



359
2

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

Autos n.º 2008.61.00.018144-4

Vistos em decisão.

Trata-se de ação proposta por OAB/SP, AASP e IASP em face do IPESP, requerendo, em antecipação de tutela, seja aplicado reajuste nos benefícios e contribuições da Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo, nos termos dos artigos 13 e 41 da Lei 10.394/70, vale dizer, com base no salário mínimo ou, subsidiariamente, que seja estipulado outro índice para tal correção monetária.

O IPESP manifestou-se previamente, nos termos da Lei 8.437/92.

Analisando os autos, verifico que se encontram presentes os requisitos necessários para a antecipação da tutela.

Algumas considerações são necessárias, ainda que perfunctórias, diante da necessidade de demonstração da verossimilhança exigida para a antecipação da tutela pleiteada.



360
Y

Conforme se extrai plenamente da documentação juntada aos autos e das próprias declarações do Instituto réu, este, na qualidade de gestor da Carteira de Previdência em questão, recusou-se a aplicar o reajuste legalmente previsto, fundando-se em pareceres da Procuradoria do Estado que assinalaram a inconstitucionalidade dos reajustes em questão, por força do artigo 7º, IV, da Constituição Federal, assim como a edição da Súmula Vinculante nº 4.

A questão no cerne do debate diz respeito à possibilidade de o IPESP deixar de aplicar o reajuste legalmente previsto, por força da inconstitucionalidade da norma e da Súmula Vinculante em questão. A resposta parece ser negativa.

De saída, verifico não ser da índole da Súmula Vinculante voltar-se ao Poder Executivo para eximi-lo do cumprimento de norma legal não declarada inconstitucional pelas vias constitucionalmente eleitas, funcionando como um substitutivo às ações declaratórias de inconstitucionalidade ou de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

De fato, a Súmula possui o condão de evitar decisões judiciais que lhe sejam contrárias, sedimentando determinado entendimento jurídico, assim como atos administrativos que igualmente afrontem tal entendimento, mas não afastar a incidência de lei não declarada inconstitucional. A entender-se o contrário estaria sendo permitido ao Executivo interpretar as súmulas e deixar de aplicar as leis conforme tal interpretação, em flagrante arrepio ao princípio da legalidade e da própria segurança jurídica, gerando perigoso precedente.

Se pretende o réu, pertencente à Administração Indireta Estadual, o afastamento da aplicação da norma legal que entende inconstitucional, deve valer-se dos meios jurídicos à sua disposição, como mencionado nos próprios pareceres da Procuradoria do Estado juntados aos autos e não, por vontade própria, deixar de aplicar tais normas.

De toda sorte, o reajuste em tela, indexado pelo salário mínimo, está previsto em lei, lei esta anterior à Constituição de 1988. Foi sendo concedido ano após ano, mesmo após a promulgação da novel Constituição. Não se trata de ato administrativo posterior à Súmula 4 e que a ela afronta, mas sim de determinação legal prévia, sendo que os efeitos das súmulas vinculantes, nos termos do artigo 4º da Lei 11.417/06, são *ex nunc* ("eficácia imediata"), somente sendo retroativos se houver expressa deliberação em tal sentido, o que não se verifica no caso concreto.



361
✓

Ademais, restam inclusive dúvidas se tal súmula seria aplicável ao caso, na medida em que os precedentes invocados em sua edição são bastante diversos (RE 565714, RE 236958, RE 197072), referindo-se fundamentalmente à remuneração de servidores públicos e vantagens pecuniárias, como adicionais de insalubridade. O texto da súmula, aliás, fala expressamente em “servidores públicos” e “empregados”, categorias nas quais, em princípio, os advogados em geral não se enquadram.

Assim, infundado o embasamento da recusa na aplicação do reajuste por força da Súmula Vinculante 4, do E. STF.

Por outro lado, o réu também fundamenta sua recusa no tão só fato de, sob sua ótica, ser o reajuste inconstitucional, por afrontar o artigo 7º, IV, *in fine*, da Constituição Federal, o que poderia justificar sua recusa no cumprimento do mandamento legal.

Bastante controversa é a questão da possibilidade de o Poder Executivo abster-se de cumprir norma legal sob a alegação de que esta está eivada de inconstitucionalidade, havendo avalizadas posições favoráveis e desfavoráveis.

Sem adentrar em tal polêmica, que vai além do âmbito de conhecimento da causa próprio da decisão em antecipação de tutela, o fato é que mesmo para aqueles autores que admitem tal recusa, esta não pode ser realizada de forma pura e simples, por qualquer agente público, mas, ao revés, deve cumprir uma série de requisitos, tendo em vista justamente se evitar abusos na utilização de tais recusas, que inclusive subtrairiam do Judiciário, que detém a competência para o controle de constitucionalidade, referida atribuição primordial na manutenção do Estado de Direito.

Menciona Alexandre de Moraes, *in* Direito Constitucional, Ed. Atlas, São Paulo, 2004, p. 601, que somente os detentores de cargos nos altos escalões do governo poderiam formalizar o descumprimento da norma constitucional e, mesmo assim, acompanhar tal descumprimento do conseqüente ingresso com a cabível ação para declaração da inconstitucionalidade ou argüição de descumprimento de preceito fundamental, dando total publicidade às partes envolvidas.

Ora, analisando os autos verifico justamente que cogitou a Procuradoria do Estado em ingressar com a argüição de descumprimento de preceito fundamental, já que não caberia ação direta de inconstitucionalidade pelo fato de ser a lei anterior à Constituição Federal de 1988, conforme reiterada



362
3

jurisprudência do E. STF. Entretanto, por questões políticas, acabou por entender melhor não levar a questão ao Judiciário, invocando a inconstitucionalidade e a Súmula Vinculante como meios para, sem respaldo em decisão judicial, deixar de cumprir a lei.

Portanto, ainda que se admita a efetiva possibilidade de o Executivo recusar-se ao cumprimento de normas legais que entenda inconstitucionais, no caso tal recusa não foi acompanhada de outros requisitos que lhe conferissem legitimidade.

Cumprido anotar, desde logo, que não me parece razoável ante as próprias determinações constantes da Carta Constitucional quanto ao controle de constitucionalidade, autorizar o Executivo a não aplicar *per si* leis que entenda inconstitucionais. A propósito, transcrevo as lições de Hugo de Brito Machado, *in* Processo Administrativo Tributário, São Paulo, Ed. RT, 2002, p. 152:

"A verdadeira questão não reside em saber se uma autoridade administrativa pode recusar aplicação a uma lei inconstitucional, mas em saber se ela tem competência para dizer se a lei é inconstitucional. A competência para dizer a respeito da conformidade de lei com a Constituição, ou resulta expressamente indicada na própria Constituição, ou encarta-se no desempenho da atividade jurisdicional. Em qualquer caso, pressupõe a possibilidade de uniformização de decisões, de sorte que a lei não venha a ser considerada inconstitucional, em um caso, e considerada constitucional, em outros, sem que exista a possibilidade de superação dessas diferenças de entendimento, lesivas ao princípio da isonomia. Nossa Constituição não alberga norma que atribua às autoridades da Administração competência para decidir sobre a inconstitucionalidade das leis. Assim, já é possível afirmar-se que no desempenho de atividades substancialmente administrativas o exame da inconstitucionalidade é inadmissível."

Também José Afonso da Silva expressamente descreve ser o controle de constitucionalidade brasileiro jurisdicional, vale dizer, exercido exclusivamente pelo Poder Judiciário (vide Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 55).

E nem se alegue que o permissivo para o descumprimento seria a súmula mencionada, diante de tudo já antes exposto: tal súmula não possui o condão de declarar a inconstitucionalidade de lei específica, já existente, sendo necessário o ingresso com a competente ação, no âmbito do controle concentrado, para tal.



363
Y

Assim sendo, agiu o Instituto réu, em uma análise preliminar, em contrariedade ao ordenamento jurídico vigente ao deixar de aplicar o reajuste previsto na Lei Estadual 10.394/70.

Consigno que não adentrarei, neste momento, no mérito quanto à eventual existência de inconstitucionalidade no dispositivo em questão, já que tal análise é desnecessária ante a incorreção dos meios utilizados pelo réu para afastamento da norma.

Por fim, as alegações tecidas pelo IPESP quanto a ser a Carteira Previdenciária deficitária e quanto ao imenso aumento do déficit por conta do reajuste, por mais que sejam objetivamente importantes e que efetivamente ocorra o quanto alegado, vale dizer, que deixe de haver recursos para o pagamento dos benefícios, são absolutamente irrelevantes do ponto de vista jurídico. Juridicamente, há uma lei que determina a realização do reajustamento, para fins de recomposição de perdas de poder aquisitivo, e ainda estabelece o fator de aplicação de tal reajuste. Os problemas da Carteira, que não são recentes, deveriam ter sido contornados através dos meios econômicos e jurídicos disponíveis, fosse reformulando-se a lei para alterar o critério de reajuste e para incremento das fontes de custeio, fosse alterando-se a própria forma de administração do fundo.

Quanto ao pedido de reajustamento das contribuições dos segurados, extrai-se do texto legal (artigo 41) que estas também são reajustadas com base no salário mínimo. Assim, quando este foi revisto, também as prestações relativas às contribuições deveriam tê-lo sido, pelos mesmos índices. Afastado o ato pelo qual o réu se recusou a cumprir a lei, por entender inconstitucional a vinculação do reajuste dos benefícios e das contribuições ao salário mínimo, devem ser automaticamente reajustadas também as contribuições, em observância a tal lei.

Deverá, destarte, ser cumprida a lei, reajustando-se os benefícios e as contribuições com base no salário mínimo, enquanto não houver a formal declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da lei estadual em questão, a ser obtida pelos meios cabíveis.

Anoto que não cabe, por outro lado, a este Juízo determinar a utilização de outro índice que não o legalmente previsto, já que assim agiria na condição de verdadeiro legislador, ofendendo ao princípio da separação de poderes.



364
✓

Firmada a verossimilhança, há, também, perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação, diante do caráter alimentar dos benefícios em questão, tanto mais demonstrado por ser a maior parte dos benefícios de poucos salários mínimos, os beneficiários ou dependentes de avançada ou tenra idade, ou ainda acometidos por doenças graves, e também em face do aumento da inflação observado ultimamente, em especial gerando efeitos nos preços de itens de primeira necessidade, como alimentos.

A medida é, ainda, reversível.

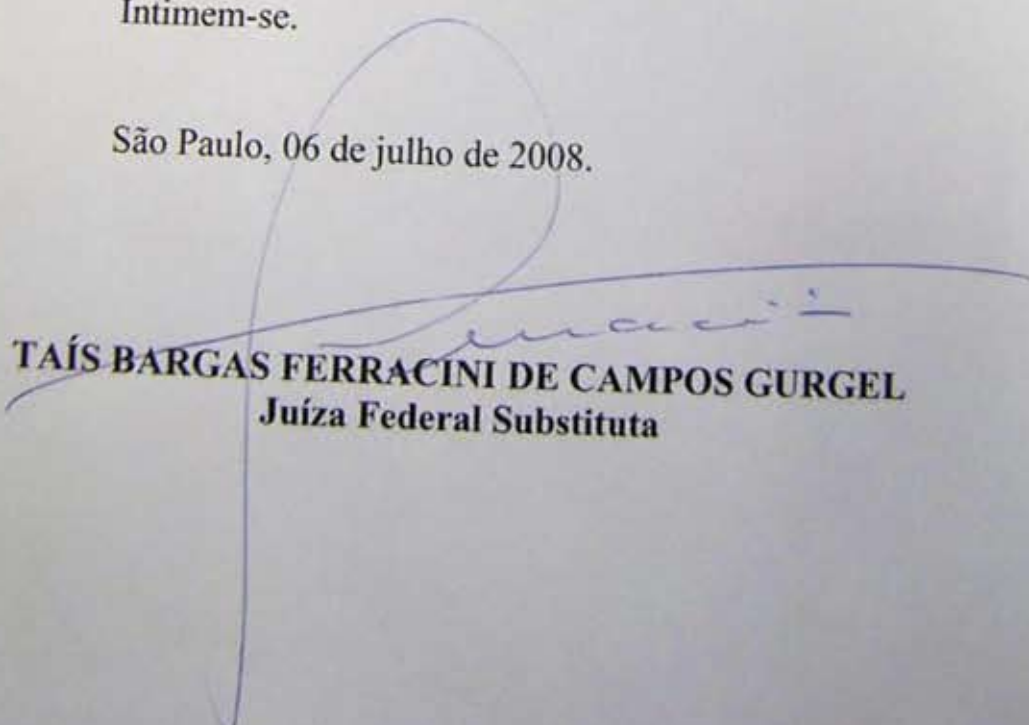
Desta forma, **defiro** a antecipação de tutela pleiteada, para determinar ao réu que aplique os termos da Lei Estadual 10.394/70, reajustando os benefícios e as contribuições de acordo com o salário mínimo.

Estando em termos a petição inicial, cite-se.

Intime-se o Estado de São Paulo para que se manifeste se possui interesse em intervir no feito, em razão da extinção do IPESP e sucessão pela SPPREV.

Intimem-se.

São Paulo, 06 de julho de 2008.


TAÍS BARGAS FERRACINI DE CAMPOS GURGEL
Juíza Federal Substituta