Da fraude legislativa à confusão normativa

Da impossibilidade de declaração de prejudicialidade nas ações diretas de inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto. Estudo de casos

Fabiano Rodrigues de Abreu

Sumário

1. Introdução. 2. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2.1. Histórico Jurisprudencial. 2.2. Alteração Jurisprudencial. 2.3. Pressuposto de existência da norma impugnada. 2.3.1. Decisão da ADI nº 709. 2.3.2. Fundamentos da decisão. 3. Fundamento I – Exigência de que o objeto da ação deva ser necessariamente lei ou dispositivo legal em vigor. 3.1. Da falsa revogação. 3.1.1. Ausência de densidade normativa idêntica ou semelhante à tida por revogada. 3.1.2. O objeto de uma ADI não é apenas o texto da lei ou ato normativo impugnado, é o sentido e o alcance do dispositivo atacado. 3.2. Do princípio da indisponibilidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade. 4. Fundamento II – Diferenciação entre função jurídica constitucional da ADI e do instituto da revogação. 4.1. Da função jurídica da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade. 4.2. Da função jurídica da revogação. 5. Fundamento III – Dos efeitos concretos da lei revogada durante sua vigência. 6. Considerações finais. 7. Notas. 8. Gráfico de ADIs julgadas prejudicadas pelo STF.

Fabiano Rodrigues de Abreu é bacharel em direito e analista judiciário. Chefe-substituto da Seção de Processos do Controle Concentrado do STF, tendo sido assistente dos Ministros Nelson Jobim, Gilmar Mendes e Néri da Silveira.

Artigo produzido com base no trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise de Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, como requisito para a obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto.

1. Introdução

O objetivo deste trabalho é justificar a necessidade de o Supremo Tribunal Federal voltar a julgar o mérito das ações diretas de inconstitucionalidade mesmo com a superveniente revogação do dispositivo legal questionado, eliminando assim, por completo, a possibilidade de perpetuação, por tempo indefinido, de dispositivos legais efetivamente inconstitucionais na esfera federal e estadual.

Ressaltaremos a importância de a Suprema Corte retomar esse entendimento para exercer, mais eficazmente, seu papel jurisdicional, com objetivo de alcançar a verdadeira proteção aos princípios constitucionais e segurança jurídica.

O trabalho será desenvolvido com base na análise dos fundamentos da decisão que alterou a jurisprudência da Corte (ADI nº 709) e de seus respectivos argumentos. Decisão esta que vem sendo aplicada de forma reiterada pelo Tribunal. Também serão analisados os andamentos e decisões semelhantes proferidas em outras ADIs.

Procuraremos demonstrar, através de alguns exemplos, situações em que a aplicação da atual jurisprudência, julgando prejudicadas as ações diretas de inconstitucionalidade pela perda de objeto, considerando a superveniente revogação da norma questionada, se deu algumas vezes com base em uma falsa revogação. Em outras situações a revogação não restou claramente configurada, levando-nos a uma verdadeira confusão normativa. E, por fim, na maioria dos casos há, sem uma declarada razão de motivos, uma "corrida" dos órgãos afetados pela declaração de inconstitucionalidade, para "revogar" os dispositivos legais questionados, evitando a todo custo os efeitos de uma decisão declaratória proferida pela Corte.

2. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade (ADI) configura-se uma verdadeira ação posta à apreciação do judiciário, não havendo pretensão resistida, o que, na realidade, busca a defesa da ordem constitucional objetiva e sua coerência, consistindo em instrumento da fiscalização de normas.

2.1. Histórico Jurisprudencial

Ainda sob a tutela da Constituição de 1967/1969, o Supremo Tribunal Federal conhecia e julgava o mérito das ADIs que, após sua propositura, tivessem seu dispositivo legal questionado revogado. A condição para tanto era de que a norma impugnada tivesse produzido efeitos e, se esta situação não ocorresse, a ação era extinta por falta de objeto. Assim, proposta a ação direta de inconstitucionalidade, o Tribunal realizava a análise da constitucionalidade do dispositivo impugnado, independentemente de sua posterior revogação.

Embora não conste explicitamente nos julgados anteriormente realizados pela Corte neste sentido, o motivo pelo qual o Tribunal continuava a julgar a ADI, mesmo com a revogação ulterior do dispositivo legal questionado, era o de se evitar a chamada "fraude legislativa" – situação em que o direito é usado contra o direito, onde a revogação é usada para não revogar e, assim, se perpetuar a situação posta pelo direito dito revogado, retirando a possibilidade de continuidade na apreciação de sua inconstitucionalidade.

2.2. Alteração Jurisprudencial

Este entendimento jurisprudencial manteve-se até mesmo por um período após a promulgação da Constituição de 1988. A alteração jurisprudencial, quanto ao julgamento de prejudicialidade por perda superveniente de objeto nas ADIs, se deu com o julgamento da ADI nº 709 (cf. DJ. 20/05/94, p. 12247, republicado em 10/06/94 p. 14785 e em 24/06/94 p. 16648.)

Entendimento este reiterado em todas as decisões posteriores da Corte em que declarou a prejudicialidade das ADIs por perda superveniente de objeto.

2.3. Pressuposto de existência da norma impugnada

O ordenamento jurídico brasileiro e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adotaram tanto o pressuposto (condição essencial) da existência da norma, ressalvada a hipótese de se haver inconstitucionalidade por omissão (inconstitucionalidade justamente pela omissão da norma) –

como dispõe o modelo alemão de controle normativo de constitucionalidade – quanto o controle prévio de constitucionalidade expressamente autorizado pelo parágrafo 4º do art. 60 da CF, das propostas de emenda à constituição.

Nosso controle é a *posteriori* com a única exceção já referida das propostas de emenda à Constituição, exigindo-se a promulgação da lei ou ato normativo (complexo normativo) a ser questionado, o que permitiria considerar encerrado o processo legislativo e o direito como existente.

Nossa jurisprudência fixou o pressuposto:

> "(...) a ação direta tenha, e *só possa ter*, como objeto juridicamente idôneo, apenas leis e atos normativos, federais ou estaduais, *já promulgados, editados e publicados*. (...) " (cf. DJ. 10 / 05 / 91 p. 5929-30).

A existência de lei ou ato normativo se dá quando cumpridas todas as etapas do processo legislativo, entre elas: proposição, discussão, votação, promulgação e publicação.

Somente após o término de todo o processo legislativo, é que podemos reconhecer a existência de lei ou ato normativo passível de se tornar objeto de ADI, na preciosa lição do Min. Celso de Mello:

> "(...)Atos normativos *in fieri*, ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe – ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante – a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo – que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva –, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetida à apreciação do órgão competente, para que, de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico.(...)." (cf. DJ. 10 / 05 / 91 p. 5929-30).

Ninguém questiona a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo se não houver uma presunção assentada na hipótese de que esta lei ou ato tenha ou possa vir a ferir direitos.

O controle concentrado normativo só pode ser empregado para a defesa da ordem jurídica, versando sobre normas que tenham sua constitucionalidade colocada em dúvida. E, neste aspecto, se a norma realmente for inconstitucional, ela sem dúvida alguma feriu o ordenamento jurídico, seja por, no mínimo, colocar direitos fundamentais em risco, direta ou indiretamente, ou simplesmente por ter podido gerar efeitos, produzir e estabelecer relações jurídicas, o que, para tanto, bastaria sua simples existência.

Como já dito, existência da norma é pressuposto do controle concentrado, excetuados os casos em que a inconstitucionalidade se dá justamente pela ausência da norma (inconstitucionalidade por omissão). Pressuposto este utilizado até o momento pelo nosso ordenamento jurídico como também pelo modelo de controle alemão, embora este último considere ainda válida a verificação, em sede de controle concentrado, de norma revogada. A justificativa para tanto está na possibilidade da lei revogada ser aplicada para além do tempo de sua revogação, da mesma forma com que nossa Corte considerava antes da alteração jurisprudencial, como explicitado no início deste trabalho.

É de se ressaltar, no entanto, que até no controle concentrado alemão os efeitos temporais são vinculados à natureza constitutiva da decisão de inconstitucionalidade de lei, sendo portanto *ex nunc*. Já no modelo brasileiro, dada a tradição do controle difuso adotado desde 1891, entende o STF que mesmo no caso do controle concentrado as

decisões sobre a inconstitucionalidade de lei, a princípio, no silêncio da Constituição, têm caráter declaratório, ou seja, produzem efeitos temporais *ex tunc*.

Assim, o suposto do nosso controle, com muito maior razão – apesar da relevância dada pela Constituição também às vias de controle concentrado – continua a ser a afirmação de que o legislador, na sua tarefa de elaboração das leis encontra-se limitado e circunscrito pela Constituição, não podendo fazer, validamente, leis inconstitucionais.

Apesar de a tradição firmada estar acorde com a maior defesa da Constituição, e com esse suposto básico em relação ao nosso sistema de controle de constitucionalidade das leis, a Corte alterou o entendimento já firmado, assentando que a revogação de uma lei ou ato normativo, mesmo após a propositura da ADI, retiraria o objeto da ação:

2.3.1. Decisão da ADI nº 709

A decisão do Tribunal Pleno na ADI nº 709, está assim ementada:

> "*Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 709-2 Paraná*
>
> Requerente: Governador do Estado do Paraná
>
> Requeridos: Governador do Estado do Paraná e Assembléia Legislativa do Estado do Paraná
>
> EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Objeto da Ação. Revogação Superveniente da Lei Argüida de Inconstitucional. Prejudicialidade da Ação. Controvérsia.
>
> OBJETO DA AÇÃO DIRETA prevista no art. 102, I 'a' e 103 da Constituição Federal, é a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, logo o interesse de agir só existe se a lei estiver em vigor.
>
> REVOGAÇÃO DA LEI ARGÜIDA DE INCONSTITUCIONAL. Prejudicialidade da ação por perda do objeto. A revogação ulterior da lei questionada realiza, em si, a função jurídica constitucional reservada à ação direta de expungir do sistema jurídico a norma inquinada de inconstitucionalidade.
>
> EFEITOS CONCRETOS DA LEI REVOGADA, durante sua vigência. Matéria que, por não constituir objeto da ação direta, deve ser remetida às vias ordinárias. A declaração em tese de lei que não mais existe transformaria a ação direta, em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concretas.
>
> Ação direta que, tendo por objeto a Lei 9.048/89 do Estado do Paraná, revogada no curso da ação, se julga prejudicada."

2.3.2. Fundamentos da decisão

Como se pode observar, os fundamentos da decisão foram divididos em três partes distintas:

Fundamento I – Exigência de que o objeto da ação deva ser necessariamente lei ou dispositivo legal em vigor;

Fundamento II – Da afirmação de que a perda do objeto da ação, em razão da revogação, realiza em si, a função jurisdicional constitucional reservada à ADI; e

Fundamento III – A ação direta de inconstitucionalidade, por ser uma via de controle em tese, supostamente de natureza abstrata, exigiria que, os efeitos produzidos durante a vigência de lei, ou ato normativo revogado, fossem objeto da via do controle incidental e não do controle direto.

Para o presente estudo, será utilizada a mesma divisão, por fundamentos, posta na decisão transcrita.

3. Fundamento I – Exigência de que o objeto da ação deva ser necessariamente lei ou dispositivo legal em vigor

É óbvia, mas não menos importante, a afirmação de que: para viger, a norma legal precisa, primeiramente, existir.

Como explicitado anteriormente, a Corte exigia que a lei, ou ato normativo, estivesse em vigor no momento da propositura da ADI. Exigência que se dava em razão da segurança jurídica, da defesa dos direitos fundamentais, dos riscos a que são expostos e, por fim, em defesa da própria Constituição.

Assim, a condição da validade formal e vigência do dispositivo legal era verificada no momento da propositura da ação. Se a revogação fosse anterior à propositura da ADI, concluía-se pela perda de objeto desta, uma vez que o próprio legislador tratava de promover a alteração necessária também com fins às mesmas razões de segurança jurídica, de defesa – ou risco – dos direitos fundamentais e, por fim, da própria Constituição, estando os efeitos produzidos pelo dispositivo legal revogado sujeitos à apreciação do controle difuso.

Por outro lado, se o momento da cessação da validade formal, e portanto vigência do dispositivo legal questionado revogado fosse posterior à propositura da ADI, essa já havia adquirido condições e interesse em seu julgamento, como de fato ocorria. Uma vez provocada a Corte a se posicionar, como guardiã da Constituição, em relação ao pelo menos risco de uma suposta inconstitucionalidade, ou como alguns preferem, quanto à duvidosa constitucionalidade de dispositivo legal.

Atualmente, após a alteração jurisprudencial, continua-se observando a vigência do objeto impugnado no momento da propositura da ação. Só que se este vem, após sua propositura, perder sua validade e vigência, por ter sido revogado, a Corte tem declarado a perda de objeto da ação, não mais importando os efeitos que a norma revogada possa ter produzido.

A não apreciação pelo STF destas ações e de seus respectivos dispositivos legais questionados, pela via do controle concentrado (Ação Direta de Inconstitucionalidade) leva-nos, nas palavras do eminente Ministro Gilmar Mendes, "a resultados insatisfatórios". É que, segundo destaca o ministro, um dispositivo legal, mesmo que revogado, mantém-se como parâmetro e fundamento legal para os atos praticados durante sua vigência.

Embora, curiosamente, tenha se posicionado pelo julgamento de prejudicialidade da ADI nº 709, ora comentada, o Min. Rezek, na mesma direção apontada pelo Min. Gilmar, ressaltou:

> "Recordo casos semelhantes que o Tribunal decidiu no passado. Atento, sim, para a hipótese em que, significando um título jurídico, quem sabe mesmo de domínio territorial, os efeitos residuais da lei sejam dramáticos e ela deva embora já revogada, ser proscrita por inconstitucionalidade."

Não em vão o significado e a força contida na expressão utilizada pelo então Min. Rezek: a verificação de que, mesmo revogado, em determinados situações, o dispositivo legal questionado deva ser PROSCRITO POR INCONSTITUCIONALIDADE.

Proscrever, por vício de inconstitucionalidade, uma norma já revogada, vai muito além de considerá-la não mais válida formalmente, não mais em vigor. É condenar a degredo, desterrar, expulsar do ordenamento jurídico dispositivo legal já revogado, reconhecer que ele nunca pôde ter existido.

Posicionamento drástico como este tem sua razão de ser. É que, como bem indicado pelo Min. Gilmar, existe a possibilidade de o legislador retirar, do controle concentrado, a averiguação da constitucionalidade questionada do dispositivo legal pela simples edição de norma revogadora. Assim, o legislador se isentaria de se assegurar de que os efeitos inconstitucionais tenham sido eliminados, o que configuraria a necessidade de proscrição por inconstitucionalidade.

Tal possibilidade poderia explicar as inúmeras ações em que os órgãos responsáveis pela edição do diploma legal declarado inconstitucional tentam a todo ônus e custo, após seu julgamento, ver modificada a decisão, precisamente para preservar os efeitos inconstitucionais mediante a estra-

tégia da revogação, ou mesmo de uma aparente revogação, buscando assim o pronunciamento de prejudicialidade por perda superveniente de objeto. Como é o caso da ADI nº 951 em que, após a Corte, em decisão plenária, ter julgado parcialmente procedente a ação, declarando inconstitucional determinado dispositivo legal, a Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina opôs embargos de declaração, pretendendo vê-la modificada. Para tal fim, encomendou parecer do Min. Paulo Brossard, defendendo sua posição. Coincidentemente Brossard havia sido o relator da ADI nº 709, que alterou a jurisprudência da Corte.

Registre-se que, há informação nos andamentos da referida ação (ADI nº 951) de juntada, por linha, aos autos (cf. rel. andamentos PG nº 86445/05) de documentos que, supostamente, demonstrariam que os dispositivos legais questionados, declarados inconstitucionais, continuam válidos e vigentes, produzindo seus efeitos, apesar da afirmação do órgão requerido de que teriam sido revogados.

Outros exemplos concretos revelam a prática da "falsa revogação":

3.1. Da Falsa Revogação

Nesta circunstância está inserida a possibilidade de o legislador realizar uma falsa revogação. Revoga para não revogar, com o simples intuito de se aproveitar da atual jurisprudência, evitando-se, assim, o julgamento e possível declaração de inconstitucionalidade pela Corte. Como observado pelo Min. Gilmar, configurando uma verdadeira ação fraudulenta por parte do legislador do qual emanou a norma questionada.

A falsa revogação é detectada quando a lei revogadora, na verdade, não possui densidade normativa idêntica ou semelhante à tida por revogada ou, como demonstraremos através de exemplos, quando a norma "dita revogadora" ressalva, mantendo inalterado no corpo do seu texto os dispositivos legais e ou as situações por ele alteradas. Embora, usualmente, as leis "ditas revogadoras" façam, ao final de seu texto, a referência "revogados os dispositivos da lei "dita revogada", ou "revogados os dispositivos à ela contrários."

3.1.1. Ausência de densidade normativa idêntica ou semelhante à tida por revogada

É jurisprudência da Corte:

> "Nova redação que não altere o sentido e o alcance do dispositivo atacado não implica a revogação deste, de sorte que permanece viável o controle concentrado de constitucionalidade. Agravo regimental a que se nega provimento." (cf. Acórdão Agr. no Agr, na ADI 2581, DJ 16/12/05).

O cotejo da norma "dita revogadora" com a "supostamente revogada" é primordial. A Corte já aplicou inúmeras vezes a atual jurisprudência, julgando prejudicada a ADI por superveniente revogação da norma questionada. Em alguns destes casos, o cotejo entre as normas revogadora e revogada, revelou tratarem-se de uma falsa revogação.

O primeiro exemplo diz respeito ao julgamento de prejudicialidade da ADI nº 3.249 (cf. DJ. 17/11/05), Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Esta ADI tinha como objeto os artigos: art. 3º; art. 4º, § 2º, alíneas "a" e "b", e § 3º; art. 9º, e art. 10º, § 1º, alínea "b", todos da Lei nº 3.893, de 19 de julho de 2002, do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão :

> "Trata-se de informações acerca da *ab-rogação* – pela L. est. 4620/05 (art. 29) – da L. est. 3893/02, na qual se inserem os dispositivos normativos impugnados nesta ação direta (arts. 3º, 4º, § 2º, *a* e *b*, § 3º, art. 9º, 10º, § 1º, *b*).
>
> Ante a superveniente revogação das normas questionadas, julgo prejudicada a ação direta.
>
> Brasília, 8 de novembro de 2005."

Breve relato sobre a ação: a lei impugnada tratava de Carreira – Unificação e Reestruturação – Quadro de Pessoal.

A Advocacia Geral da União apresentou sua manifestação pela declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados. Em seqüência, a Procuradoria-Geral da República exarou parecer pela procedência do pedido, ou seja, para que a Corte declarasse a inconstitucionalidade dos dispositivos legais impugnados. Já tendo sido distribuído o relatório e pedido dia para julgamento, a assembléia legislativa estadual, órgão do qual emanou o dispositivo legal impugnado, comunicou a revogação deste.

Analisando os textos das normas – revogada e revogadora –, verifica-se que a norma revogadora (Lei nº 4.620/05), ao longo de seus dispositivos, ressalva situações constituídas sob a égide da lei dita revogada (Lei nº 3.893/02). O curioso é que os dispositivos ressalvados são justamente os que compõem o objeto da ADI.

Apesar de a lei "dita revogadora" alterar a redação do art. 4º da lei questionada (Lei nº 3.893\02), considera e mantém no seu anexo (Quadro de Carreiras) todas as alterações efetivamente trazidas por esta. Isto demonstra que não houve revogação, pois se a lei revogadora (Lei nº 4.620\05) realmente tivesse revogado a lei questionada na ADI, de constitucionalidade duvidosa, deveria a nova lei tomar como base e referência a situação vigente anterior à edição da lei questionada (Lei nº 3.893\02) e não se valer das alterações por ela produzidas, justamente porque o conteúdo e alcance destas alterações são o objeto da ADI proposta.

Aqui restou claramente evidenciada a situação de revogação para não revogar.

Consideremos, por fim, um outro caso, distinto dos anteriormente analisados quanto às das aparentes ou falsas revogações. Trata-se de uma situação em que a ausência de identidade da densidade normativa da norma revogadora, bem como o seu caráter superveniente, ou não, gera problemas de confusão normativa quanto à continuidade, ou não, de vigência da norma revogada.

A ADI nº 3213, cujo objeto era a lei nº 8.295/03 que instituía o Código de Defesa do Contribuinte do Estado do Rio Grande do Norte, foi julgada prejudicada por perda superveniente de objeto, com base na informação de que a Lei nº 8.335/03 teria revogado a questionada.

> "*DECISÃO*: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Governadora do Estado do Rio Grande do Norte em face da Lei Estadual nº 8.295, de 27 de janeiro de 2003, que institui o Código de Defesa do Contribuinte do Rio Grande do Norte.
>
> Verifico que a Lei Estadual nº 8.335, de 09 de junho de 2003 (publicada no DOE de 10.06.2003), também do Estado do Rio Grande do Norte, em seu art. 2º, revogou expressamente a norma impugnada nesta ação, *verbis*:
>
> "Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação, retroagindo seus efeitos a 1º de janeiro de 2003, relativamente às disposições do art. 1º, revogadas as Leis nºs 8.291, 8.293, 8.295 e 8.296, todas de 27 de janeiro de 2003, e a Lei nº 7.461, de 26 de fevereiro de 1999." (grifei)
>
> Assim sendo, julgo prejudicada a presente ação direta de inconstitucionalidade por perda superveniente de objeto (RISTF, art. 21, IX).
>
> Junte-se aos autos o inteiro teor da Lei nº 8.335/2003, do Estado do Rio Grande do Norte, extraída da página oficial na internet da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte (www.al.rn.gov.br).
>
> Publique-se.
>
> Brasília, 22 de fevereiro de 2006."

Realizando o trabalho de cotejo das normas verifica-se que os objetos disciplinados, considerando sua amplitude (instituía o Código de Defesa do Contribuinte do Rio Grande do Norte, teria sido revogada por dispositivo expresso constante de lei sob matéria tributária diversa e específica, nem mesmo constando da ementa da lei revoga-

dora), seu conteúdo normativo e sentido, são diversos, podendo inclusive enquadrarem-se no entendimento jurisprudencial de que:

> "Nova redação que não altere o sentido e o alcance do dispositivo atacado não implica a revogação..." (cf. ADI nº 2581, DJ. 16/12/05).

Particularidades interessantes nessa ADI:

A requerente, governadora do Estado do Rio Grande do Norte, um ano antes de ingressar com a ação, tinha assinado a Lei "dita revogadora". Ou seja, em tese, a ADI deveria não ter sido conhecida, pois o objeto já se encontraria aparentemente revogado quando de seu ajuizamento, tanto na jurisprudência anterior quanto na atual.

A Corte não conhecia e não conhece de ADI que tenha como objeto lei ou ato normativo já revogado quando de sua proposição.

Chamou-nos a atenção o fato de que a manifestação do Advogado Geral da União (cf. PG nº 101990/04), acostado aos autos, foi em defesa do dispositivo legal questionado. Na mesma direção foi o parecer da Procuradoria-Geral da República pela improcedência do pedido, ou seja, pela constitucionalidade do dispositivo legal impugnado.

A informação da revogação, entretanto, não foi oficial (cf.DJ. 08/03/06), não se deu por parte do órgão do qual emanou o dispositivo questionado. Muito pelo contrário, quando as informações da Assembléia Legislativa foram prestadas (cf. PG nº 40886/06), extemporaneamente, pugnavam pelo julgamento de improcedência do pedido, dada à constitucionalidade da lei. E, em nenhum momento, houve qualquer menção ao fato de já ter sido revogado por uma outra lei qualquer.

Será que houve uma falha do requerente tendo ajuizado ação direta contra dispositivo legal já revogado, há um ano, por si próprio? Ou será que para o requerente, mesmo estando revogada a lei, não a considerava revogada? Ou considerava a necessidade de se ter a declaração de inconstitucionalidade, ou seja, ser proscrita por inconstitucional?

Julgada e arquivada a ação, subsiste a dúvida quanto à constitucionalidade ou não da lei, bem como em relação à sua revogação ou não.

Estes são alguns dos vários exemplos que poderiam ser citados. O fato é que a Corte, ao continuar julgando prejudicada estas ações que têm após seu ajuizamento a revogação superveniente de objeto, não tem, de forma alguma, alcançado seus objetivos de "supremacia da Constituição" e "segurança jurídica".

Analisando o primeiro fundamento da decisão acerca do objeto da ADI, pode-se extrair que ela se fundamenta na suposição de que o interesse de agir deixaria de existir se a lei ou ato normativo impugnado não mais estivesse em vigor, ainda que a revogação tivesse se verificado após sua propositura.

3.1.2. O objeto de uma ADI não é apenas o texto da lei ou ato normativo impugnado, é o sentido e o alcance do dispositivo atacado

Lei ou ato normativo não é um texto, como já dito anteriormente, é o sentido que se lhe dá. Assim, o objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade não é apenas o texto da lei ou ato normativo impugnado, é muito mais amplo do que isso, é o sentido e o alcance do dispositivo atacado. Mesmo porque, no controle concentrado de normas, verifica-se a adequação da lei ou ato normativo impugnado, cotejando-o com a Constituição, especificamente com os princípios constitucionais tidos como violados, que, por sua vez, são abertos.

Neste sentido, um texto sempre contém muito mais "normas" do que uma possível leitura do seu texto, por mais literal que seja.

O objeto da ADI é a lei ou ato normativo, sua existência é pré-requisito inafastável, mas acrescer como condição ainda estar em vigor é, sem dúvida alguma, simplório e restritivo. Seu objeto, na hipótese de superveniente revogação, continua idôneo mesmo aparentemente não estando mais em vigor.

Continuamos afirmando que o objeto da ADI é a lei ou ato normativo, sua existência é pré-requisito inafastável, mas reduzir vigência à mera existência formal é não compreender o complexo conceito de vigência enquanto existência jurídica da norma e de sua capacidade de produzir efeitos consoante a seus próprios termos. Mas, condicionar a continuidade do exame da inconstitucionalidade à possibilidade de revogação superveniente é abrir as portas para estratégias e mecanismos escusos que, mediante o travestirem-se de revogação, objetivam assegurar a continuidade das inconstitucionalidades perpetradas.

O controle de constitucionalidade tanto no modelo concentrado quanto no difuso tem como alvo a manutenção da supremacia da Constituição, conceito este em que as leis ou atos jurídicos não podem subsistir validamente no âmbito do Estado se forem incompatíveis com os princípios constitucionais.

Assim, o primeiro argumento usado no acórdão em comento (ADI nº 709) mostra-se demasiadamente frágil.

Subsidiariamente, somado aos argumentos postos neste ponto da discussão, insere-se o princípio da indisponibilidade da ação direta de inconstitucionalidade.

3.2. Do princípio da indisponibilidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade

Segundo esse princípio, uma vez proposta a ADI, seus proponentes não podem dela desistir (cf. MCADI nº 1971, DJ. 02/08/99) alcançando inclusive a impossibilidade de desistência do pedido cautelar (cf. MCADI nº 892, DJ. 07/11/97) porventura requerido.

O posicionamento jurisprudencial acolhe, segundo lição do Min. Celso de Mello, o

> "princípio da indisponibilidade, que rege o processo de controle concentrado de constitucionalidade...".

sob o qual,

> "(...) A questão pertinente à controvérsia constitucional reveste-se de tamanha magnitude, que, uma vez instaurada a fiscalização concentrada de constitucionalidade, torna-se inviável a extinção desse processo objetivo pela só e unilateral manifestação de vontade do Autor.
>
> O relevo jurídico, político, social ou administrativo do tema submetido ao poder de controle 'in abstracto' do Supremo Tribunal Federal justifica, por si só, a impossibilidade processual de admitir-se a validade da desistência da ação direta.
>
> O exercício da jurisdição constitucional concentrada desta Suprema Corte, por isso mesmo, não pode ficar condicionado – e muito menos ser frustrado – por razões que, invocadas pelo Autor, nem sempre se identificam com a necessidade, imposta pelo interesse público, de ver excluídas do ordenamento jurídico as normas eivadas de inconstitucionalidade.(...)."

A Corte, em conseqüência de sua observância, não reconhece ser "lícito" ao requerente sequer o direito de solicitar a desistência de ação direta já ajuizada.

No mesmo sentido é o parecer da PGR nos autos da ADI nº 1244:

> "Não poderia o Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região – diretamente interessado na causa – revogar o seu ato normativo provocando efeito de verdadeira desistência, inadmissível nas ações diretas de inconstitucionalidade, quando a questão já se encontrava indisponível para as partes, submetida a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal."

As razões do fundamento do referido entendimento estão calcadas no interesse exclusivamente público que reveste a ADI repetidas entre nós por vários doutrinadores, entre elas podemos citar:

- em relação à sua natureza, o requerente no processo de controle concentrado não milita em interesse próprio nem persegue a defesa de uma posição jurídica individual;

- o objeto do processo não é a dúvida nele suscitada, e sim a validade ou não de lei ou ato normativo. A dúvida acerca de sua constitucionalidade ou não apenas inaugura o procedimento;
- Ao instaurar o processo de controle concentrado o requerente está atuando como advogado da Constituição.

É real a possibilidade de o legislador retirar do controle concentrado a averiguação da constitucionalidade questionada do dispositivo legal pela simples edição de norma revogadora, isentando-se de se assegurar de que os efeitos inconstitucionais continuados tenham sido eliminados.

Entendemos que alguns casos de revogação superveniente, após a propositura da ação, tratam-se de verdadeira disponibilização por parte do legislador ordinário da ação já proposta e em curso.

Proposta a ação direta de inconstitucionalidade e dado seu caráter público e sua importância, analisados e satisfeitos inicialmente os pressupostos processuais e condições da ação, esta deve, até mesmo com base no princípio da indisponibilidade ao qual está submetida, seguir seu curso até decisão final de mérito.

4. Fundamento II – Diferenciação entre função jurídica constitucional da ADI e do instituto da revogação.

O segundo fundamento do acórdão em comento, ao afirmar que a revogação ulterior do objeto da ADI (lei ou ato normativo), após a propositura da ação, realiza, em si, a função jurídica constitucional reservada à ADI, qual seja, a de expungir do sistema jurídico a norma inquinada de inconstitucionalidade, também merece considerações.

Ocorre que a função jurídica constitucional reservada à ADI não é, como veremos mais adiante, somente a de expungir do sistema jurídico a norma inquinada de inconstitucionalidade. Assim como o instituto da revogação não exerce, e não realiza em si, a função jurídica constitucional reservada à ADI, pois se trata de instituto diverso desta, com característica próprias.

Cumpre-nos então identificar as diferenças existentes entre um e outro, tendo em vista a supremacia da Constituição e, portando, a integridade dos direitos.

4.1. Da função jurídica da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

Na ação direta de inconstitucionalidade, quando seu julgamento é procedente e declarado inconstitucional seu objeto (lei ou ato normativo), seu efeitos são *erga omnes* e *ex tunc*, ou seja, sobre todos e desde o início.

Tradicionalmente, para o direito brasileiro uma lei ou ato normativo declarado inconstitucional é nulo – ato normativo em desconformidade com as normas superiores do ordenamento jurídico, no caso com a Constituição, envolvendo o problema de sua validade. Essa declaração estende seus efeitos ao momento do surgimento da norma inválida, como se nunca tivesse existido, devido à gravidade de seu vício: sua inconstitucionalidade.

Essa sentença declara uma nulidade preexistente, considerando a lei nula *ab initio*, não podendo gerar efeitos. Assim, também como no modelo norte-americano, a sentença que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, pois contrária à norma superior, é nula.

Já para o modelo austríaco, sua discricionariedade lhe permite não declarar a nulidade da lei inconstitucional, mas sua anulabilidade. Assim, enquanto o tribunal não declarar nula a lei inconstitucional, esta permanece válida. Neste caso, a eficácia da sentença de inconstitucionalidade é constitutiva, operando efeitos *ex nunc*, para o futuro.

4.2. Da função jurídica da revogação

Já a revogação não se dá por vício da norma revogada, mas pela necessidade ou contingência do Estado em alterar suas normas regularmente emanadas, por advento de novos elementos de fato, de novos pro-

cessos normativos ou valorativos, ou vigência destes dois últimos.

A função jurídica da revogação é a alteração do ordenamento regularmente existente e vigente, para que o direito continue alcançando sua finalidade de promover a harmonia e convivência social, ocorrendo, por uma questão de oportunidade ou conveniência, a revogação normativa, uma exigência da democracia e o caráter contigente do direito moderno – regra de maioria.

Conforme nossa doutrina, o princípio de que *lex posterior derogat priori*, constante no instituto da revogação, requer necessariamente entre as normas – revogadora e revogada – que haja densidade normativa idêntica ou semelhante. Segundo o art. 2º da nossa Lei de Introdução ao Código Civil, se a lei revogadora for apenas de conteúdo geral (*lex generalis)* ou especial (*lex specialis)* sobre o assunto versado na lei revogada, a derrogação desta não se verifica.

No mesmo sentido já se pronunciou o STF quando do julgamento do segundo agravo regimental na ADI nº 2581, assim posto:

> "*EMENTA:* Ação Direta de Inconstitucionalidade. Agravo Regimental. Alteração não-substancial da norma impugnada. Inexistência de prejudicialidade. Agravo regimental improvido.
>
> É correta decisão monocrática que entende não prejudicada ação direta de inconstitucionalidade em virtude de sobrevinda de alteração legislativa não-substancial da norma impugnada.
>
> Nova redação que não altere o sentido e o alcance do dispositivo atacado não implica a revogação deste, de sorte que permanece viável o controle concentrado de constitucionalidade. Agravo regimental a que se nega provimento."

Quanto aos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade e de uma revogação, estes também são distintos. A revogação opera, a princípio, efeitos *ex nunc* – a partir do momento de substituição ou extinção da norma revogada, precisamente porque incide sobre norma válida e legítima até então. Enquanto a nulidade, no caso decorrente da declaração de inconstitucionalidade, opera efeitos *ex tunc* – no momento do surgimento da norma inválida.

Nesse sentido o parecer da PGR:

> "Vale lembrar que as decisões definitivas que declaram a inconstitucionalidade de uma norma nas ações diretas de inconstitucionalidade, segundo a jurisprudência pacífica desta Colenda Corte, têm efeitos ex tunc. O Acórdão que declara a inconstitucionalidade da norma não apenas atinge a norma jurídica abstrata, invalidando-a e retirando-a do mundo jurídico, mas alcança também 'ab initio' os atos e efeitos fundados na norma impugnada. Dado o caráter declaratório da ação, pois, não me parece que a revogação do ato normativo pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região possa prejudicar o prosseguimento da ação direta de inconstitucionalidade."(cf. ADI 1244, Parecer p. 77-80).

Se perguntássemos onde os conceitos de existência e vigência, analisados na primeira fundamentação utilizada no acórdão, revelam-se problemáticos, – ao tomar a revogação como capaz de elidir os riscos para a integridade dos direitos, abortando a ação já proposta, o tribunal termina por assegurar o contrário do que deveria resguardar, ou seja, a possibilidade de se continuar a ferir a integridade dos direitos mediante uma revogação falsa ou não, sendo capaz de ver os efeitos continuados da vigência que uma vez existiu – teríamos como resposta que a lei ou ato normativo declarado inconstitucional, e portanto considerado nulo, não tem e nem pode ter tido existência ou vigência anterior, pois a princípio não lhes reconhece a possibilidade de um dia terem existido e por conseqüência vigido.

Já a revogação é mais branda, reconhece a existência desta (lei ou ato normativo), podendo muitas vezes atingir sua eficácia, fazendo-a cessar. Em outras situações sua eficácia perdura mesmo com o fim de sua existência jurídica.

Evidente é a diferença entre a função jurisdicional da declaração de inconstitucionalidade e da revogação superveniente da lei ou ato normativo impugnado. Além do já demonstrado, esta diferenciação foi também ressaltada pelo Min. Rezek neste mesmo julgamento, alertando para os casos em que:

> "(...)representando um título jurídico, até mesmo de domínio territorial, os efeitos residuais da lei sejam dramáticos e ela deva, embora já revogada ser proscrita por inconstitucionalidade" (cf. ADI nº 709).

em mais uma clara demonstração de que são distintos, e de que, em relação aos efeitos, os da declaração de inconstitucionalidade vão muito além dos da revogação superveniente da lei ou do ato impugnado em sede de controle concentrado, contrariamente ao que firmou a nova jurisprudência da corte em relação ao caso.

Portanto, torna-se de cristalina, a necessidade de se retomar o entendimento anterior, uma vez proposta a ADI, a revogação superveniente não pode produzir o efeito da perda de objeto, porque, precisamente, essa revogação pode visar à manutenção e continuidade da inconstitucionalidade.

5. Fundamento III – Dos efeitos concretos da lei revogada durante sua vigência

O terceiro e último argumento utilizado na fundamentação se refere aos efeitos concretos da lei revogada durante sua vigência. Conclui o julgado se tratar de matéria que, por não constituir objeto da ação direta, deva ser remetida às vias ordinárias.

Até este ponto a referida assertiva encontra guarida nas contra-argumentações expostas e utilizadas para desconstituir os fundamentos da decisão. Mas conclui o acórdão no sentido de que "a declaração em tese de lei que não mais existe transformaria a ação direta, em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concretas", como algo indesejável.

Este aspecto deve ser analisado com cuidado, primeiro porque a preocupação quanto ao processamento e julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade deve ter, acima de tudo, um aspecto didático-pedagógico, deve resguardar a supralegalidade da Constituição e a segurança jurídica, como sendo o respeito aos direitos fundamentais e ao trato adequado da coisa pública.

Como bem vimos, não se trata de forma alguma do controle de situações individuais *de per si* consideradas em razão do pleito de direitos feridos em concreto, mas sim de efeitos continuados de leis abusivas, inconstitucionais, mediante o estratagema das falsas revogações, como salienta o Min. Gilmar Mendes. Há mesmo risco, na maior parte dos casos, de que determinada remuneração ou vantagem abusiva não venha a ser questionada judicialmente, dado à posição social e de poder ocupada pelos beneficiários, preservando-se deste modo a inconstitucionalidade. Há que ser analisada aqui, e como imperativo típico do controle concentrado, a possível inconstitucionalidade como tal, uma vez que a revogação superveniente sempre poderá ter sido para evitar os efeitos concretos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade.

Realizar a prestação jurisdicional, declarando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo impugnado, mesmo tendo sido revogado supervenientemente o referido dispositivo legal, é antes de tudo afirmar e reafirmar a supremacia constitucional, não no sentido positivista, mas no sentido principiológico.

A preocupação de que esta decisão se transformaria num instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concretas é, neste momento, de menor im-

portância. Até mesmo porque se hoje o instrumento de controle é chamado de *abstrato* não o é em relação ao dispositivo legal impugnado, mas sim em relação à generalidade da titularidade expressamente atribuída àqueles elencados na Constituição para a sua propositura. Estes estão autorizados a fazê-lo como representantes da cidadania em geral e não precisam ter seus direitos feridos, bastando o risco de que direitos sejam ou possam ser feridos.

Assim, é que *abstrato* no controle concentrado pode ser, no máximo, a titularidade autorizada para a propositura da ação. Já seu objeto é plenamente identificável e individualizável: os riscos gerados para os direitos fundamentais e à ordem pública, pela lei ou ato normativo impugnado ou ausência deste, no caso de ADI por omissão.

Com razão, preocupa-se o prof. Gilmar Mendes (cf. MENDES, 1998, p. 170) em se remeter ao controle difuso a apreciação da matéria acerca da constitucionalidade duvidosa de lei ou ato normativo, que em sede do controle concentrado teve seu processamento obstaculizado pela ação do próprio órgão legislador do qual emanou a norma, revogando-a.

A razão por ele (prof. Gilmar) levantada, diz respeito aos pressupostos do controle difuso, que requerem sempre a defesa de um interesse jurídico específico, nem sempre em condições de ser demonstrado. Poder-se-ia afirmar que qualquer cidadão dispõe de condições de provocar o exame da matéria? Problematiza o professor.

6. Considerações finais

Portanto, pelos motivos expostos, é imperativo o retorno ao entendimento anterior da Corte, que julgava o mérito das ações diretas de inconstitucionalidade em que a existência da norma era pressuposto processual, porém, sua exigência era de que a norma estivesse em vigor *no momento da propositura da ação*.

Isto porque trata-se de uma verdadeira ação posta à apreciação do judiciário, não havendo pretensão resistida, que busca a defesa da ordem constitucional objetiva e sua coerência.

Reafirmamos que;

- Ninguém questiona a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo se não houver uma presunção assentada na hipótese de que esta lei ou ato tenha ferido ou possa vir a ferir direitos. Seja por colocar direitos fundamentais em risco, direta ou indiretamente, ou simplesmente por ter podido gerar efeitos, produzir e estabelecer relações jurídicas, o que, para tanto, bastaria sua simples existência, afastando a necessidade de ainda estar em vigor.
- Permanece inalterado o suposto da afirmação de que o legislador, na sua tarefa de elaboração das leis encontra-se limitado e circunscrito pela constituição, não podendo fazer, validamente, leis inconstitucionais, e sempre que isso ocorrer deverão estas serem proscritas por inconstitucionais e não simplesmente revogadas.
- Não se confunde e não se iguala a função jurídica constitucional exercida através de uma ação direta de inconstitucionalidade com o instituto da revogação, como o fez a decisão na ADI nº 709, pois completamente distintas.
- *Abstrato* no controle concentrado se refere aos titulares da ação e não a seu objeto, que é o dispositivo legal impugnado, sendo este determinado e individualizável.
- Segundo a própria Corte, a ADI está jungida ao princípio da indisponibilidade, pelo alto relevo jurídico, político, social ou administrativo que envolve o tema submetido ao controle, imposto pelo interesse público, de ver excluídas do ordenamento jurídico as norma eivadas de inconstitucionalidade.

O que abolimos veementemente é o discurso de que, em determinados casos, o Supremo Tribunal Federal deva, com olhos postos não na Constituição mas na chamada "governabilidade política e econômica", se abster de exercer seu papel constitucional, e deixar de aplicar os princípios para os quais foi chamado a defender,

privando-se de apreciar e julgar as ações que lhe são postas, e que são da mais alta relevância.

Notas

[1] A ADI nº 1244 é um exemplo de ação direta de inconstitucionalidade em que a Corte está discutindo se julga ou não seu mérito. Isso porque o dispositivo legal questionado teria sido supervenientemente revogado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região – órgão que elaborou a norma impugnada.

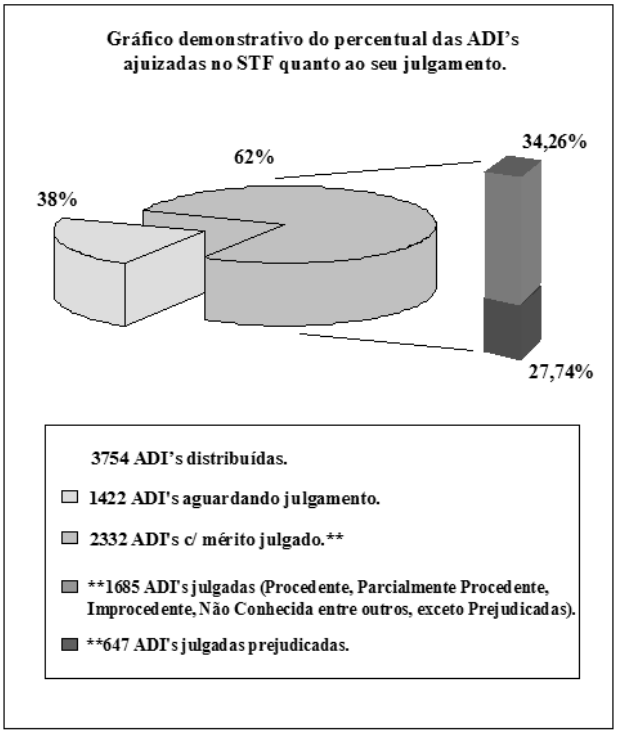
Este caso chamou a atenção da Corte pois ficou evidenciado a tentativa de se burlar e não cumprir a decisão liminar concedida logo no início do julgamento, em que algumas ações apreciadas pela Justiça Federal resultaram em decisões em sentido contrário ao da referida liminar deferida, dando ensejo a uma Questão de Ordem no STF, que por sua vez decidiu por suspender até decisão de mérito, as referidas ações.

Posteriormente, o TRT 15ª Região comunica a 'revogação' de sua decisão que deu ensejo à ADI. Substituído o então rel. Min. Néri da Silveira, por sua aposentadoria, passou a relatar a ação o Min. Gilmar Mendes, que após prolatar seu voto no sentido da continuidade do julgamento da ação, por considerar ausente a prejudicialidade do pedido formulado na inicial, ante a revogação do ato atacado, o mesmo se encontra com pedido de vista, formulado pela Min. Ellen Gracie em 25/04/2003.

[2] Recentemente, em 28/06/06, o Plenário do STF julgou o mérito da ADI nº 572, rel. Min. Eros Grau, em que lei estadual foi contestada em face de artigos modificados posteriormente pela EC 41. Mesmo assim, foi dado curso ao julgamento e declarada a inconstitucionalidade em relação ao novo parâmetro. Esta decisão ainda não foi publicada.

Como se pode observar, o STF embora não tenha alterado sua jurisprudência quanto à continuidade do julgamento das ADIs, por superveniente revogação do dispositivo legal questionado, tem, vez ou outra, se deparado com a situação, dando demonstrações de que, realmente esse entendimento jurisprudencial deva ser revisto.

Gráfico de ADIs julgadas prejudicadas pelo STF



Fonte de dados: Banco de dados do Supremo Tribunal Federal. SPCC – Seção de Processos do Controle Concentrado. Atualização em 22/06/06.