusto, imoral e absolutamente inaceitável, pelo que não se compadece nem jamais se compadecerá o INSS com tal hipótese, sob nenhum pretexto ou subterfúgio criativo de não importa que juiz.

Ademais, o afastamento da regra do artigo 100 pela aplicação do princípio constitucional da **dignidade da pessoa humana** também não se sustenta num argumentação razoável.

O sistema constitucional moderno se afirma inequivocamente na força normativa dos princípios, mas seu alto grau de abstração torna imprescindível a articulação de sua aplicação com a realidade concreta que se pretende normatizar.

Conforme esclarece DAMIÃO AZEVEDO, partindo das lições de Ronald Dworkin:

O princípio adequado só pode ser definido em cada caso e de acordo com o contexto especial e único de cada situação. Não quer dizer que todo evento semelhante exigirá sempre a aplicação do mesmo princípio, pois nunca haverá dois casos absolutamente idênticos. A justiça só pode ser produzida numa situação vivenciada no mundo e não a partir de um valor abstrato que desconsidere as especificidades do caso que, por mais semelhante que seja a outros, é sempre único como qualquer experiência humana.³⁰

Daí que o princípio da dignidade humana não é suficiente, por si só, para sustentar toda e qualquer posição favorável ao segurados da previdência, mormente quando o que está concretamente em

³⁰ Azevedo, Damião Alves de. *Ao Encontro dos Princípios*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2009. Texto base do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Público. Disponível em: http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/9/Biblioteca/Textos-base/1_Texto-base_1.pdf; acesso em 28/11/2008.



jogo é o pagamento imediato de uma diferença pecuniária decorrente de alteração dos benefícios com **maior valor** pagos pela Previdência.

Ora, há uma longa distância entre este aspecto da vida humana e aquelas destacadas por LUÍS ROBERTO BARROSO, por exemplo, como inerentes à dignidade humana:

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo... O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variações conforme a visão subjetiva de que o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental.³¹

O princípio invocado mostra-se, então, insuficiente para fundamentar o afastamento do artigo 100, o qual, é verdade, se configura como um feixe de simples regras, mas que estão solidamente assentadas em outro princípio: o da indisponibilidade do patrimônio público.

5.2. DA OBRIGAÇÃO DE FAZER E DA MULTA

Conforme já esclarecido, a própria identificação do universo de segurados efetivamente beneficiados com a tese vencedora no STF é bastante complexa, especialmente os agrupados na demanda (ii). Além do mais, a operacionalização da revisão nas demandas (ii) e (iii) é muito mais complexa do que na demanda (i), com tratamento individualizado e manual, sendo necessário muitas vezes a apresentação de documentos pelo próprio segurado, de forma que deveria o cumprimento da obrigação de fazer **ser condicionada à manifestação individualizada de cada segurado, e somente a partir daí possível arbitrar-se um prazo**

razoável à Administração para cumprimento da obrigação já individualizada, bem como, se necessário, imposição de multa em valores razoáveis e compatíveis com o ganho econômico efetivamente auferido por cada um.

Mesmo a revisão informatizada ainda terá que sofrer uma auditagem e não estão afastadas possibilidades da análise de outros fatores, como decisões judiciais já transitadas em julgado, valores de salários de contribuição alterados pela Justiça do Trabalho, casos em que já houve acordo judicial, ou mesmo em situações particulares que dependam de uma análise fática ou jurídica mais profunda.

Após as fases acima expostas, os beneficiários ainda terão que ser notificados pessoalmente para que tomem ciência da revisão e possam impugnar administrativamente o valor das revisões efetuadas e dos cálculos efetuados, bem como possam apresentar documentos ou outras provas de que estão enquadrados na revisão ora em discussão.

Desta forma, verifica-se de plano que o prazo indicado no julgado não é realista, eis que desconsidera a complexidade da tarefa determinada, o elevado volume de pessoas envolvidas, os desafios tecnológicos e as dimensões continentais do Brasil.

Ademais, o valor da multa deve ser diminuído, fixando-o na proporção de benefícios efetivamente não revistos, nos termos do artigo 461, §6º do Código de Processo Civil.

5.3. RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA AO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO JULGADOR

A extensão nacional dos efeitos da tutela jurisdicional viola o disposto no artigo 16 da Lei 7.347/85, conforme redação atribuída pela Lei 9.494/97:

A sentença civil fará coisa julgada "erga omnes", nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por

³¹ Ob. cit, págs. 334/335



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO - PRF3



insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Portanto, deverá a condenação ser restrita à área de abrangência do órgão julgador, no caso, **do juízo de primeira instância**. Neste sentido, registram-se os seguintes precedentes do STJ: REsp 600.711, Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 24/11/2010; EREsp 411.529, Min. FERNANDO GOLÇALVES, DJe de 24/03/2010; AgRg no REsp 573.868, Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe de 26/10/2009; e AgRg nos EREsp 253.589/SP, Min. LUIZ FUX, DJe 01/07/2008.

Cabe ressaltar que o C. STF julgou improcedente ADIN ajuizada contra a norma acima transcrita, de modo que declarou o dispositivo constitucional. Incide na espécie o art. 24 c/c 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99, ao estabelecer que a declaração de constitucionalidade da lei em ADIN tem eficácia “*contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.*”

Eis o trecho da manifestação do Relator, Min. MARCO AURELIO DE MELLO, transcrita por ninguém menos do que o Magistrado que deferiu a antecipação da tutela, Dr. MARCUS ORIONE GONÇALVES CORREIA, em obre sobre o tema:

A alusão à eficácia “erga omnes” sempre esteve ligada à ultrapassagem dos limites subjetivos da ação, tendo em conta até mesmo o interesse em jogo – difuso ou coletivo – não alcançando, portanto, situações concretas, quer sob o ângulo objetivo, quer subjetivo, notadas além das fronteiras fixadoras do juízo. Por isso, tenho a mudança de redação pedagógica, a revelar o surgimento de efeitos “erga omnes” na área de atuação do Juízo e, portanto, o respeito à competência geográfica delimitada pelas leis de

*regência. Isso não implica esvaziamento da ação civil pública nem, tampouco, ingerência do Poder Executivo no Judiciário.*³²

Ademais, considerando que consta no polo ativo entidade sindical, e tendo em vista a ilegitimidade do Ministério Público já apontada, deve haver a limitação dos efeitos da decisão, a qual somente é aplicável aos substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão julgador, na forma do art. 2º-A da Lei 9.494/97:

Art. 20-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Neste sentido, registram-se os seguintes precedentes do STJ: AgRg no Ag 1.012.591/PE, Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 01/02/2010; REsp 786.448/RN, Min. MAURO CAMPBELL, DJe 27/11/2009; e AgRg no REsp 972.765/PE, Min. PAULO GALLOTTI, DJe 10/08/2009.

Portanto, deverá a condenação ser restrita à área de competência territorial do juízo monocrático, somente abrangendo os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

5.4. DOS JUROS MORATÓRIOS

As peculiaridades do processo coletivo, extensamente expostas nos itens anteriores, **não se coadunam com a incidência de juros moratórios no pagamento dos atrasados,** principalmente se considerados os limites inerentes ao cálculo coletivo via sistema (ou seja, não manual).

Ademais, na medida em que a sentença homologou o acordo, a matéria deve ser regida na forma com que

³² Teoria e Prática do Poder de Ação na Defesa dos Direitos Sociais; São Paulo: LTr, pág. 123;



dispuseram as partes (INSS e MPF), ou seja, **sem a incidência de juros sobre os atrasados.**

Ainda que assim não fosse, o MM. Juiz afastou a aplicação da lei 11.960/2009, apesar de este diploma estar em pleno vigor quando proposta a demanda, no ano de 2011, inobservando, pois, as normas que disciplinam a vigência da lei no tempo (artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal e artigo 6º, *caput* e parágrafos da Lei de Introdução ao Código Civil).

A Colenda Corte Suprema já se pronunciou a respeito do tema e decidiu favoravelmente ao pleito do Instituto, no RE 633549/RJ (J. 21/12/2010, Rel. Min. CARMEN LUCIA).

Ressalte-se que até mesmo o Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134, de 21.12.2010, já prevê a aplicação da referida lei.

E a Terceira Seção do Superior Tribunal já referendou a aplicação imediata da nova legislação nos Embargos de Divergência 1.207.197/RS, através de julgamento proferido em 18/05/2011.

6. DO PEDIDO FINAL

Pelo exposto, requer e aguarda o INSS o **recebimento deste recurso no efeito suspensivo**, e ao final seu integral provimento para que, como pedido principal, **sejam anulados os capítulos da r. sentença que excederam à homologação do acordo**, mantendo-se a obrigação da Autarquia nos exatos termos do acordado com os requerentes.

Se não acolhido o pedido principal, que sejam apreciadas as seguintes alegações, referentes às demandas cumuladas

u

(conforme exposto no item 3, mas que se estende ao mérito, item 4), ou seja, que excedem aos termos do acordo (demandas ii e iii):

a) o acolhimento das preliminares, em relação aos itens excedentes ao acordo, com a extinção do feito nos termos do artigo 267, IV e VI do Código de Processo Civil;

b) no mérito, seja julgado improcedente o pedido inicial;

Na hipótese de condenação, que seja afastada a determinação de pagamento de atrasados independentemente de expedição de precatório, que sejam acolhidas as observações referentes aos juros moratórios, bem como a restrição de seus efeitos aos substituídos com domicílio no âmbito da subseção judiciária de São Paulo (1ª subseção judiciária).

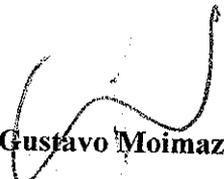
Ainda na hipótese de condenação, que seja flexibilizado o prazo de cumprimento e o valor da multa, conforme comprove a autarquia impossibilidade pontual de fazê-lo.

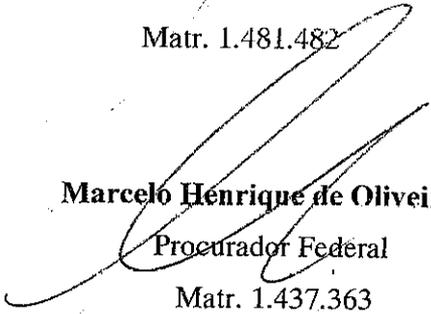
Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo, 28 de setembro de 2011.


Estéla Vilela Gonçalves
Procuradora Federal
Matr. 1.065.094

Ricardo Quartim de Moraes
Procurador Federal
Matr. 1.481.482


Carlos Gustavo Moimaz Marques
Procurador Federal
Matr. 1.437.363


Marcelo Henrique de Oliveira
Procurador Federal
Matr. 1.437.363