



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS**

**DO BRASIL**, serviço público dotado de personalidade jurídica, regulamentado pela Lei 8.906, com sede no Edifício da Ordem dos Advogados, Setor de Autarquias Sul, Quadra 05, desta Capital, por meio de seu Presidente e do patrono signatário (**doc. 01**), vem, com fulcro no art. 102, inciso I, alínea “a”, e 103, inciso VII, ambos da CRFB, e nos termos da Lei nº 9.868/99, propor

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**  
**com pedido de medida cautelar**

tendo por objeto o art. 16, § 1º, da Lei nº 11.457/07, pelas razões que passa a aduzir.

**I – LEGITIMIDADE ATIVA**

A legitimidade ativa do Conselho Federal da OAB para propor a presente ação direta decorre do art. 103, inciso VII, da CRFB, bem como do art. 2º, inciso VII, da Lei nº 9.868/99 (LADIN).



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

Além disso, é incontroverso o entendimento tanto jurisprudencial<sup>1</sup> quanto doutrinário<sup>2</sup> de que a legitimidade que ostenta é universal, isto é, que goza de ampla prerrogativa de questionar a validade jurídico-constitucional de leis emanadas do Poder Público, independentemente do conteúdo material desses atos estatais e sem as restrições decorrentes do vínculo objetivo da pertinência temática.

## **II – DISPOSITIVO DE LEI IMPUGNADO**

O dispositivo de lei impugnado na presente ADIn é o § 1º do art. 16 da Lei nº 11.457/07 (**doc. 02**), *in verbis*:

### Capítulo II

#### Da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Art. 16. A partir do 1º (primeiro) dia do 2º (segundo) mês subsequente ao da publicação desta Lei, o débito original e seus acréscimos legais, além de outras multas previstas em lei, relativos às contribuições de que tratam os arts. 2º e 3º desta Lei, constituem dívida ativa da União.

§ 1º. A partir do 1º (primeiro) dia do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da publicação desta Lei, o disposto no *caput* deste artigo se estende à dívida ativa do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE decorrente das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei.

(*omissis*)

---

<sup>1</sup> *Exempli gratia*: ADIn 3-DF, Relator Ministro Moreira Alves (RTJ 142/363); ADIn 571, Relator Ministro Marco Aurélio (DJ 26.02.93, pág. 2.355); ADIn 949-DF, Relator Ministro Sydnei Sanches (DJ 12.11.93, pág. 24.023), ADIn 982, Relator Ministro Ilmar Galvão (DJ 06.05.94, pág. 10.485); ADIn-ED 363-SC, Relator Ministro Sydnei Sanches (DJ 18.10.96, pág. 39.857).

<sup>2</sup> Do qual colham-se, por todos, CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pág. 165; e BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 141.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

Como se vê, a norma impugnada fixa o dia 1º de abril de 2008 como termo para a transferência **integral** do acervo da dívida ativa do INSS e do FNDE para a União e, por conseguinte, para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional<sup>3</sup>.

A criação da Super-Receita, objeto da Lei em escopo, foi dividida em duas etapas. A **fase I**, prevista no *caput* do art. 16, implicou a transferência dos créditos tributários constituídos porém não inscritos em dívida ativa do INSS e do FNDE. A **fase II**, prevista no § 1º do mesmo art. 16, compreende a transferência de todo o acervo da dívida ativa, incluindo o sistema informatizado de controle dos créditos tributários nela inscritos, os processos administrativos a estes referentes, os dossiês ou processos administrativos de acompanhamento de processos judiciais deles decorrentes, e os processos judiciais em que se discutam esses créditos.

O objeto de impugnação da presente ADIn, como já se disse, é o § 1º do art. 16 da Lei nº 11.457/07 — e, portanto, a **fase II** da implantação da Super-Receita.

### **III – O QUADRO FÁTICO SUBJACENTE**

#### **III.A – DOS PROBLEMAS ESTRUTURAIS DA PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL – PGFN**

Fosse o relato que está por vir executado em um palco, o cenário que iria ser descortinado surpreenderia o espectador, testemunha ocular do

---

<sup>3</sup> Conforme previsto no art. 131, § 3º, CRFB, e no art. 12 da Lei Complementar nº 73/93.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

desmoronamento da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, instituição com matriz constitucional, responsável pela captação de recursos materiais para o provento do Estado a que serve e pelo qual é aviltada ano a ano, década a década.

A PGFN opera já há algum tempo com absoluta sobrecarga de atividades, além de infra-estrutura precária e carência de recursos humanos e materiais.

Dentre as principais deficiências vivenciadas pelo órgão, citam-se a ausência de carreira de apoio e também de Procuradores em número suficiente para o desenvolvimento de um núcleo mínimo de atividades essenciais, a inexistência de sistemas de informática que permitam realizar operações fundamentais de controle da Dívida Ativa, a precariedade das instalações físicas, inclusive no que tange ao arquivamento de processos sujeitos a sigilo fiscal e mesmo à acomodação de servidores administrativos e Procuradores.

São afirmações que se constroem com esteio na realidade e não em meros juízos de especulação. Esse quadro caótico é tão visível que já foi identificado pelo Tribunal de Contas da União – TCU, que, em 2003, já acusava a carência de recursos humanos e o absurdo volume de trabalho que ocupava os Procuradores da Fazenda Nacional<sup>4</sup> (**doc. 03**)

---

<sup>4</sup> Parecer TCU nº 122/03. 28.02.2003

**Ementa:**

Auditoria Operacional. AGU. PGFN. Justiça Federal. Avaliação do sistema de recuperação de créditos da União. Falta de integração entre os sistemas de informatização. Problemas enfrentados pelo Programa de Recuperação Fiscal - REFIS. Dupla vinculação da PGFN. Órgãos executores dos créditos em duplicidade. Dificuldade de citação e penhora de bens de devedores. Ausência de medidas eficazes para priorização da execução de grandes devedores. **Carência de recursos humanos.** Determinação. Recomendação. Ciência ao Congresso Nacional. Ajuizamento dos créditos da União e aplicação da Lei de Execuções Fiscais. Análise da matéria.

(....)

2.Recursos humanos e materiais alocados à recuperação dos créditos da União

2.1.Pequeno contingente de servidores na Procuradoria Geral da Fazenda Nacional

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional passava, à época da auditoria, por dificuldades na execução de sua atividade-fim, a recuperação dos créditos inscritos na Dívida Ativa da União, **em razão da falta de recursos humanos.** Esse problema atingia tanto **o quadro de servidores que atuavam diretamente na execução judicial, os Procuradores da Fazenda Nacional, quanto os**



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

Ao contrário do que se poderia supor, os apontamentos reportados pelo TCU não constituíram razão bastante para que a União acrescesse a PGFN, suprindo-lhe as necessidades com o indispensável suporte estrutural.

Esse quadro de **desmanche** da estrutura jurídica da Administração Tributária federal foi objeto de representação ao Ministério Público Federal, protocolada na PGR/DF em 01.09.06 (**doc. 04**) — a qual se encontra em apreciação perante o *Parquet* federal.

E — ainda na contra-mão da mais cartesiana das lógicas —, mesmo com uma estrutura estática, a PGFN foi lembrada mais de uma vez pelo legislador, que atribuiu a ela novas competências. Apenas com o fito de figurar o fenômeno, para além da Lei nº 11.457/07 (Super-Receita), que compõe o objeto desta ADIn, **a Lei Complementar nº 123/06 conferiu à PGFN a até então inédita atribuição de recuperação de créditos estaduais e municipais,**

---

**servidores da área de apoio, que exercem as tarefas atinentes à cobrança administrativa desses créditos.**

No caso dos procuradores, verificou-se que, de um quadro de 369 (trezentos e sessenta e nove), havia nessa época apenas 235 (duzentos e trinta e cinco) atuando na área judicial em todo o país, o que leva à existência de **11.468 ações judiciais sob os cuidados de cada um desses servidores**. Nos Estados de São Paulo e Rondônia, essa média era **superior a 25.000 processos**.

Diante disso, o desempenho das atividades inerentes a essa competência institucional estava seriamente comprometido. Estava **prejudicada**, também, **a qualidade das petições** relativas à propositura de execuções fiscais e à impugnação de embargos, bem como o ajuizamento de outras medidas judiciais, pois os procuradores atuavam quase que exclusivamente no atendimento tempestivo de ordens e sentenças judiciais.

A posse de novos procuradores atenuaria o problema, uma vez que permitiria, além da drástica redução do quantitativo de processos por procurador, o aumento da sua presença nas Varas de Execução Fiscal, acompanhando e agilizando as ações. Seria necessário, também, aumentar o quantitativo de juízes de Primeira Instância, já que só o equilíbrio em todo o sistema possibilitaria a obtenção de resultados efetivos.

**A deficiência de pessoal na área de apoio prejudica as atividades** afetas à cobrança administrativa dos créditos inscritos na Dívida Ativa da União, desde o atendimento ao contribuinte, passando pela inscrição manual de créditos de outras origens e chegando ao parcelamento dos créditos. Compromete também a execução judicial, pois a maior parte das Procuradorias Estaduais e Seccionais **não conta com um setor administrativo** que efetue a conferência dos cálculos relativos às sentenças judiciais, bem como aos respectivos Documentos de Arrecadação de Receitas Federais (DARF) de recolhimento dos débitos. (grifou-se)



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

consubstanciados no Simples Nacional<sup>5</sup>. Repita-se: atribuições dinâmicas, que respeitam progressões geométricas, para estruturas estáticas e precárias.

De mais a mais, o acúmulo de trabalho que acomete os Procuradores da Fazenda Nacional chegou a servir de fundamento para que o direito ao *pleno* gozo de férias não fosse a eles deferido por essa ínclita Corte Constitucional, em voto da lavra de sua eminente Presidente, quando do julgamento da Suspensão de Segurança nº 3.423, em trecho que deve ser lembrado:

*“Verifico, ainda, a ocorrência da grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, dado que a fruição de 60 (sessenta) dias de férias anuais trará sérios prejuízos ao regular exercício das atribuições institucionais da Procuradoria da Fazenda Nacional, **cujas unidades normalmente atuam com escasso número de procuradores e sobrecarga de trabalho.**” (Grifou-se)*

Ainda que essas incursões sejam altamente persuasivas, nada mais eloqüente do que números para demonstrar a importância republicana da PGFN, como também a dimensão do seu colapso institucional.

De acordo com o Relatório Anual de Gestão de 2006 (**doc. 05**), elaborado pela própria PGFN, hoje há 1.352 (mil trezentos e cinquenta e dois) membros na Instituição. Ainda segundo esse mesmo relatório, naquele

---

<sup>5</sup> Art. 41. À exceção do disposto no § 3º deste artigo, **os processos relativos a tributos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional serão ajuizados em face da União, que será representada em juízo pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.**

§ 1º Os Estados, Distrito Federal e Municípios prestarão auxílio à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em relação aos tributos de sua competência, na forma a ser disciplinada por ato do Comitê Gestor.

§ 2º Os créditos tributários oriundos da aplicação desta Lei Complementar serão apurados, inscritos em Dívida Ativa da União e cobrados judicialmente pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

§ 3º Mediante convênio, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional poderá delegar aos Estados e Municípios a inscrição em dívida ativa estadual e municipal e a cobrança judicial dos tributos estaduais e municipais a que se refere esta Lei Complementar.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

exercício havia 7.362.759 (sete milhões, trezentos e sessenta e dois mil, setecentos e cinquenta e nove) débitos inscritos na Dívida Ativa da União (**doc. 05**, pág. 33), entre ajuizados e não ajuizados. A simples razão entre estes dados dá conta de que, **nos dias que correm**, a média de inscrições em Dívida Ativa da União por Procurador da Fazenda Nacional é da ordem de 5.450 (cinco mil, quatrocentos e cinquenta).

Embora a penúria material seja de fácil suposição, ainda é possível manejar novas informações. Sem esforço, verifica-se que a conjectura logo ganha a dramaticidade dos fatos.

Sempre com arrimo na sobredita base de dados<sup>6</sup>, a mais idônea possível, conquanto aviada pela própria PGFN, constata-se que em 2006 havia R\$ 401.678.658.155,33 (quatrocentos e um bilhões, seiscentos e setenta e oito milhões, seiscentos e cinquenta e oito mil, cento e cinquenta e cinco reais e trinta e três centavos) inscritos na Dívida Ativa da União. Se este número fosse dividido pela quantidade **atual** de profissionais em exercício – com isso estabelecendo uma média linear – chegar-se-ia à incrível quantia de **R\$ 297.099.599,23** (duzentos e noventa e sete milhões, noventa e nove mil, quinhentos e noventa e nove reais e vinte e três centavos) por Procurador da Fazenda Nacional<sup>7</sup>.

Esses números deixam entrever pelo menos duas conclusões. Em primeiro lugar, é lancinante o estoque da Dívida Ativa da União. Logo em seguida, é de se observar que, se o Estado tem interesse e vocação para recuperar o crédito que pertence à sociedade brasileira — e nem mesmo a mais inconseqüente das digressões mentais poderia informar o contrário — **seria**

---

<sup>6</sup> Relatório Anual de Gestão de 2006.

<sup>7</sup> Note-se que ao referir uma média linear tem-se um resultado, em larga medida, conservador. Nem todos os Procuradores da Fazenda Nacional trabalham diretamente com a arrecadação. Há aqueles que desempenham funções jurídicas outras, como, *exempli gratia*, a imprescindível incumbência de prestar consultoria ao Ministério da Fazenda em todas as matérias que lhe são afetas. Portanto, abstraindo-se os profissionais que não militam com o propósito direto de arrecadar, a média renunciada seria ainda mais contundente.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

necessário aparelhamento material. O modo verbal, posicionado no futuro do pretérito (aquilo que tinha tudo para ser, mas não foi), denuncia que a falta deste quesito é a principal carência da PGFN.

Se o grande contribuinte resolvesse dedicar atenção a determinada causa de natureza tributária que possa repercutir no exercício da sua vida civil ou empresarial, teria à sua disposição uma verdadeira constelação de bancas de advogados, muitos dos quais que há tempos formam o escol catedrático das letras jurídicas no País.

Nesse quadrante, impensável imaginar que qualquer causídico de elite, ao longo de sua militância, louve-se da mais aquilatada técnica prescindindo de estrutura material, sem o que o exercício de sua arte é simplesmente improvável.

Noutro giro, mas ao redor do mesmo epicentro — vale dizer, a causa de natureza tributária que mereceu a melhor cautela do contribuinte —, estará a PGFN.

A sua atuação estará sempre animada pela tutela do interesse público. É dever seu defender o crédito tributário da União, inexistindo margens para que deixe de fazê-lo conforme o seu alvedrio. Sendo a PGFN a verdadeira curadora do crédito público federal, o mínimo que se poderia esperar de sua patrocinadora e maior interessada — a União — seria a adequada estruturação material, tal qual se dá invariavelmente com seus adversos.

Portanto, para além da qualificação jurídica, se é possível falar-se em arsenal de recursos em matéria de contencioso tributário, a melhor identificação desta característica estaria no aparelhamento organizacional existente para o exercício da advocacia, seja ela pública ou privada. Nada obstante, é notável que o arsenal de que dispõe a PGFN não passa de **rudimentos inermes** se tomado



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

pela perspectiva dos recursos de que dispõem os contribuintes. **Não há paridade de armas, apesar de o objeto em disputa ser o crédito público.**

Sem embargo do fenecimento institucional, que corre à conta da União, a PGFN, com muitas dificuldades, vem sobressaindo nas lides judiciais, formulando e tornando vitoriosas teses de enorme impacto para a subsistência do Estado brasileiro.

Prova recente e expressiva do que se afirma verifica-se na qualidade da defesa da União desempenhada nos Recursos Extraordinários 353.657/PR e 370.682/SC, relatados, respectivamente, pelos preclaros ministros Marco Aurélio de Mello e Ilmar Galvão. Todos os debates nesses recursos orbitaram em torno da possibilidade ou não do aproveitamento jurídico do crédito originado do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) em operações antecedentes não tributadas ou submetidas à alíquota-zero. Concluído o julgamento, a PGFN logrou demonstrar não só que o posicionamento ao qual esta Excelsa Corte estava inclinada merecia revisão, como também que os efeitos da mudança de inteligência sobre a aplicação da lei deveriam ser prospectivos.

Caso ainda mais contundente se deu no âmbito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do crédito-prêmio do IPI, no Recurso Especial nº 738.689-PR<sup>8</sup>.

Ainda nessa perspectiva da qualidade do trabalho jurídico prestado pelos Procuradores da Fazenda Nacional, a associação que lhes representa — o Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional — SINPROFAZ —, em bem avalizado estudo, intitulado “Os números da Procuradoria-

---

<sup>8</sup> Ao deixar de restituir os exportadores, a União preservará em favor da sociedade brasileira valor estimado em R\$ 200.000.000.000,00 (duzentos bilhões de reais) nos próximos dez anos.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

Geral da Fazenda Nacional” (**doc. 06**), dedicou-se à profunda garimpagem dos resultados decorrentes da atuação de seus filiados.

Para que se possa figurar a persuasão dos números:

- (i) com espeque nos relatórios de Gestão da União, apurou-se que nos últimos oito anos foi granjeada para os cofres da União a impressionante quantia de R\$ 243.000.000.000,00 (duzentos e quarenta e três bilhões de reais) (**doc. 06**, pág. 5);
- (ii) nos anos de 2005 e 2006 a PGFN custou módicos 0,57% (zero vírgula cinqüenta e sete por cento) dos valores que recuperou em favor do Erário. É o mesmo que dizer que o órgão devolveu à União R\$ 175,32 (cento e setenta e cinco reais e trinta e dois centavos) para cada R\$ 1,00 (um real) investido (**doc. 06**, pág. 6);
- (iii) no ano de 2006, havia uma média de 9.610 (nove mil seiscientos e dez) processos por Procurador da Fazenda Nacional (**doc. 06**, pág. 8).

Se com aporte material tão tímido a PGFN produz frondosos resultados em benefício da sociedade, cumprindo, **até aqui**, com primazia seus desideratos constitucionais, é de se cogitar que, com o aperfeiçoamento de suas estruturas, possa aquele órgão arvorar ainda mais a arrecadação. A par disso, poderia fazer frente à miríade de destacados advogados particulares que, ancorados em suportes profissionalizados de trabalho, diligenciam na defesa dos interesses de contribuintes.

Para que não se diga que o cotejo é infundado, por contrapor a iniciativa privada à pública, o contraste persiste após a sobreposição de experiências de mesmo matiz. Os paradigmas agora passam a ser as outras carreiras jurídicas de Estado, mais especificamente a Procuradoria Geral da República e a Magistratura Federal.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

Ao contrário de membros do Ministério Público ou mesmo da Magistratura Federal, os Procuradores da Fazenda Nacional não contam com assessores ou auxiliares jurídicos para o desempenho do seu mister constitucional. Inexistem analistas ou oficiais incumbidos de coadjuvar no desempenho de atividades endereçadas à localização de bens e pessoas em executivos fiscais. **Nesta tragédia todos os papéis estão resumidos em um único protagonista: o Procurador da Fazenda Nacional.**

O máximo que a Instituição propicia aos seus membros são 532 (quinhentos e trinta e dois) estagiários, espalhados, de forma irregular, ao longo de todas as projeções da PGFN (**doc. 06**). Repetindo a mesma e trivial operação aritmética já ensaiada, é dado concluir que a média é de 0,4 (zero vírgula quatro) estagiários por Procurador. É tudo o que o Estado amparado pelo *expertise* deste profissional lhe reserva para a consecução de suas atividades cotidianas.

Além da uma marca que tangencia o zero absoluto em matéria de auxílio técnico juridicamente qualificado (menos que meio estagiário por Procurador), não pode faltar a informação de que os disputados acadêmicos servem à PGFN somente por meio período. À toda evidência, o que existe é a singela soma de boas-vontades, o que é muito diferente da profissionalização de uma estrutura de apoio qualificado, elementar à proteção do interesse público.

No particular, tendo novamente como alicerce o estudo anexo, “Os números da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional” (**doc. 06**), é possível estabelecer uma relação entre o aumento da litigiosidade e a investidura de Juízes Federais e do Trabalho.

À elevação do número de processos, o Poder Judiciário responde com a criação de novas varas. Tendo ainda como paradigmas a Justiça



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

Federal e a Justiça do Trabalho, observa-se que em 2003 havia 1.662 (mil seiscentas e sessenta e duas) varas. Em três anos esse número cresceu rapidamente, chegando a 2.107 (duas mil cento e sete) varas<sup>9</sup> (**doc. 06**, pág. 8), circunstância que guarda proporção direta com o acúmulo de processos estocados, muitos deles — certamente a maioria — com a União, litigante contumaz que é, em um dos pólos.

Em 2003 um Juiz Federal ou um Juiz do Trabalho tinha sob seus auspícios uma média de 4.785 (quatro mil, setecentos e oitenta e cinco) processos. Um Procurador da Fazenda Nacional respondia por 5.530 (cinco mil quinhentos e trinta). Três anos mais tarde, em 2006, cada um dos sobreditos julgadores tinha sob a égide de sua toga 7.634 (sete mil, seiscentos e trinta e quatro) processos. **Por outro lado, desatendido por auxiliares e não contando nem mesmo com a metade de um estagiário, na solidão de seu gabinete, estava o Procurador da Fazenda Nacional, oficiando em 9.610 (nove mil, seiscentos e dez) processos judiciais.**

De parte a parte, a carga de trabalho é desumana, não há dúvidas. Trata-se de circunstância que pode ser amenizada ou agravada, conforme haja ou não estrutura mínima para o bom ofício das funções essenciais à Justiça, dentre as quais se insere a PGFN, ao lado do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Poder contar com uma Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional bem aparelhada, muito mais do que um aspecto de subsistência de um Estado Social-Democrata, é questão de **justiça fiscal**.

Onera-se a sociedade brasileira, cada dia mais, com a elevação da carga tributária, mediante o manejo de alíquotas e bases de cálculos,

---

<sup>9</sup> A Lei nº 10.772, de 21 de novembro de 2003, criou 183 novas Varas Federais.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

bem como pela criação de novos tributos, muitos deles com feições teratológicas. Calharia à União reverter tão peculiar engenho criativo na arquitetura e modernização do modelo de administração fazendária que lhe serve.

Com mecanismos eficientes e com técnicas apuradas de arrecadação, a perversidade da carga tributária revelar-se-ia um **falso problema**. Bastaria ao Estado debruçar-se sobre especialização dos seus órgãos de arrecadação, com diferenciado destaque à PGFN, para que fomentasse o Erário com maior competência.

Após a apresentação e inter-relação de tantos dados, retoma-se a referência feita no intróito deste tópico, que dizia com um invulgar espetáculo, capaz de pasmar o espectador já no primeiro ato.

O estarecido e indignado espectador acima mencionado não é outro senão o **cidadão brasileiro**. O mesmo que é exposto à urdidura da legislação tributária cuja inteligência lhe é pouco acessível; aquele que recolhe pontualmente suas exações fiscais, fiando-se na gestão responsável dos recursos que provê à União, dela esperando, ao menos, a devida contrapartida; por fim, o cidadão honesto que sofre a incidência do poder fiscalizador, sempre obediente ao direito posto.

Todavia, a platéia é variada. Ao lado do assombrado contribuinte que age com retidão fiscal projeta-se a figura efusiva do **sonegador**, a aplaudir com exaltação o estado de ruína da secular Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, vendo cada vez mais facilitadas suas manobras de evasão fiscal e o seu locupletamento sobre a sociedade que deveria custear e pela qual é custeado.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

Naturalmente, é com o assombro e indignação do primeiro que a Corte Constitucional da República haverá de compreender todas as vicissitudes que impedem a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional de assimilar, neste momento, todos os efeitos da Lei nº 11.457/07, que instituiu a chamada “Super-Receita”, que será objeto de minudentes observações nos próximos articulados.

**III.B – DA LEI Nº 11.457/07**

Registre-se, desde logo, que não se trata de um manifesto de repúdio à Lei nº 11.457/07, que pretendeu veicular o princípio da maior especialização administrativa. Também não se trata de colocar em discussão as escolhas da Administração Pública, de todo discricionárias, balizadas pela conveniência e oportunidade.

A bem da verdade, a Lei nº 11.457/07 representou um inegável avanço na organização da Administração Fazendária. Pretendeu, a um só tempo, desburocratizar a arrecadação, sem comprometer a eficiência, e promover facilidades ao contribuinte, mediante a concentração de atribuições administrativas em órgãos especializados.

Tais propósitos restam cristalinos na Mensagem nº 807/05 do Presidente da República ao Congresso Nacional<sup>10</sup> (**doc. 07**).

---

<sup>10</sup> “5. As vantagens dessa mudança de paradigma se refletirão: no aumento do efetivo da força de trabalho, **na eficiente prestação de serviços demandados pela sociedade, bem assim no eficaz combate à sonegação, ao descaminho e a toda sorte de evasão fiscal**; na visão integral que a



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

Especificamente no que respeita à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a Lei nº 11.457/07 significou a transferência de toda a atribuição tributária em matéria previdenciária e também a relativa ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação que hoje compete à Procuradoria-Geral Federal.

Com bastante clareza, o que se tem é o genuíno propósito de rever o modelo da Administração Tributária, tornando mais robusta a sua presença na estrutura organizacional do Estado.

O recrudescimento da musculatura estrutural da PGFN redundou na criação de 1.200 (mil e duzentos) novos cargos. **Imperioso notar, todavia, que os referidos cargos foram concebidos, precipuamente, para reerguer a já combalida PGFN, ficando secundada a recepção do estoque previdenciário originário da Procuradoria-Geral Federal.**

A questão foi assim apresentada pelo Presidente da República na Mensagem encaminhada às Casas parlamentares<sup>11</sup>:

**“18. A criação de cargos e unidades seccionais no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional decorre da premente necessidade de se atender ao**

---

*Secretaria da Receita Federal do Brasil terá sobre todo o processo tributário, sobre o sujeito passivo e seus atos jurídicos, **oferecendo-lhe, por via de consequência, solução imediata e conclusiva das questões tributárias; na economia de tempo e precisão nas informações que o contribuinte terá ao obter, numa única administração tributária, os esclarecimentos que necessita; na redução dos custos – tanto da administração tributária (custo público) quanto ao sujeito passivo (custo privado) – acarretada pela **simplificação de processos**, pela **uniformidade da legislação e de procedimentos** e, ainda, **pela racionalização de estruturas administrativas**, do fisco e do sujeito passivo; e, finalmente, no fato de que o MPS [Ministério da Previdência Social] cuidará da sua atividade fim que é a área de benefícios, podendo, assim, melhor estruturar-se e especializar-se, aumentando a qualidade do seu atendimento.”** (Grifou-se)*

<sup>11</sup> Mensagem nº 807/05.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

**volume desproporcional de serviço a que está submetido o órgão, situação agora reforçada pelas já referidas novas atividades que lhe advirão com a reorganização da administração fazendária da União.**  
(...)” (Grifou-se)

Ademais, verifica-se que os cargos criados, antes de atrelarem-se às novas competências administrativas de representação judicial, resultaram do esforço do Poder Executivo de responder à maior penetração da Justiça Federal ao longo do território nacional<sup>12</sup>.

Mais uma vez a Mensagem nº 807/05 do Presidente da República ao Congresso Nacional diz muito:

*“20. Corresponde a proposta, ainda, ao equivalente necessário da recém editada Lei nº 10.772, de 21 de novembro de 2003, que criou 183 Varas Federais destinadas, precipuamente, à interiorização da Justiça Federal de Primeiro Grau e à implantação dos Juizados Especiais no País. **Antes mesmo da edição da referida Lei, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional já contava com um déficit de trinta municípios com Varas Federais instaladas sem a equivalente presença de unidades seccionais. Com o novo quadro jurídico, a situação se tornou insustentável.**”*  
(Grifou-se)

Dito de outra forma, a criação dos 1.200 (mil e duzentos) cargos e das novas seccionais pouco se relaciona com as novas atribuições incumbidas à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Nitidamente, procuraram imprimir algum impulso para que o órgão pudesse acompanhar, num esforço**

---

<sup>12</sup> No ponto, relembra-se a anotação apresentada no tópico anterior, estabelecendo-se uma proporção direta entre a criação de varas judiciais e o volume de trabalho suportado pelos membros da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

**hercúleo e inglório, a velocidade do crescimento do Poder Judiciário e o afã da União em litigar.**

Além disso, na mesma Mensagem enviada pelo Presidente da República ao Congresso Nacional ficou evidente que o Poder Executivo deveria, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a partir da publicação da Lei, encaminhar ao Congresso Nacional projeto de lei tratando dos cargos, da lotação, da remuneração, do exercício e da situação funcional dos servidores oriundos do Ministério da Previdência Social<sup>13</sup>. Nada obstante, o assunto continuou sendo negligenciado, sendo certo que a PGFN segue sem poder contar com quadro de apoio.

Diante desse quadro, **além da franca necessidade de o Poder Executivo cuidar da criação de cargos administrativos**, o que se tem é a premência de serem providos os 1.200 cargos de Procurador da Fazenda Nacional criados pelo art. 18 da Lei nº 11.457/07, bem assim a instalação das 120 seccionais da PGFN, conforme o art. 19 da mesma lei.

Não se fala, no caso em apreço, da **estrutura ideal**, mas sim da **estrutura mínima**, que é aquela prevista nos arts. 18 e 19 da Lei nº 11.457/07. Não se fala, também, no exercício de atividade legiferante ou de inovação no sistema normativo. **Fala-se, sim, na pronta aplicação de normas pré-existentes (arts. 18 e 19), a deferir à PGFN um perfil institucional mínimo que**

---

<sup>13</sup> “14. Em relação aos demais servidores, houve, também, a preocupação em contemplar suas situações, fixando aqueles oriundos do Ministério da Previdência Social na Secretaria da Receita Federal do Brasil, ou **na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**, conforme as atividades que os mesmos exercem atualmente, e **determinando o encaminhamento, por parte do Poder Executivo, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a partir da data de publicação desta Lei, que encaminhe ao Congresso Nacional projeto de lei tratando dos cargos, da lotação, da remuneração, do exercício, bem assim da situação funcional destes servidores.**” (Grifou-se)



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

**Ihe permita reajustar o seu déficit humano ao contingente de trabalho já apurado quando da concepção da norma e certamente agravado pela eficácia dela, dado o trespasse de competências e atribuições administrativas.**

**Sem que TODOS os novos cargos criados pelo art. 18 da Lei nº 11.457/07 sejam providos e as seccionais criadas pelo art. 19 sejam instaladas, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional não se verá apta para atuar na representação judicial dos processos advindos da Procuradoria Geral Federal.**

A transferência de atribuições administrativas, releva dizer, foi programada em dois momentos, quais sejam:

- a) **fase I** (art. 16, *caput*) – num primeiro instante, em 01.05.07, foram transferidos os créditos tributários previdenciários não-inscritos em Dívida Ativa; e
- b) **fase II** (art. 16, § 1º) – num segundo instante, em **01.04.08**, serão transferidos todos os créditos tributários inscritos em Dívida Ativa do INSS e do FNDE.

Portanto, o art. 16, cuja constitucionalidade está sendo colocada à prova, tem, neste momento, eficácia parcial. Em 1º de abril de 2008 será implementada a transferência legal dos créditos inscritos na Dívida Ativa do INSS e do FNDE, **sem que a já mencionada estrutura mínima pudesse ser instalada na PGFN.**

Está em evolução concurso público para o provimento de 250 (duzentos e cinqüenta) cargos de Procurador da Fazenda Nacional (**doc. 08**). Frise-se, porém, que **o número de vagas previstas no certame em progresso**



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

**nem de longe perfaz o quantitativo plasmado no art. 18 da Lei nº 11.457/07.**

Além disso, no momento em que for ultimado o transplante de atribuições administrativas — a partir de 1º de abril de 2008 — os Procuradores da Fazenda Nacional vindouros ainda não estarão investidos nos cargos, conquanto o concurso sequer tenha sido concluído.

Verifica-se, pois, que o certame em progressão nem satisfaz a Lei em sua completude, perpetuando a desestruturação da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, nem assegura o pronto provimento dos cargos oferecidos. **Tudo, é necessário que se diga, porque a *vacatio legis* indireta, de 1 (um) ano, imposta pelo art. 16, § 1º, da Lei nº 11.457/07 não foi utilizada pelo Poder Público, que deixou de urgenciar as medidas necessárias à estruturação daquele órgão em ordem a receber os novos desideratos.**

A inércia do Administrador rendeu à norma sua **inconstitucionalidade circunstancial**, pois, sem que os 1.200 (mil e duzentos) cargos sejam efetivamente providos, a PGFN ver-se-á circunstancialmente incapacitada de realizar o seu ofício constitucional. O mesmo se diga em relação à instalação das 120 novas seccionais. É crônico o risco de a representação judicial da União restar comprometida, pela já abordada falência estrutural, que poderá ser ainda mais agravada se todos os efeitos do art. 16 forem concretizados neste momento.

A situação inspira cuidados. Mas nem a evidência dos fatos inspirou o administrador a acautelar o impacto derivado da eficácia do art. 16, § 1º, da Lei nº 11.457/07. Curioso o fato de o SINPROFAZ ter esboçado preocupação com o gravame que se avizinha, fazendo as vezes da própria Administração Federal, interessada imediata na otimização da Administração Fazendária, como tão



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

alardeado na Mensagem nº 807/05 do Presidente da República dirigida ao Congresso Nacional.

Tanto isso é verdade que, além de provocar o controle concentrado de constitucionalidade — ADIn nº 4.064/DF, Relator Ministro Celso de Mello —, o SINPROFAZ manejou Protesto Judicial em face do Procurador-Geral da Fazenda Nacional (**doc. 09**). Naquele documento foi esboçado o impacto da pronta recepção das novas atribuições pelos seus filiados. Mais uma vez, o que se pretendeu foi prevenir responsabilidades, sem repudiar a norma em si, mas as condições materiais em que ela se instala.

Portanto, a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, em essência, baseia-se nas **SÉRIAS E JURÍDICAS PREOCUPAÇÕES** quanto à impossibilidade administrativa, nas condições atuais, de as Unidades da PGFN assumirem de imediato o grande acréscimo de trabalho a ser suportado a partir de ABRIL do corrente ano, quando se dará a assunção de todo o passivo tributário resultante da criação da Super-Receita.

O raciocínio que se pretende imprimir na hipótese em apreço é o de que o referido dispositivo legal, artigo 16, § 1º, a Lei nº 11.457/07, sendo norma estruturante de competência material, entrará efetivamente no sistema normativo sem a devida constitucionalidade. **Sua constitucionalidade, em verdade, está condicionada à implementação das seguintes condições, que conferem o núcleo mínimo de eficácia da norma:**

- a) provimento dos 1.200 (mil e duzentos) cargos de Procurador da Fazenda Nacional criados pelo art. 18 da Lei nº 11.457/07;



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

- b) instalação das 120 seccionais da PGFN, conforme previsto no art. 19 da mesma lei; e
- c) publicação de lei tratando dos cargos, da lotação, da remuneração, do exercício e da situação funcional dos servidores oriundos do Ministério da Previdência Social, conforme previsto no parágrafo 14 da Mensagem nº 807/05 do Presidente da República ao Congresso Nacional.

A hipótese é de norma **ainda inconstitucional**, cujos fundamentos serão melhor desenvolvidos no tópico seguinte.

#### **IV – A INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO LEGAL EM QUESTÃO**

##### **IV.A – INTRODUÇÃO**

A hipótese que ora se apresenta a essa Corte Suprema traz um dado peculiar e que nunca antes foi examinado em sede de controle abstrato. Explica-se, a seguir.

A Lei em que se insere o dispositivo impugnado consubstancia real e significativo avanço no segmento da realidade social por ela disciplinado. A criação da Super-Receita, de fato, é uma medida extremamente necessária, esperada e festejada, com a qual o Poder Público andou muito bem no sentido de aperfeiçoar a Administração Tributária.

Além disso, merece destaque o dado de que o projeto de lei da Super-Receita foi aprovado por ampla maioria no Congresso, em suas duas Casas.

De se anotar, igualmente, que a **fase I** da implementação da Super-Receita vem transcorrendo sem maiores sobressaltos.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

Não obstante, a **fase II** — que compreende a transferência das atribuições hoje inerentes à Procuradoria-Geral Federal para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional em **01.04.08**, conforme ordenado no dispositivo especificamente impugnado nesta ADIn —, representará a antítese do que se buscou com a fusão das estruturas da Administração Tributária federal (SRF e PGFN) com a Administração Tributária previdenciária (SRP e PGF), haja vista que a PGFN, como exposto anteriormente, não apresenta condições mínimas de suportar as novas atribuições em questão.

Consubstancia-se, assim, um verdadeiro paradoxo. Por um lado, caso se subtraia a Lei em questão do ordenamento jurídico, voltar-se-á a uma situação pior do que a que se tem hoje com a sua vigência — a inexplicável distribuição da Administração Tributária federal em dois órgãos de arrecadação, a SRF e a SRP, e em dois órgãos de execução, a PGFN e a PGF. E, por outro lado, caso se mantenha em vigor o dispositivo específico ora impugnado, chegar-se-á igualmente a uma situação pior que a anterior e mesmo que a atual: o completo caos na Administração Tributária federal unificada.

A situação peculiar e inédita em seara de controle abstrato de constitucionalidade que se apresenta é justamente esta: a norma em cotejo, art. 16, § 1º, da Lei nº 11.457/07, é **circunstancialmente inconstitucional**, em face do quadro fático que lhe é subjacente, e porém, sem embargo disso, a lei em que se insere essa norma representa um avanço tal no escopo jurídico por ele regulado que se torna imperativo **preservá-la**.

Em suma, a hipótese dos autos desafia uma decisão que, a um só tempo, sane o vício de inconstitucionalidade e preserve a deliberação democrática majoritária e validamente tomada pelo Poder Legislativo, por iniciativa do Poder Executivo, historicamente ansiada pela sociedade brasileira.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

Cabe a esse Pretório Excelso, assim, uma vez mais demonstrar que o controle de constitucionalidade adotado no Brasil possui o mais rico e criativo sistema do mundo, aberto de forma crítica a receber soluções consagradas em outros países, porém acima de tudo auto-poético, isto é, capaz de criar suas próprias soluções.

A propósito, é de se remarcar que esse Supremo Tribunal Federal nitidamente não mais perfilha a clássica doutrina kelseniana, segundo a qual teria mera função de legislador negativo. De igual, essa Corte Suprema não mais se tem limitado à adoção de soluções ortodoxas e insuficientes que apontam ou para a declaração de inconstitucionalidade da norma com efeitos *ex tunc*, ou para sua constitucionalidade<sup>14</sup>.

Nessa linha, esse Tribunal já adotou, por duas vezes, solução aparentada com a que ora se busca: declarou **ainda constitucional** texto normativo tido por inconstitucional, em razão das circunstâncias fáticas subjacentes, e adotando-se a técnica de decisão desenvolvida pela Corte Constitucional Federal alemã do apelo ao legislador (*Appellentscheidung*)<sup>15</sup>.

A primeira delas ocorreu no julgamento do HC 70.514, quando se entendeu que a lei que concedia prazo em dobro para as Defensorias Públicas tinha de ser considerada constitucional enquanto esses órgãos não estivessem devidamente habilitados ou estruturados.

---

<sup>14</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **As Decisões no Controle de Constitucionalidade de normas e seus efeitos**. In: Revista da Escola Nacional da Magistratura. Ano II, nº 3. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2007, págs. 21/88.

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, págs. 38/49.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

A segunda, no julgamento do RE 147.776, em que se decidiu que a legitimação atribuída ao Ministério Público para propor a ação de reparação civil *ex delicto* pelo art. 68 do CPP não haveria de ser tida por inconstitucional nos locais onde não existente e devidamente estruturada a Defensoria Pública.

Ao revés, a tese que o Requerente sustenta na presente ação é a de que o Supremo Tribunal Federal deve reconhecer que o art. 16, § 1º, da Lei nº 11.457/07, é **ainda inconstitucional**, procedendo-se à declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade desse dispositivo e suspendendo-se sua eficácia **até que se implementem as condições fáticas** que viabilizem a transferência total das atribuições inerentes à Super-Receita da PGF para a PGFN.

#### **IV.B – SUBSTRATO TEÓRICO PARA A TESE DA LEI “AINDA INCONSTITUCIONAL”**

##### **IV.B.1 – TÉCNICAS DE DECISÃO ADOTADAS PELA CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃ EM SITUAÇÕES ENVOLVENDO NORMAS EM PROCESSO DE INCONSTITUCIONALIZAÇÃO**

A Corte Constitucional alemã há tempos não se limita a declarar, *tout court*, a **constitucionalidade** ou a **inconstitucionalidade** de uma norma jurídica, e tampouco, julgando-a inconstitucional, a pronunciar sua nulidade com efeitos *ex tunc*<sup>16</sup>.

As clássicas soluções jurídicas polarizadas — tendo num dos extremos a declaração de constitucionalidade e noutro a declaração de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade *ex tunc* —, já não mais atendem aos anseios sociais e tampouco respondem às demandas do constitucionalismo contemporâneo, marcado pela posição central da Constituição no ordenamento

---

<sup>16</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **O apelo ao legislador – *appellentscheidung* – na práxis da Corte Constitucional Federal alemã**. Arquivos do Ministério da Justiça. Vol. 45, nº 179, págs. 81/111, jan/jun 1992.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

jurídico e pela necessidade de manutenção de um perfeito equilíbrio entre a teoria constitucional e a democracia deliberativa.

Nesse contexto, o desenvolvimento de novas técnicas de decisão pela Corte Constitucional Federal alemã revela não apenas sua preocupação em cumprir a contento sua complexa função institucional como, sobretudo, em preservar a ordem constitucional e a normalidade da sociedade estatal a ela subjacente<sup>17</sup>.

Na tessitura das técnicas de decisão desenvolvidas por aquela Corte figuram, entre os clássicos extremos já aludidos, a **interpretação conforme à Constituição** (*verfassungskonforme Auslegung*), o **apelo ao legislador** (*Appellentscheidung*) e a **declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade** (*Unvereinbarkeitserklärung*)<sup>18</sup>.

A interpretação conforme à Constituição pressupõe a existência de norma que ofereça diferentes possibilidades de interpretação, dentre as quais alguma(s) incompatível(is) com a Constituição. Através dessa técnica de decisão, a Corte declara a inconstitucionalidade da(s) possibilidade(s) de interpretação incompatível(is)<sup>19</sup>. Com isso, é possível, no curso do processo de inconstitucionalização da norma, preservá-la, dentro dos limites gramaticais e teleológicos do texto normativo, evitando-se assim sua anulação.

O apelo ao legislador é a técnica por meio da qual a Corte reconhece que determinada norma ou situação jurídica não se tornou **ainda** inconstitucional, embora caminhe nesse sentido, e exorta o legislador a que proceda à correção ou à adequação da norma ou situação jurídica ainda constitucional — às

---

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, págs. 258/266.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

vezes assinando prazo para tanto —, de modo a reverter seu processo de inconstitucionalização<sup>20</sup>.

A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade é a técnica através da qual a Corte pronuncia um juízo de desvalor em relação à norma questionada, sem contudo anulá-la, em decisão que suspende sua eficácia, impede que os tribunais, a Administração e quaisquer outros órgãos estatais apliquem-na a partir da data da decisão e obriga o legislador a empreender as medidas necessárias à supressão do estado de inconstitucionalidade<sup>21</sup>.

Dentre as três técnicas de decisão expostas, a que mais se adapta à espécie dos autos é a da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. Explica-se.

Conforme preconizado na exposição dos fatos, título III retro, a Lei da Super-Receita consubstancia significativo avanço no segmento da realidade social por ela regulado. Por outro lado, essa Lei consubstancia deliberação democrática validamente tomada, mediante iniciativa do Executivo, com notável maioria em ambas as Casas do Legislativo. Além disso, a **fase I** de sua implantação foi concluída com sucesso. Não obstante, não foram adotadas as medidas necessárias ao aparelhamento da PGFN para suportar a implantação da **fase II**. Por conseguinte, como se está a meio passo entre a fórmula anterior e a nova fórmula desenhada pelo Poder Público, retroceder-se ao *status quo ante* representaria uma involução indesejável e tormentosa, e prosseguir-se nesse *iter* sem que se adote

---

<sup>20</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **O apelo ao legislador – *appellentscheidung* – na práxis da Corte Constitucional Federal alemã.** Arquivos do Ministério da Justiça. Vol. 45, nº 179, págs. 81/111, jan/jun 1992.

<sup>21</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, págs. 238/258.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

qualquer providência preliminar propiciaria a instauração do caos, tanto do ponto de vista da Administração quanto do administrado.

Nesse compasso, a solução ideal para o impasse deve **preservar a deliberação democrática** validamente adotada pelo Poder Público, **resguardar o avanço** já efetuado com a implementação da Fase I, **evitar que se instaure o caos** com a implementação prematura e precária da fase II e, finalmente, **provocar o Poder Público** a corrigir o estado de inconstitucionalidade.

A hipótese de que se cuida é, sem dúvida, *sui generis*. Trata-se de lei **ainda inconstitucional**. A única solução aparente para o problema em escopo consiste na suspensão da aplicação do art. 16, § 1º, da Lei nº 11.457/07 até que se materializem as condições necessárias à implementação da fase II da Super-Receita, exortando-se o Poder Público a empreender as medidas necessárias à supressão do estado de inconstitucionalidade.

Daí a compatibilidade da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade com a questão dos autos. Através dela, viabiliza-se a preservação da lei, o resguardo do avanço já concretizado, a prevenção do caos administrativo e a exortação ao Poder Público para que promova as medidas necessárias à correção do estado de inconstitucionalidade.

Corroborando esse entendimento, vale destacar o relato do Ministro Gilmar Mendes sobre caso semelhante julgado pela Corte Constitucional Federal alemã, em excerto auto-explicativo. *In verbis*:



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

“Semelhança com esses casos [...] pode ser identificada nas chamadas questões de *status* (*Statusfälle*), que se referem à estruturação de determinado órgão ou instituição. No acórdão sobre a constitucionalidade da lei universitária, de 18 de julho de 1972, promulgada pelo Estado de Hamburgo, limitou-se o *Bundesverfassungsgericht* a declarar a inconstitucionalidade de seu § 17 sem pronunciar a nulidade, uma vez que a ausência de norma que disciplinasse o sistema de admissão nas Universidades criaria uma situação mais distante daquela pretendida pela Constituição.”<sup>22</sup>

#### **IV.B.2 – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LEI “AINDA CONSTITUCIONAL”<sup>23, 24</sup>**

A consideração das circunstâncias fáticas subjacentes a determinada norma para fins da apreciação de sua constitucionalidade, inspirando soluções alternativas entre as técnicas clássicas de decisão, não é nenhuma novidade para essa Corte Suprema.

O *leading case* corresponde ao HC 70.514, julgado em 23.03.94. Nele, o Supremo Tribunal Federal ampliou o espectro das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, incorporando a construção da Corte Constitucional alemã que permite considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, pág. 248.

<sup>23</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, págs. 38/49.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais.

Naquele precedente, o STF admitiu que a norma que concedia prazo recursal em dobro para a Defensoria Pública — § 5º do artigo 5º da Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, acrescentado pela Lei 7.871, de 8 de novembro de 1989 — deve ser considerada constitucional até que sua organização, nos Estados, alcance o nível da organização do respectivo Ministério Público.

No voto proferido pelo Ministro Moreira Alves, explicitou-se, em primeiro lugar, que a questão circunstancial de as Defensorias Públicas ainda não terem sido instaladas em todos os Estados da Federação, bem como ainda não se encontrarem devidamente aparelhadas onde já instaladas, constituiu *ratio decidendi* e, em segundo lugar, que a técnica de decisão adotada buscou inspiração na Corte Constitucional Federal alemã, como se colhe dos excertos a seguir transcritos:

“A única justificativa que encontro para esse tratamento desigual em favor da Defensoria Pública em face do Ministério Público é a de caráter temporário: a circunstância de as Defensorias Públicas ainda não estarem, por sua recente implantação, devidamente aparelhadas como se acha o Ministério Público.

Por isso, para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais.

Assim, a lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em

---

<sup>24</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **As Decisões no Controle de Constitucionalidade de normas e seus efeitos.** In: Revista da Escola Nacional da Magistratura. Ano II, nº 3. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2007, págs. 21/88.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar”.

Situação semelhante motivou novas decisões desse Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido do precedente citado. Isso ocorreu no julgamento do RE nº 135.328, em que o brilhante voto-vista proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence reverteu o placar de 4 a 1 a favor do Relator para unanimidade a favor da dissidência, e do RE nº 147.776, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence. Veja-se, a propósito, a eloqüente ementa do acórdão prolatado neste último recurso:

**MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMAÇÃO PARA PROMOÇÃO, NO JUÍZO CÍVEL, DO RESSARCIMENTO DO DANO RESULTANTE DE CRIME, SOBRE O TITULAR DO DIREITO À REPARAÇÃO: C. PR. PEN., ARTIGO 68, AINDA CONSTITUCIONAL (CF. RE 135.328): PROCESSO DE INCONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS LEIS.**

1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc*, faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da constituição – ainda quando teoricamente não cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se, muitas vezes, a alterações da realidade fática que a viabilizem.
2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo artigo 68, C. Pr. Penal – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública. Essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do artigo 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada até



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

que – na União ou em cada estado considerado –, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o artigo 68, C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente. É o caso do estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135.328.”

Por sua relevância histórica, e por apresentar fundamentos elucidativos para a compreensão do caso enfrentado na presente ADIn, afigura-se oportuno transcrever os seguintes excertos do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence no RE nº 144.776, *in verbis*:

“O caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramo-nos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia *ex tunc*; ou ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e a da perda de vigência desde a data da Constituição.

Essas alternativas radicais – além dos notórios inconvenientes que gera – fazem abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada –, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem.

É tipicamente o que sucede com as normas constitucionais que transferem poderes e atribuições de uma instituição preexistente para outra criada pela Constituição, mas cuja implantação real pende não apenas de legislação infraconstitucional, que lhe dê organização normativa, mas também de fatos materiais que lhe possibilitem atuação efetiva.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

Isso é o que se passa com a Defensoria Pública, no âmbito da União e no da maioria das unidades da federação.”

Essa primorosa passagem extraída do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence consagra a tese principal defendida pelo Requerente nesta ADIn, qual seja, e aproveitando-se as próprias palavras de Sua Excelência, *mutatis mutandis*:

“A implementação de uma nova ordem não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem.

É tipicamente o que ocorre com as normas que transferem poderes e atribuições de uma instituição preexistente para outra, mas cuja implantação real pende não apenas de legislação, que lhe dê organização normativa, mas também de fatos materiais que lhe possibilitem atuação efetiva.”

**IV.B.3 – O PROBLEMA DOS AUTOS: LEI QUE TRANSFERE PODERES E ATRIBUIÇÕES DE UM ÓRGÃO PÚBLICO PARA OUTRO. AUSÊNCIA DE ESTRUTURA DO ÓRGÃO RECEPTOR DOS PODERES E ATRIBUIÇÕES. LEI “AINDA INCONSTITUCIONAL”**

Não obstante seja evidente a semelhança entre as hipóteses apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal nos casos acima relatados e a espécie destes autos — transferência de competência e atribuições de um órgão para outro, quando o órgão receptor ainda não se encontra estruturado para recebê-las —, não se afigura a técnica adotada naqueles aplicável a este.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

Naqueles julgados, a Constituição de 1988 inovou na ordem jurídica de tal forma que, para o novo comando constitucional ser implementado, careceria de ações do Poder Público que o viabilizassem, quais sejam: criar e estruturar a contento a Defensoria Pública nos Estados. Enquanto essas ações não forem adotadas, a legislação infraconstitucional pré-constitucional continuará sendo aplicada, pois, à luz da Constituição atual, e levando-se em conta o contexto fático subjacente, será **ainda constitucional**.

Daí que, nos paradigmas evocados sobre a **lei ainda constitucional**, a decisão produzida simplesmente rejeitou a alegação de inconstitucionalidade do dispositivo legal impugnado, declarando a Corte seu trânsito para a inconstitucionalidade.

Na espécie dos autos, quem inovou foi a Lei 11.457/07, transferindo atribuições de um órgão para outro. Para que seu comando seja implementado, contudo, carece de ações do Poder Público que o viabilizem, quais sejam: estruturar minimamente a PGFN para receber as novas atribuições que se lhe pretendem transferir. Enquanto essas ações não forem adotadas, a legislação infraconstitucional — leia-se, o dispositivo impugnado nesta ADIn, o § 1º do art. 16 da Lei em questão — não poderá ser aplicado, pois, levando-se em conta o contexto fático subjacente, é **ainda inconstitucional**.

Nesse diapasão, a hipótese de **lei ainda inconstitucional** requer solução mais burilada, que deverá, a um só tempo, **preservar a deliberação democrática** validamente adotada pelo Poder Público, **resguardar o avanço** já efetuado com a implementação da Fase I, **evitar que se instaure o caos** com a implementação prematura e precária da fase II e, finalmente, **provocar o Poder Público** a corrigir o estado de inconstitucionalidade.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

Em outras palavras, a decisão que o problema aqui figurado requer deverá declarar a inconstitucionalidade circunstancial do art. 16, § 1º, da Lei nº 11.457/07, sem pronunciar sua nulidade, suspendendo seus efeitos até que se materializem as condições necessárias à implementação da fase II da Super-Receita e exortando-se o Poder Público a empreender as medidas necessárias à supressão do estado de inconstitucionalidade.

Portanto, a técnica da pronúncia de **lei ainda constitucional** não tem qualquer valia para o caso presente. O que é necessário aqui é o desenvolvimento e a aplicação de técnica comparada à declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, a exemplo daquela empregada pela Corte Constitucional Federal alemã.

Através de uma tal fórmula, possibilitar-se-á a preservação da lei, o resguardo do avanço já concretizado, a prevenção do caos administrativo e a exortação ao Poder Público para que promova as medidas necessárias à correção do estado de inconstitucionalidade.

A viabilização da técnica ora proposta em nosso sistema de controle de constitucionalidade conta com o apoio dos paradigmas citados (lei ainda constitucional), com a previsão legal da possibilidade de suspensão dos efeitos da lei impugnada (art. 11, LADIN) de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (art. 27, LADIN), e mesmo da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (art. 36, § 3º, CRFB).<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Nesse mesmo sentido parece entender o Ministro Gilmar Mendes, para quem “a Constituição de 1988 abriu a possibilidade para o desenvolvimento sistemático de uma declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos (sem a pronúncia da nulidade), na medida em que atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada omissão do legislador” (*Ibidem*, pág. 47).



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

**IV.C – A PROBLEMÁTICA DO DISPOSITIVO EM QUESTÃO: LEI AINDA INCONSTITUCIONAL. RAZÕES DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE CIRCUNSTANCIAL**

O dispositivo ora impugnado é circunstancialmente inconstitucional por três motivos, quais sejam: violação ao **postulado normativo aplicativo da razoabilidade como congruência**, violação ao **princípio da continuidade dos serviços públicos** e violação ao **princípio da eficiência**, sendo que as três violações ocorrem concomitantemente.

Apresentar-se-á, a seguir, como se consubstancia cada uma dessas violações.

**IV.C.1 – VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO ESTADO DE DIREITO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, POR INOBSERVÂNCIA DO POSTULADO NORMATIVO APLICATIVO DA RAZOABILIDADE COMO CONGRUÊNCIA**

Não obstante seja empregada amiúde, a razoabilidade ainda não conheceu uma sistematização satisfatória — isto é, não apresenta terminologia e conceituação que se possam tomar como de aceitação majoritária.

De fato, posto o princípio da razoabilidade, ou da proporcionalidade, ou da proporcionalidade-razoabilidade, seja largamente empregado na jurisprudência desse Pretório Excelso, não se posiciona a doutrina brasileira, a seu respeito, em sentido uníssono<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Confira-se, a propósito dessa afirmativa, *verbi gratia*: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da Definição à Ampliação dos Princípios Jurídicos**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, págs. 138/166; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª edição.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

Não seria esta a sede, e nem se tem aqui tal objetivo, de empreender-se a uma proposta de sistematização do princípio — tarefa que reivindicaria uma monografia específica.

Sem embargo disso, questões de ordem pragmática premem o Requerente a optar pela apresentação de uma das conceituações doutrinárias bem aceitas de modo geral no ambiente jurídico, e, partindo-se dessa premissa, proceder-se ao necessário cotejo analítico para o fim de demonstrar a incompatibilidade do dispositivo impugnado, o art. 16, § 1º, da Lei nº 11.457/07, com a Constituição, no aspecto em que ele conflita com os princípios do Estado de Direito (art. 1º, CRFB) e do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CRFB), em virtude da inobservância do postulado normativo da razoabilidade como congruência.

A conceituação e a terminologia adequadas — caso entenda necessário a elas se dedicar — ficarão a cargo desse Supremo Tribunal Federal, que, no fim de contas, é a quem realmente cabe a última palavra sobre o tema. Dito isso, passa-se à exposição da tese.

Segundo preceitua Humberto Ávila<sup>27</sup>, a par das clássicas categorias normativas — valores, princípios e regras —, há um *quartus genus*: os **postulados normativos aplicativos**, que o Autor define como metanormas, isto é, normas de segundo grau que estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas (princípios e as regras)<sup>28</sup>.

---

São Paulo: Saraiva, 2004, págs. 218/246; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, págs. 45/48; e MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, págs. 113/115 e 311/329.

<sup>27</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da Definição à Ampliação dos Princípios Jurídicos**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, págs. 121/166.

<sup>28</sup> *Opus cit.*, págs. 121/122.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

Essas metanormas permitem verificar os casos em que há violação às normas cuja aplicação estruturam. Ou seja, elas mesmas não são passíveis de violação, senão de modo elíptico. O que sofrerá violação serão as normas (princípios e regras) cuja aplicação estruturam.

Os postulados normativos aplicativos, por sua vez, apresentam-se em duas espécies. Aqueles que exigem o relacionamento entre elementos, porém sem especificar quais são os elementos e critérios que devem orientar a relação entre eles, constituindo-se, pois em meras idéias gerais despidas de critérios orientadores de aplicação, são chamados de **inespecíficos**. Os que dependem da existência de determinados elementos específicos e que são pautados por critérios que orientam a relação entre eles, de **específicos**.

E, a partir dessas espécies, relaciona cada um de seus tipos. É a seguinte a classificação completa dos postulados normativos aplicativos adotada por Ávila:

- 1) postulados inespecíficos:
  - a. ponderação
  - b. concordância prática
  - c. proibição de excesso
- 2) postulados específicos:
  - a. igualdade
  - b. razoabilidade
    - i. razoabilidade como equidade
    - ii. razoabilidade como congruência
    - iii. razoabilidade como equivalência
  - c. proporcionalidade

Feita essa breve introdução, importa agora aprofundar o conceito do postulado normativo aplicativo da razoabilidade como congruência, o qual é adotado como fundamento jurídico da tese do Requerente.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D. F.*

Ávila define o postulado normativo aplicativo da razoabilidade como congruência como sendo o dever de harmonização da norma com suas condições externas de aplicação. Na dicção do autor, a razoabilidade como congruência:

“(....) é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir.<sup>29</sup>”

Aprofundando um pouco mais o conceito desse postulado, explica Ávila:

**"No segundo grupo de casos o postulado da razoabilidade exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação.**

Em primeiro lugar, a razoabilidade exige, para qualquer medida, a recorrência a um suporte empírico existente. Alguns exemplos o comprovam.

(....)

Uma lei estadual determinou que os estabelecimentos de ensino expedissem certificados de conclusão do curso e do histórico escolar aos alunos da 3ª série do ensino médio que comprovassem aprovação em vestibular para ingresso em curso de nível superior, independentemente do número de aulas freqüentadas pelo aluno — expedição, essa, a ser providenciada em tempo hábil, de modo que o aluno pudesse matricular-se no curso superior para o qual fora habilitado. O Supremo Tribunal Federal, entendeu caracterizada a relevância jurídica da arguição de inconstitucionalidade sustentada pela autora da ação uma vez que a lei impugnada, à primeira vista, revela-se destituída de razoabilidade, pois inverteu a ordem natural acadêmica para atribuir aos estudantes,

---

<sup>29</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da Definição à Ampliação dos Princípios Jurídicos.** 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, pág. 139.



*Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

independentemente da frequência, o direito à expedição da conclusão do ensino médio desde que aprovados em vestibular. [ADIn-MC 2.667-DF, Relator Ministro Celso de Mello]

Uma norma constante da Constituição Estadual determinava que o pagamento dos servidores do Estado fosse feito, impreterivelmente, até o décimo dia útil de cada mês. O Supremo Tribunal Federal considerou ser irrazoável que a norma impugnada, para evitar o atraso no pagamento dos servidores estaduais, estabelecesse uma antecipação de pagamento de serviços que ainda não haviam sido prestados. [ADIn 267-RJ, Relator Ministro Nelson Jobim]”

Nesses casos o legislador elege uma causa inexistente ou insuficiente para a atuação estatal. Ao fazê-lo, viola a exigência de vinculação à realidade. **A interpretação de normas exige o confronto com o parâmetro externo a elas. Daí se falar em dever de congruência e de fundamentação na natureza das coisas (*Natur der Sache*). Os princípios constitucionais do Estado de Direito (art. 1º) e do devido processo legal (art. 5º, LIV) impedem a utilização de razões arbitrárias e a subversão dos procedimentos institucionais utilizados. Desvincular-se da realidade é violar os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal.**<sup>30</sup> (grifou-se)

Como visto no excerto retro transcrito, ao eleger uma causa inexistente ou insuficiente para a atuação estatal o legislador viola a exigência de vinculação à realidade. Nesse passo, afronta o princípio do Estado de Direito e do devido processo legal, uma vez que ambos impedem a utilização de razões arbitrárias e a subversão dos procedimentos institucionais utilizados.

E é exatamente nesse ponto que o dispositivo impugnado nesta ADIn é incompatível com a Constituição: ao colocar o carro na frente dos bois, **estipulando termo legal para a implementação da fase II da Super-Receita sem**



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

**assegurar ao órgão receptor das novas atribuições e competências condições mínimas de infra-estrutura que lhe permitisse absorvê-las**, o Poder Público desrespeitou o postulado normativo aplicativo da razoabilidade como congruência, na medida em que desvinculou-se da realidade. Com isso, restaram violados os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal.

#### **IV.C.2 – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS**

Após a minuciosa exposição a que se procedeu no tópico “II – O quadro fático subjacente” retro, seria desnecessário neste momento empreender-se uma argumentação mais expositiva e rica: os fatos falam por si.

A situação estrutural da PGFN ainda não comporta a assunção das funções cuja transferência ao Órgão foi prevista no dispositivo legal impugnado nesta ADIn.

Pretender que a pena do legislador altere a realidade empírica pelo simples fato de que assim restou escrito na lei é o mesmo que admitir, como no surrado e surreal exemplo sempre lembrado nos bancos primeiranistas da Academia, que seja possível revogar-se a lei da gravidade.

Ante o quadro traçado, insistir na implantação da segunda fase da Super-Receita antes que a PGFN seja minimamente estruturada para o novo mister é expor, de modo real e iminente, toda a estrutura atual de inscrição em Dívida Ativa e cobrança judicial da Fazenda Nacional ao caos, à **solução de continuidade**, com conseqüências altamente danosas e provavelmente irreversíveis.

---

<sup>30</sup> *Opus cit.*, págs. 142/145.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

Destarte, resta caracterizada a inconstitucionalidade circunstancial do art. 16, § 1º, da Lei nº 11.457/07, por violação ao princípio da continuidade dos serviços públicos, implícito no regramento que a Constituição instituiu para a Administração Pública.

#### **IV.C.3 – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA**

Da mesma sorte, não será necessário empreender-se uma argumentação mais prolixa para concluir que o dispositivo impugnado malfez o princípio da eficiência administrativa, plasmado no art. 37, *caput*, da CRFB.

Se a implantação da fase II da Super-Receita ameaça a continuidade do serviço público em questão, há de se admitir que também ameace, *a fortiori*, a eficiência administrativa. Nesse sentido, preconiza José dos Santos Carvalho Filho:

“Não é dispensável, porém, acentuar que a continuidade dos serviços públicos está intimamente ligada ao princípio da eficiência, hoje expressamente mencionado no art. 37, *caput*, da CF, por força de alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98, relativa à reforma do Estado. Logicamente, um dos aspectos da qualidade dos serviços é que não sofram solução de continuidade, prejudicando os usuários.”

(In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, págs. 21/22)

Por conseguinte, fica assim caracterizada a inconstitucionalidade circunstancial do art. 16, § 1º, da Lei nº 11.457/07, por violação ao princípio da eficiência administrativa.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

**V – DA MEDIDA CAUTELAR**

Como se expôs, a implantação da **fase II** da Super-Receita na data estipulada pelo dispositivo impugnado acarretará o caos na Administração Tributária federal, com previsíveis conseqüências desastrosas não apenas para o Erário, como também para os contribuintes e para a categoria profissional a que se atribuiu a competência transferida.

Sob outro enfoque, é relevante o dado de que enquanto o não deferimento da medida cautelar ora vindicada pode resultar os severos e mesmo irreversíveis prejuízos reais e iminentes aqui antevistos, o inverso não é verdadeiro. Ou seja, deferida a providência cautelar, a situação de fato permanece nos exatos moldes em que se encontra até que, uma de duas, ou se revogue a cautelar, ou se implementem as medidas estruturantes necessárias para a reversão do quadro de inconstitucionalidade circunstancial em questão. Em suma, verifica-se, na espécie dos autos, o *periculum in mora* inverso.

Assim sendo, exsurge a inequívoca necessidade de que seja concedida medida cautelar *inaudita altera parte* (art. 10, § 3º, LADIN) na presente ADIn, suspendendo-se a eficácia do art. 16, § 1º, da Lei nº 11.457/07, até o julgamento do mérito, salvaguardando-os, assim, dos danos preconizados.



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

## VI – CONCLUSÃO E PEDIDOS

*Ex positis*, resta demonstrado que o quadro fático subjacente confirma que a PGFN já apresentava estrutura incompatível com suas atribuições antes da edição da Lei nº 11.457/07, e que, como não se verificou qualquer implementação de sua infra-estrutura de lá para cá, e muito menos qualquer preparação específica para capacitá-la em face da transferência das atribuições promovidas por essa Lei, o Órgão não reúne condições mínimas de receber a transferência das competências hoje atribuídas à PGF.

Por conseguinte, tem-se que o art. 16, § 1º, da Lei nº 11.457/07 é **circunstancialmente inconstitucional**. E só o deixará de ser se e quando dotada a PGFN da estrutura de que carece para realizar o múnus em espécie.

Não obstante, verifica-se que o diploma legal que o contém é fruto de regular processo legislativo deliberado por ampla maioria nas duas Casas do Parlamento, bem como, por outro lado, que representa um avanço necessário, esperado e festejado no segmento da realidade social por ele disciplinado, sendo imperativo, por essas duas razões, preservá-lo.

Nesses termos, o Requerente roga a essa Corte Suprema no sentido de que:

- a) seja concedida medida cautelar pelo e. Ministro Relator, ***inaudita altera parte e ad referendum do Plenário*** (art. 10, § 3º, LADIN, c/c o art. 21, incisos IV e V, do RISTF), suspendendo-se a eficácia do art. 16, § 1º, da Lei nº 11.457/07, até o julgamento do mérito, salvaguardando-se, assim, o Erário, os contribuintes e a categoria profissional a que incumbirão as atribuições transferidas dos danos preconizados; e



*Ordem dos Advogados do Brasil*  
*Conselho Federal*  
*Brasília - D.F.*

b) após as formalidades de estilo (art. 11, LADIN), seja julgado procedente o pedido, mediante declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade do art. 16, § 1º, da Lei nº 11.457/07, reconhecendo-se sua **inconstitucionalidade circunstancial** até que se implementem as condições fáticas que viabilizem a transferência total à PGFN das atribuições hoje incumbentes à PGF, condições essa que são, expressamente:

b.1) a posse e a entrada em exercício do número de procuradores faltantes para completar a dotação legal prevista no art. 18 dessa mesma Lei e a instalação das 120 seccionais previstas no art. 19 também dessa Lei e a publicação da lei publicação de lei tratando dos cargos, da lotação, da remuneração, do exercício e da situação funcional dos servidores oriundos do Ministério da Previdência Social, conforme previsto no parágrafo 14 da Mensagem nº 807/05 do Presidente da República ao Congresso Nacional.

ou, sucessivamente,

b.2) a posse e a entrada em exercício do número de procuradores faltantes para completar a dotação legal prevista no art. 18 dessa mesma Lei e a instalação das 120 seccionais previstas no art. 19 também dessa Lei.

Acompanham esta exordial os seguintes documentos:

- **Doc. 01** – certidão da decisão da Diretoria do Conselho Federal da OAB (art. 82, § 1º, do Regulamento Geral da Lei 8.906/94);
- **Doc. 02** – cópia da Lei nº 11.457/07;
- **Doc. 03** – Parecer TCU nº 122/03. 28.02.2003;
- **Doc. 04** – representação ao Ministério Público Federal, protocolada na PGR/DF em 01.09.06;



*Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

- **Doc. 05** – Relatório Anual de Gestão de 2006, elaborado pela PGFN;
- **Doc. 06** – “Os números da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional”, elaborado pelo SINPROFAZ;
- **Doc. 07** – Mensagem nº 807/05 do Presidente da República ao Congresso Nacional;
- **Doc. 08** – Edital do atual concurso para provimento de cargos de Procurador da Fazenda Nacional;
- **Doc. 09** – Protesto Judicial ajuizado pelo SINPROFAZ em face do Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

Nestes Termos,  
Pede Deferimento.

Brasília (DF), 10 de abril de 2008.

**Cezar Britto**

Presidente do Conselho Federal da  
Ordem dos Advogados do Brasil

**Francisco Rezek**

OAB/MG nº 10.083