

CONSIDERAÇÕES SOBRE A FIGURA DA SUSPENSÃO DA SENTENÇA
CONCESSIVA DA SEGURANÇA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA. A LEI Nº 4.348/64.

Geraldo Bemfica Teixeira

As discussões sobre a validade das alterações na base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, introduzidas pelo artigo 3º da Lei nº 9.718/98, travadas em sede de mandado de segurança, evidenciaram e popularizaram uma figura jurídica com a qual estávamos todos um pouco desacostumados: A suspensão, pela Presidência do Tribunal afeto ao caso, dos efeitos da **sentença** concessiva da segurança, com base na Lei nº 4.348, de 1964.

Com efeito, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, dezenas (senão centenas) de sentenças concessivas da segurança (total ou parcialmente) restaram suspensas por despachos exarados pela digna Presidência da Corte¹, provocados por expressos pedidos da Fazenda Federal, assim tornando inócuas as decisões monocráticas que reconheceram os direitos do contribuinte, identificaram a prática de ato coator e o fizeram cessar através da sentença – que, como é sabido, deve ser imediatamente cumprida, já que os recursos contra ela não gozam de efeito suspensivo. Os despachos da Presidência do TRF da 4ª Região, com poucas variações, obedecem aos seguintes fundamentos:

“(...) a falta de recolhimento das exações, além de desfalcar substancialmente o erário, compromete as metas acertadas com os organismos financeiros internacionais;

*Inicialmente, registro o grande número de processos sobre a matéria que têm sido encaminhado à Presidência desta Corte. O volume de recursos envolvidos evidencia a gravidade da lesão à economia pública. **Estão presentes, portanto, os pressupostos inscritos no artigo 4º da Lei nº 4.348/64, que conferem amparo legal ao pedido de suspensão de segurança.** Como salientou a Presidência que me antecedeu, as impetrações remetem inclusive contra matérias já resolvidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como é o caso da obrigatoriedade de modificação via lei complementar, e não ordinária somente quando de trate de criação de novas fontes de custeio para a seguridade social. Ou, ainda, a possibilidade de conversão parcial da medida provisória em lei,*

¹ Presidência exercida com a eficiência e honestidade que caracterizam o detentor do cargo.

desde que não haja alteração substancial do conteúdo material do ato normativo editado pelo Presidente da República. Por outro lado, não posso deixar de considerar, na análise da questão, que uma parte significativa da magistratura tem se manifestado no sentido de que inexistem as inconstitucionalidades apontadas em relação à Lei nº 9.718/98. A par das razões supra deduzidas, devo consignar que o Plenário deste Tribunal, na Sessão do dia 29-3-00, julgando incidente de inconstitucionalidades do artigo 3º, p. 1º, da Lei nº 9.718/98, nos autos da Apelação em Mandado de Segurança nº 1999.04.01.080274-1/SC, decidiu, por maioria de votos, rejeitar a referida arguição.”

Graças a isso, os advogados passaram – aparentemente - a enfrentar um novo desafio; treinados para esgrimir com o Direito, utilizando sempre argumentos jurídicos, interpretando a lei e os fatos sobre os quais incide, vêm-se agora às voltas com a necessidade de discutir *não o jurídico*, mas o econômico e os interesses do erário público. Com efeito, a ilustre Juíza federal Ellen Gracie Northfleet já reconheceu o caráter eminentemente *político* da figura da suspensão da segurança (Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo), assentando que “ ... *nesta excepcional autorização, o Presidente exerce atividade eminentemente política, avaliando a potencialidade lesiva da medida concedida e deferindo-a em bases extra-jurídicas.*”

Contudo, felizmente, aos contribuintes e seus advogados ainda resta o caminho estritamente jurídico, ficando dispensados da discussão técnica e política sobre os interesses do erário público. E, nesse passo, a aplicação da Lei nº 4.348/64 nos parece flagrantemente incompatível com a Constituição de 1988, conforme reflexões a seguir esboçadas.

A Lei nº 4.348/64.

A fundamentação utilizada pela Fazenda Nacional para buscar a suspensão das sentenças concessivas de segurança em matéria tributária é a Lei nº 4.348, de 20.06.64, editada nos primeiros noventa dias do golpe militar. Dita norma, vale lembrar, pretendia, entre outras coisas: a) liminares válidas por apenas 90 dias; b) vedação da concessão de liminares em favor de servidores públicos; c) efeito suspensivo para recursos contra sentenças concessivas de segurança, mesmo para recursos ex-officio; d) punição aos juizes pelo

descumprimento dessas “regras”.² No que nos interessa, diz o artigo 4º da malsinada lei:

Art. 4º. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, o presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso (VETADO) suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, **e da sentença**, dessa decisão caberá agravo sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação do ato

O Direito Constitucional ao Mandado de Segurança

Ora, o mandado de segurança consta como **direito e garantia fundamental** no art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: *“LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘habeas corpus’ ou ‘habeas data’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”* Qual o significado disso?

Na história da humanidade não se cogitava, até a Idade Média, de codificar direitos ou garantias individuais, que só existiam no plano do direito natural religioso. Foi a partir da “Magna Carta” de 1215, na Inglaterra, que se conheceu um documento reconhecendo a existência de direitos individuais que o monarca deveria respeitar. A maioria desse pensamento, contudo, só ocorreu no século XVIII, com o “constitucionalismo” que acabou espalhando alguns textos firmes no sentido de tolher o “jus imperii” do Estado. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, expressa isso de modo tão feliz que a atual Constituição francesa, de 1958, a encampou em seu preâmbulo: *“Os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, a negligência e o desprezo dos direitos do*

² Em indispensável homenagem ao Poder Judiciário, diga-se que os magistrados de então, com raras exceções, jamais se submeteram à lei em comento, mantendo sua altivez e honrando sua toga.

homem são a causa única da desgraça dos povos e da corrupção dos governos, resolveram expor, em declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem” . Tais direitos e garantias, por serem “naturais”, “sagrados” e “inalienáveis”, prescindem de texto expresso e não podem ser retirados de qualquer modo. NELSON DE SOUZA SAMPAIO defende que são supra-estatais³ e ROQUE ANTONIO CARRAZA afirma a submissão do Poder Público a eles, em suas relações com os governados, já que “... *pauta sua conduta por regras que, com outorgarem e garantirem os chamados direitos individuais, apontam os meios que ele poderá empregar, para a consecução de seus fins.*”⁴

O Estado, assim, surge e se organiza sobre essa base irremovível – os direitos individuais naturais, sagrados e inalienáveis -, e será caracterizado como Estado-de-Poder (Maquiavel) tirano se assim não for. Ao inverso, se respeitar tal fundamento, será o Estado-Constitucional (ou o Estado-de-Direito), tão bem descrito por CARRAZA como “*aquele que regula a situação do indivíduo diante do Poder Público, criando-lhe um campo privativo, que o coloca a salvo das investidas, não só do Executivo e do Judiciário, como, principalmente, do Legislativo.*”⁵

O Brasil triunfou nessa luta por viver sob um Estado-Constitucional codificado, que significa “ ... *a fixação dos direitos reputados fundamentais do indivíduo, e a enumeração das garantias para tornar efetivos tais direitos, quer em face dos particulares, quer em face do Estado mesmo.*”⁶. Quer isso dizer que, ao arrolar sob o Título dos Direitos e Garantias Individuais princípios vários – **entre os quais o mandado de segurança** - , apresentou-os como “*proibições ao Estado de lesar, por meio de leis, atos administrativos ou decisões judiciais, estes valores...*”⁷ Este é o **alcance** dos direitos e garantias individuais da Constituição, especial mas não exhaustivamente arrolados no artigo 5º, que ali

³ “Os direitos fundamentais, por se colocarem, pelo menos teoricamente, no plano supra-estatal, são irreformáveis, porque estão fora até da ação do poder constituinte.” O Processo Legislativo, São Paulo, Edição Saraiva 1978, pág. 70.

⁴ “Curso de Direito Constitucional Tributário”, 7ª Edição Malheiros, pág. 227.

⁵ Mesma obra, pág. 228.

⁶ LOURIVAL VILANOVA, “Proteção jurisdicional dos Direitos numa sociedade em desenvolvimento”, Anais da IV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, pág. 139

⁷ CARRAZA, mesma obra, pág. 231.

figuram não como mera utopia alterável por lei, medidas do executivo ou mesmo decisões judiciais, mas como verdadeiro **pressuposto** da nação democrática e representativa que o país quer ser. Não apenas tais direitos consignados na Constituição impedem o Estado de interferir na liberdade garantida às pessoas como, mais importante, permite que as pessoas façam o que a Constituição lhes faculta, sem quaisquer interferências, inclusive estatais.

A Constituição não se limitou a declarar tais direitos, indo adiante para **assegurá-los**⁸ e, assim, dar-lhes eficácia independente. Com isso, a Carta determinou os limites das leis tributárias (e de outras) ou, como bem disse CARRAZA, a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal, ao fazerem uso de suas competências tributárias, são obrigados a respeitar os direitos individuais e suas garantias, ao que CELSO BANDEIRA DE MELLO aderiu ao afirmar que os direitos fundamentais do homem não foram elencados na Constituição apenas para serem formalmente reconhecidos, mas para serem concretamente efetivados⁹.

Toda a norma jurídica que restringir de alguma forma os direitos individuais assegurados na Constituição – **entre os quais o direito ao mandado de segurança** –, será inconstitucional porque estes – os direitos individuais – são mais importantes do que os recebidos pelo Estado para tributar. Estes últimos – os poderes de tributação – são indispensáveis ao Estado-sociedade, sim, mas não figuram explicitamente no rol de garantias, o que é coerente com a noção de que a Constituição tem por destino **garantir o cidadão contra o Estado organizado**. O Estado-sociedade exige que às inúmeras possibilidades de o Estado arrecadar seus tributos corresponda a garantia dos direitos do contribuinte, e quanto maior ou diversificada a carga tributária tanto mais se há de cuidar disso. HEINZ PAULICK afirma que “o moderno Direito Tributário já não

⁸ RUI BARBOSA bem apanhou a diferença entre a declaração e a garantia dos direitos individuais ao observar que “... no texto da lei fundamental, existem as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.” (citado por José Afonso da Silva in “Curso de Direito Constitucional Positivo.”, 2ª edição, pág. 292.

⁹ “Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social”, tese da 9ª Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil.

*conhece o súdito, que era um mero objeto da tributação. A atual administração financeira relaciona-se com o cidadão livre e emancipado, que possui, em virtude da Constituição, uma esfera jurídica própria, que exige ser respeitada, inclusive em todas as questões relativas à tributação.”*¹⁰

Assim, se a Carta Magna diz que “**conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo**”, não será uma lei ordinária, ou seu aplicador, que afirmará validamente em sentido contrário. Disso se conclui, sem sombra de dúvida, que, existindo o direito líquido e certo a ser protegido, como reconhecido em uma sentença concessiva da segurança, nenhum outro valor – *mesmo os interesses do erário público* - pode sobrepujar este direito garantido constitucionalmente no artigo 5º, inciso LXIX, da Carta de 1988. O artigo 4º da Lei nº 4.348/64, editado sob o calor do movimento militar, não pode subsistir frente ao texto da Constituição de 1988.

O artigo 109, VIII, da Constituição Federal, e os juizes federais de primeira instância.

Quem é competente para identificar o direito líquido e certo e conceder a segurança, assim garantindo o direito individual consagrado no inciso LXIX do art. 5º da Constituição? O art. 109, VIII, responde: “Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar: VIII – os mandados de segurança e os ‘habeas data’ contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;”

Assim, autoridade competente para identificar o direito líquido e certo do contribuinte federal, bem como para protegê-lo através do writ of mandamus contra autoridade pública federal, é **exclusivamente o juiz federal**

¹⁰ “La ordenanza tributaria de la República Federal Alemana. Su función y significado para el Derecho Tributario”, in Ordenanza Tributaria Alemana, trad. Espanhola de Carlos Palao Taboada, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1980, p. 36, referida e traduzida por Roque Antônio Carraza in “Curso de Direito Constitucional Tributário”, op cit pág. 251.

de primeiro grau, excetuados os casos expressos em que a matéria é da competência dos tribunais.

Ora, no momento em que o Presidente de um Tribunal, aplicando o texto contido no art. 4º da Lei nº 4.348/64, suspende os efeitos de segurança concedida por magistrado federal de primeiro grau, não apenas está negando o direito individual previsto no art. 5º, LXIX, como desautorizando está o juiz a quem a Carta Magna expressamente atribuiu, no art. 109, VIII, a tarefa de proteger o direito individual em comento.

Outras Críticas

Há, pois, duas singelas inconstitucionalidades na aplicação da malsinada Lei nº 4.348/64; a infração à garantia constitucional dada ao direito individual ao mandado de segurança, previsto no artigo 5º, inciso LXIX, superior a qualquer interesse do erário público, e o desrespeito ao artigo 109, inciso VIII, que retira dos juizes federais de primeiro grau a tarefa e/ou prerrogativa de serem os senhores da existência ou não do direito líquido e certo violado. Não obstante isso, ainda merece críticas o uso da vetusta Lei nº 4.348/64, que podemos resumidamente alinhar como:

a) “**Somatório**” de processos. A Fazenda Nacional justifica seus pleitos alegando a existência de grande número de processos idênticos. Ora, o risco de grave lesão à economia, de acordo com o próprio texto legal em comento, deve ser medido nos limites do próprio processo, e não do conjunto de processos similares. O próprio artigo 4º da Lei nº 4.348/64 assim confirma ao se referir não às *liminares* ou às *sentenças*, mas ao **singular** desses termos (liminar, ou sentença). Em parte alguma se autoriza interpretar como lesivo à economia pública “o **conjunto de processos similares**”. A lei é específica para o processo no qual se concedeu a liminar ou sentença cuja suspensão está em jogo, e estes são os limites aos quais a digna Presidência da Corte está adstrita ao apreciar a questão (até porque a interpretação, numa matéria que constitui exceção à regra

geral de cumprimento das decisões judiciais em mandado de segurança, não pode ser ampliativa).

b) A “lesão/desfalque do erário” : Diz a Fazenda Nacional, quando busca a suspensão da segurança, que esse somatório de processos acarreta grave lesão do erário público. A assertiva não se sustenta no caso das discussões envolvendo o artigo 3º da Lei nº 9.718/98 porque aí se está a falar em tributo novo (ou nova base de cálculo para tributos velhos, o que fiscalmente dá no mesmo). Se a sentença tivesse sido concedida contra um tributo já existente, com cuja arrecadação o erário contou em suas previsões orçamentárias perante os “organismos financeiros internacionais”, ainda se aceitaria o argumento. Mas, como é possível haver “prejuízo fiscal” se a sentença é concedida exatamente para permitir às impetrantes persistir pagando PIS e COFINS na modalidade até então vigente? Argumenta a Fazenda “... os graves problemas pelos quais passou a economia do País nos últimos tempos” e que “... o Estado não pode mais viver além de seus limites, gastando mais do que arrecada.” Ora, se tal é verdadeiro – e parece ser –, não menos certo é que o equilíbrio que afaste tal prejuízo fiscal deve ocorrer nos estritos limites constitucionais, reduzindo-se a despesa nos moldes constitucionalmente autorizados e aumentando-se a arrecadação tributária igualmente dentro dos limites constitucionais ao poder tributante. Parece acaciano, mas cumpre repetir que o alegado “prejuízo fiscal” não pode prevalecer sobre os direitos e garantias individuais constitucionalmente garantidos. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ensina que “o Estado de Direito é a consagração jurídica de um projeto político. Nele se estratifica o objetivo de garantir o cidadão contra as intemperanças do Poder Público, mediante prévia subordinação do poder e de seus exercentes a um quadro normativo geral e abstrato cuja função precípua é conformar efetivamente a conduta estatal a certos parâmetros antecipadamente estabelecidos como forma de defesa dos indivíduos.” ¹¹

A lição de CELSO BANDEIRA DE MELLO merece ser repetida exaustivamente até que se compreenda que só teremos um estado de direito democrático quando abandonarmos de vez a equivocada idéia da prevalência

¹¹ In “Controle judicial dos atos administrativos”, RDP Vol. 65, pág. 27.

dos interesses do erário sobre os direitos individuais, já que é justamente para a proteção e garantia destes que se editou a Constituição de 1988. Se o juiz federal de primeiro grau, no uso de sua competência constitucional expressamente prevista no artigo 109, VIII, identificou e fez cessar – por sentença - ato coator praticado por autoridade tributária federal contra contribuinte, nenhum outro interesse pode existir senão o de garantir o cumprimento de tal decisão.