*MEDIDA PROVISÓRIA — CONVERSÃO EM LEI — CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE*

*— A lei de conversão, derivada de medida provisória objeto de ação direta de inconstitucionalidade, tendo operado alterações no conteúdo material desse ato normativo editado pelo Presidente da República, constitui espécie jurídica diversa, não podendo ser impugnada na mesma ação, mediante simples aditamento da petição inicial.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 258
*Requerente:* Associação Nacional das Corretoras — Ancor
*Requerido:* presidente da República
*Relator:* Sr. Ministro CELSO DE MELLO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir, resolvendo questão de ordem suscitada, o aditamento de petição inicial de ação direta de inconstitucionalidade contra medida pro-

visória, para a sua transformação em ADIn contra a lei em que aquela se converteu.

Brasília, 26 de abril de 1991. *Sydney Sanches*, Presidente. *Celso de Mello*, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

*O Sr. Ministro Aldir Passarinho* (Relator): A Associação Nacional das Corretoras — Ancor, com base no art. 102, inciso I, alíneas *a* e *p* e arts. 103, inciso X, da Constituição Federal propõe perante esta Corte ação direta a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade dos arts. 1º, incisos II e III; 2º, inciso III; 3º, inciso II e parágrafo úncio; 4º, inciso II; 6º, inciso *caput*, § 2º, alínea *a*, art. 9º, incisos II e III e 11, da Medida Provisória nº 160, de 15 de março de 1990, publicada no *Diário Oficial* de 16 de março de 1990, na sustentação de que contrariam tais preceitos o § 5º do art. 153, e o inciso III, alínea *a*, do art. 150, tudo da nova Constituição Federal.

Os dispositivos acoimados de inconstitucionais têm a seguinte redação:

"Art. 1º São instituídas as seguintes incidências do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários:

II — transmissão ou venda de ouro definido pela legislação como ativo financeiro;

III — transmissão e resgate de título representativo de ouro;

Art. 2º O imposto ora instituído terá as seguintes características:

III — não prejudicará as incidências já estabelecidas na legislação, constituindo, quando ocorrer essa hipótese, um adicional para as operações já tributadas por essa legislação.

Art. 3º A base de cálculo do imposto de que trata esta medida provisória é:

I — nas hipóteses de que trata o inciso I do art. 1º, o valor resgatado;

II — nas hipóteses de que tratam os incisos II e III do art. 1º, o valor da operação.

Parágrafo único. No caso de aquisição de ações e ouro, por exercício de opção, a base de cálculo será obtida utilizando-se o preço médio observado em pregão no dia do exercício, assegurada, para as ações, a dedução prevista no § 1º do art. 7º.

Art. 4º Fica estabelecida a obrigatoriedade da apresentação pelo contribuinte, no prazo de 30 dias, de declaração discriminando os ativos financeiros mencionados nos incisos II, III, IV e V do art. 1º, quando ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses:

I — o contribuinte possuir ouro.

Art. 5º A alíquota do imposto de que trata esta medida provisória é de:

II — 35% (trinta e cinco por cento), nas hipóteses de que tratam os incisos II e III do art. 1º;

Art. 6º As alíquotas previstas nos incisos II, III e IV do artigo anterior serão reduzidas, respectivamente, para 15% (quinze por cento), para 8% (oito por cento) e para 8% (oito por cento), se o contribuinte, dentro do prazo de trinta dias contados da publicação desta medida provisória, optar pelo pagamento do imposto previsto no art. 1º, oportunidade em que lhe será concedido o parcelamento em 5 (cinco) prestações mensais, iguais e sucessivas, atualizadas pela variação do BTN Fiscal.

§ 2º Na hipótese de antecipação, a base de cálculo do imposto será:

a) no caso dos incisos II e III do art. 1º, o valor do ouro apurado com base no prazo médio observado no pregão de bolsas de mercadorias imediatamente anterior à publicação desta medida provisória, convertido em BTN Fiscal vigente na data desse pregão.

Art. 9º São contribuintes do imposto de que trata esta medida provisória:

II — o transmitente, na hipótese de que trata o inciso II do art. 1º;

III — o transmitente e o que efetua o resgate, respectivamente, nas hipóteses de que trata o inciso III do art. 1º.

Art. 11. A custódia de títulos, valores mobiliários e ouro somente poderá ser levantada depois de assegurado o pagamento do imposto ora instituído" (fls. 71-4).

Alega a autora que a medida provisória não poderia ter instituído o IOF sobre a transmissão ou venda de ouro definida pela

legislação como ativo financeiro e transmissão e resgate de título representativo de *ouro,* posto que a Constituição atual, tal como ocorria na anterior, manteve a mesma linha de haver uma incidência única para as operações com minerais e, portanto, com o ouro.

Lembra a autora que, pela Carta revogada, em face do disposto nos incisos VIII e IX do seu art. 21, quis ela referir-se, para maior segurança de seu objetivo, a tributos que incidiam sobre as operações de produção, circulação, distribuição, extração, importação ou consumo de minerais, entre eles o *ouro.* Não havia, então, qualquer diferença entre o ouro-mercadoria e ouro-investimento, e havia a incidência de um único tributo, uma só vez, qual seja o IUM (Imposto Único sobre Minerais). A Constituição atual trouxera, porém, substancial alteração na disciplina jurídico-tributária do ouro, introduzindo um duplo conceito para as respectivas operações, levando em consideração a *destinação* ao ouro, vindo, em conseqüência, a estar-se diante do *ouro-mercadoria* ou do *ouro-investimento,* mais propriamente *ouro-ativo financeiro* ou *instrumento cambial.* Entretanto, no tangente à incidência única, não houve alteração como resulta do § 5º do art. 153 da Carta Magna, que assim dispõe:

"O ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto de que trata o inciso V do *caput* deste artigo, devido na operação de origem; a alíquota mínima será de um por cento, assegurada a transferência do montante da arrecadação, nos seguintes termos":

Assim, resulta que o *ouro,* definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se única e exclusivamente à incidência de um imposto, qual seja o IOF, o qual incidirá uma única vez na operação de origem. A alíquota mínima é de um por cento e fica assegurada a transferência do montante da arrecadação aos estados e municípios. Pretendera, deste modo, o legislador constituinte, dar ao ouro o mesmo tratamento que outrora dera aos minerais, ou seja, uma incidência de tributo única, e apenas em uma operação. Observa o autor que tal medida evita que, com incidência de tributo em etapas sucessivas, haja a evasão de divisas com a prática do crime de contrabando ou descaminho. Adianta, ainda, o autor que a operação de origem, sobre a qual incide a tributação, foi definida pela Lei nº 7.766/89, como a primeira aquisição do ouro por instituição financeira, conforme resulta do art. 8º, do diploma legal referido, que assim dispôs:

"O fato gerador do imposto é a primeira aquisição do ouro, ativo financeiro, efetuada por instituição autorizada, integrante do Sistema Financeiro Nacional".

Assinala a autora, ainda, que todo o ouro hoje em circulação no mercado financeiro brasileiro já sofreu a tributação pelo IOF, quando da primeira aquisição por instituição financeira, em face da Lei nº 7.766/89, assim como todo o ouro que estava em circulação no mercado financeiro quando da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 já fora tributado pelo IUM. Assim sendo, nova a incidência de outro tributo, inclusive o IOF sobre operações subseqüentes à operação de origem, feria frontalmente a Carta Magna, por ofensa ao aludido § 5º do seu art. 153. Tal entendimento é reforçado, assegura, pelo inciso X do § 2º do art. 155 da mesma Constituição, pois aí pretendeu o constituinte ratificar que o ouro ativo financeiro ou instrumento cambial não se confunde com o ouro-mercadoria que sofrerá a incidência do ICMS, em todas as etapas, pelo sistema da não cumulatividade tributária. E insiste em que nem o próprio IOF poderia incidir em operações sucessivas à operação de origem, como adicional, de vez que a proibição é expressa na Constituição. Ao final, observa que, mesmo fosse possível a tributação do IOF não poderia ela atingir fatos geradores passados, isto é, as primeiras aquisições de ouro por instituição financeira já ocorridas, ante o princípio da irretroatividade da lei tributária, consagrada no art. 150, III, alínea *a,* da Constituição Federal. Por último, menciona a tramitação dos dispositivos constitucionais referentes à matéria, para mostrar

que, de fato, é inconstitucional a tributação do IOF sobre as operações com ouro.

Requer a autora, ao final, a concessão da liminar.

Acabo de receber petição da autora pedindo que, tendo em vista a conversão em lei da Medida Provisória nº 160, seja a liminar concedida, já agora, para suspensão dos arts. 1º, incisos I e III; 2º, inciso IV; 3º, inciso II; o III e art. 11 da Lei nº 8.033/90.

É o relatório.

VOTO

*O Sr. Ministro Aldir Passarinho* (Relator): A autora é a Associação Nacional das Corretoras, verificando-se o seu âmbito nacional pelo disposto no parágrafo único do art. 1º do seu estatuto social, podendo ser associadas, segundo o art. 7º, "as sociedades corretoras de valores mobiliários e sociedades corretoras de câmbio (letra *a*); e "sociedades corretoras de mercadorias membros de Bolsa de Futuros e Mercadorias atuantes no país" (letra *b*).

A Associação trouxe prova de que se encontra com seus estatutos devidamente registrados no 3º Cartório de Registros Civil de Pessoas Jurídicas, e veio a juízo devidamente representada com advogados com procuração nos autos. É de observar que a Associação possui, entre suas finalidades, aquelas que possibilitam a providência que vem de adotar, segundo resulta do seu art. 2º, *caput* e alíneas *b* e *c*, dos estatutos. Entendo, assim, que a Associação se encontra devidamente legitimada a ingressar com a presente ação, e se encontra bem representada.

É de observar, de logo, que a Medida Provisória nº 160 de 15 de março de 1990, conforme a respectiva ementa, alterou a legislação do imposto sobre operações financeiras, instituindo incidências de caráter transitório sobre os atos que menciona, e deu outras providências. Veio ela a ser convertida em lei — a Lei nº 8.033/90, que não trouxe modificações, no particular, isto é, quanto aos dispositivos cuja constitucionalidade se discute, pelo que tenho como cabível que esta ação prossiga.

Na oportunidade, cabe, apenas, o exame dos pressupostos que possam justificar a concessão da medida liminar.

Examinando os textos da Medida Provisória nº 160 e, agora, da Lei nº 8.033/90, verifica-se que elas dizem respeito à instituição de novas incidências do imposto sobre operações financeiras (operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários), preocupando-se, na espécie, a autora, no referente às operações com ouro (transmissão ou venda de ouro definido pela legislação como ativo financeiro (item II do art. 1º) e transmissão e resgate representativo de ouro (item III, do art. 1º).

De pronto, entretanto, se verifica que vários dos outros dispositivos apontados como inconstitucionais abrangem não só aquelas operações referentes a operações com ouro, definido pela legislação como ativo financeiro, e transmissão e resgate de títulos representativo de ouro, como também aquelas outras enumeradas no item I do mesmo art. 1º, quais sejam: "resgate de títulos e valores mobiliários, públicos e privados, inclusive de aplicações de curto prazo, tais como letras de câmbio, depósitos a prazo com ou sem emissão de certificados, letras imobiliárias, debêntures e cédulas hipotecárias".

Assim, suspender-se os efeitos de vários dos artigos acoimados de inconstitucionais implicaria abranger-se, com a liminar, preceitos legais que têm maior extensão que o pretendido na própria ação, pelo que, então, se deferida a medida, caberá declarar-se que tal suspensão apenas se restringirá ao que se refira às operações previstas nos itens II e III, do art. 1º da Lei nº 8.033/90. Assim, os dispositivos do item III, do art. 2º; e o art. 6º, na alusão que faz aos incisos II e III, do art. 5º.

Examinando o assunto, porém, entendo que não é de ser concedida a medida liminar, sem embargo de reconhecer a ponderabilidade dos argumentos expendidos na inicial, mas me parecendo que o tema deva merecer aprofundado exame.

O § 5º do art. 153 da nova Constituição Federal dispõe que:

"O ouro, quando definido em lei como ativo financeiro, ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto de que trata o inciso V, do *caput* deste artigo, devido na operação de origem; a alíquota mínima será de um por cento, assegurada a transferência do montante da arrecadação nos seguintes termos:"

Ora, como se verifica, exame complexo há de fazer-se para que se verifique, ante os termos da Lei nº 8.033/90, em que foi transformada a Medida Provisória nº 160, o que há de ser considerado exatamente como operação de origem, e se será possível admitir-se, como prevê, o item III, do art. 2º da mesma lei, um adicional às operações já anteriormente tributadas.

Não me parece que seja caso de liminar, se, a par da induvidosa complexidade do tema, se tem que a não cobrança do imposto poderá trazer sensível redução na arredacação federal, com dificuldade para sua posterior recuperação pelo Tesouro, quando, se afinal forem considerados inconstitucionais os preceitos impugnados, haverá a certeza de que os contribuintes poderão vir a receber o que pagaram, mediante repetição de indébito.

Em hipótese símile, ao ensejo da decisão sobre pedido de concessão de liminar no caso de incidência de ICMS, em ação direta de inconstitucionalidade (ADIN 33-1), movida pela Associação de Comércio Exterior do Brasil, foi ela denegada pelas razões que, de modo amplo, se identificam com as que ora expendam. Disse eu, naquela pretérita oportunidade:

"Quanto ao interesse público na concessão, não se pode ter uma avaliação segura a respeito, até porque, verificando-se ele, caberia à União propugnar pela providência, a fim de que não ficasse diminuído o fluxo das exportações. Embora se configure justificável a preocupação dos exportadores, sobre tal ponto, sem dúvida que a União é que melhor poderá avaliar a conveniência da medida, pelo impacto que a aplicação das normas fixadas no convênio afetaria o mercado exportador.

No pertinente à questão do reembolso das quantias porventura pagas a título do ICMS, e que venham a ser consideradas indevidas, é dever que se existirão dificuldades para os exportadores, a respeito, elas igualmente surgirão para os estados em promover a cobrança do tributo por talvez centenas de contribuintes, com os percalços naturais daí decorrentes e, sem dúvida, com muito menor segurança no recebimento do que lhes for devido.

Ademais, é de observar que em questão que sob tal aspecto se mostra símile a esta que ora se examina, este Tribunal, pelo seu plenário, na sessão da última quarta-feira, na sua segunda parte, indeferiu medida cautelar que igualmente visava a suspensão da cobrança de tributos. Na oportunidade, acentuou o Ministro Octávio Gallotti, relator, lastreando-se também em precedente da Corte (ADin nº 28):

"Sem contestar a relevância do fundamento da argüição, julgo não estar presente o segundo pressuposto, de satisfação cumulativa necessária ao deferimento da liminar, qual seja, a ineficácia da decisão que vier, porventura, a declarar a inconstitucionalidade.

Assim tem decidido o Tribunal, em hipóteses análogas, forte no raciocínio de que, ao contribuinte, restará o direito de exigir a repetição do tributo que se revele indevidamente pago.

Recordo que a orientação voltou, recentemente, a prevalecer no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 24, a despeito de que o sistema de cobrança então adotado — mediante o uso de selo de pedágio — tornasse a restituição mais problemática do que a do imposto ora combatido.

Levou-se, ainda, em conta, naquele precedente, relatado pelo eminente relator, Ministro Francisco Rezek, a reduzida expressão relativa do valor então cobrado, consideração que é lícito estender à hipótese presente, onde, ao percentual de 5% do imposto pago, à União, sobre lucros, ganhos e rendimentos de capital, não pode ser imputado um efeito aniquilador das finanças do contribuinte.

Pelo exposto, indefiro o pedido de medida cautelar" (fls. 702-3).

Pelo exposto, indefiro a liminar.

É o meu voto.

VOTO (PRELIMINAR)

*O Sr. Ministro Moreira Alves:* Sr. Presidente, levanto uma preliminar. Considero este caso gravíssimo, pois vamos fazer um juízo de delibação para saber se há complexidade, ou não, e, obviamente, vamos ter que admitir que a ação de inconstitucionalidade possa ter dois objetos diferentes. Pode ser que a lei de conversão, com modificação, às vezes pouco perceptível, tenha, inclusive, mudado o enfoque da questão de constitucionalidade do dispositivo anterior. Vamos, então, fazer esse juízo de delibação a que título? Numa ação direta de inconstitucionalidade em abstrato, cujo objeto é diverso?

*O Sr. Ministro Aldir Passarinho* (Relator): Mas, ministro, ele só atualizou. Estamos com a ação, aqui, em nossas mãos. A parte, apenas, faz o aditamento...

*O Sr. Ministro Moreira Alves*: Aditamento admitir-se-ia, por exemplo, se ele argüisse a inconstitucionalidade do art. 1º, I da medida provisória número tal e, depois, aditasse para argüir a do art. 2º. Aí seria aditamento. Agora, aditar para trazer outra lei, com outros sujeitos passivos, *data venia*, não é aditamento, mas propositura de ação diversa.

*O Sr. Ministro Néri da Silveira* (Presidente): O Ministro Aldir Passarinho rejeita, portanto, a preliminar.

A preliminar do eminente Ministro Moreira Alves é no sentido de estar prejudicado o pedido de liminar.

*O Sr. Ministro Moreira Alves:* Há uma preliminar ao exame da liminar. A preliminar é a seguinte: com relação ao aditamento não deve ser ele conhecido por incabível como tal, pois não se pode mudar o objeto da ação, inclusive com alteração do seu pólo passivo.

*O Sr. Ministro Néri da Silveira* (Presidente): V. Exa., então, propõe questão sobre um tema ainda preliminar, anterior ao conhecimento da liminar: é se seria admissível o aditamento em ação direta de inconstitucionalidade, após a conversão em lei da medida provisória atacada, para que prossiga a ação, contra a lei de conversão.

VOTO

*O Sr. Ministro Aldir Passarinho:* Sr. Presidente, quando o sentido for exatamente o mesmo, a fundamentação a mesma, eu admitiria.

Mantenho a rejeição da preliminar, porque acho que vamos, nos casos em que a medida provisória seja transformada em lei sem alteração substancial, sem alteração maior, renovar tudo, o que não parece conveniente.

VOTO (QUESTÃO DE ORDEM)

*O Sr. Ministro Celso de Mello:* A inovação do conteúdo normativo da medida provisória convertida em lei opera modificação substancial dos próprios elementos individualizadores da ação.

Reduzida a questão ao plano puramente processual, constata-se que as ações se identificam por três elementos: o elemento subjetivo (*personae*), o objetivo (*res*) e o causal (*causa petendi*).

Neste caso, é evidente que o elemento subjetivo da ação se alterou, porque inseriu-se, na relação processual, um novo sujeito, que é o Presidente da República, na medida em que este sancionou o projeto de lei de conversão, aprovado pelo Congresso Nacional. Tínhamos, antes, como sujeito passivo, tão-somente o Presidente da República, autor único da medida provisória. Mas, com a transformação dessa medida provisória em lei, a partir da sanção presidencial do projeto de conversão, passaram a figurar, na dimensão subjetiva da relação processual, o Presidente da República e o Congresso Nacional.

Analisando-se o tema quanto ao elemento objetivo (*res*), evidenciam-se, no caso, espécies jurídicas autônomas. No primeiro momento, impugnou-se uma simples medida provisória. Agora, está sendo questionada uma lei de conversão, que introduziu, de modo inovador, alterações no conteúdo normativo daquela espécie quase-legislativa.

Finalmente, há a considerar o elemento causal (*causa petendi*), Mesmo sob este ân-

gulos jurídicos da ação direta revelam-se distintos.

As ações, na espécie em análise, são diferentes, e é neste sentido que oriento o meu voto. Há uma clara divergência entre os três elementos que individualizam ambas as ações. Não há, no caso, identidade de sujeitos, no pólo passivo; não há identidade de objeto e nem identidade causal.

Parece-me que se impõe ao autor, querendo, ajuizar nova ação direta, tendo por objeto, agora, uma nova espécie normativa, que é, precisamente, a lei de conversão, que resultou da medida provisória inicialmente editada pelo Presidente da República, mas que sofreu, em seu procedimento de transformação, alterações materiais em seu conteúdo normativo.

O pretendido aditamento, na verdade, deve ser indeferido, para que o autor, querendo, impugne, em nova ação direta, a lei de conversão.

É o meu voto.

VOTO (SOBRE PRELIMINAR)

*O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence:* Senhor Presidente, com a vênia do eminente relator, acolho a preliminar.

Na mera conversão em lei, que se marca, no procedimento da apreciação das medidas provisórias, pela promulgação por ato do Presidente do Senado Federal, admito que, por simples petição, possa o autor pedir o prosseguimento do processo da ação direta. A questão do pólo passivo se resolverá, facilmente, aí, com economia processual, através do pedido de informações ao Congresso Nacional e, se já pedida sobre a medida provisória de teor idêntico, a dispensa de novas informações presidenciais.

Na maioria dos casos, sobretudo quando se cuidasse de inconstitucionalidade material, a decisão, no caso de mera conversão, será necessariamente una. Julgar-se-á inconstitucional a medida provisória quanto aos efeitos pretéritos e inconstitucional a lei de conversão.

No entanto, quando há conversão com alteração normativa, não vejo como converter a ação direta proposta contra a medida provisória em ação direta contra a lei diversa, em que ela se haja transformado.

Em primeiro lugar, a alteração pode ou não ter efeito relevante sobre o juízo de constitucionalidade a proferir. De outro lado haverá sempre dois julgamentos, idênticos, ou não, um sobre a medida provisória, para tratar dos seus efeitos pretéritos, outro sobre a lei, com vistas aos efeitos posteriores à conversão.

Distinguir, em cada caso, se houve ou não alteração relevante, que poderia parecer a solução menos formalista em hipóteses como a presente, na verdade, envolverá um prejulgamento, ainda que de delibação, que confundiria extremamente o procedimento simples da ação direta de inconstitucionalidade.

Por outro lado, a solução, se não admitida a conversão da ação, será igualmente simples. A parte proporá outra ação e para isso já terá, quando não houver alteração de relevo, os seus elementos e, para facilitar o procedimento, creio que este deve ser um caso de reconhecimento de prevenção do relator da ação proposta contra a medida provisória.

Com essas breves considerações, acolho a preliminar, indeferindo o pedido de aditamento.

EXTRATO DA ATA

ADin 258-9-DF — Medida liminar — Rel.: Ministro Aldir Passarinho. Reqte.: Associação Nacional das Corretoras — Ancor (advs.: Roberto Quiroga Mosquera e outros). Reqdo.: Presidente da República.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator indeferindo a medida liminar, o Sr. Ministro Moreira Alves submeteu ao Tribunal questão de ordem entendendo que o pedido de aditamento formulado pela autora em face da conversão da medida provisória em lei deveria ser indeferido. O Sr. Ministro Relator, conhecendo da questão de ordem, não a acolheu; o Sr. Ministro Celso de Mello conheceu da questão de ordem e a acolheu para indeferir o pedido de aditamento, acompanhado pelo Sr. Ministro Sepúlveda Pertence.

A seguir, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Sr. Ministro Paulo Brossard. Plenário, 26.4.90.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes os senhores ministros Moreira Alves, Aldir Passarinho, Sydney Sanches, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Octávio Gallotti.

Procurador-Geral da República, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.

VOTO (VISTA)

*O Sr. Ministro Paulo Brossard:* Senhor Presidente. Trata-se de preliminar levantada pelo Ministro Moreira Alves na ADin nº 258-9/600-DF proposta pela Associação Nacional dos Corretores — Ancor de que é relator o Ministro Aldir Passarinho.

A ação direta, com pedido de medida cautelar, foi proposta argüindo a inconstitucionalidade de dispositivos da Medida Provisória nº 160, de 15 de março de 1990, publicada no *Diário Oficial* do dia seguinte.

Tendo em vista a conversão da referida medida provisória na Lei nº 8.033/90, a autora requer aditamento à inicial para que a suspensão da eficácia, liminarmente requerida, passe a ser dos mesmos dispositivos, agora, da lei em que se converteu a medida provisória.

Assim o Sr. Presidente Ministro Néri da Silveira formulou a questão de ordem levantada, liminarmente, ao conhecimento medida cautelar requerida: "seria admissível o aditamento em ação direta de inconstitucionalidade após a conversão em lei da medida atacada, para que se prossiga contra a lei?" O Ministro Aldir Passarinho admitiu que, quando não houvesse alteração substancial dos dispositivos argüidos de inconstitucionais da medida provisória convertida em lei e, ainda, o pedido e a *causa petendi* fossem os mesmos, dever-se-ia admitir o aditamento para se prosseguir contra a lei, em que se converteu a medida provisória, razão pela qual conheceu do pedido cautelar, para manter o seu indeferimento.

O Ministro Celso de Mello analisando os elementos da relação processual — o elemento subjetivo, o objetivo e o causal — entende que, com a transformação da medida provisória em lei, o elemento subjetivo altera-se porque se inclui na relação processual, um novo sujeito. Na medida provisória teríamos como sujeito passivo tão-somente o Presidente da República e na hipótese de transformação, especialmente no caso em que haja alteração do conteúdo, teríamos ainda o Congresso Nacional; o elemento objetivo também sofre alteração porque se trata de espécies jurídicas autônomas, no primeiro momento temos uma medida provisória e, agora, está sendo impugnada a lei de conversão que introduziu alteração no conteúdo daquela espécie, que chama de "quase legislativa". Finalmente, quanto ao elemento causal, entende também que pode ser outra a *causa petendi.* Conclui S. Exa. que se trata de ações diferentes, porque não há identidade de sujeito no pólo passivo, nem identidade de objeto, nem identidade de *causa petendi,* razão pela qual indefere o pedido de aditamento.

O Ministro Sepúlveda Pertence entende que é possível a ação direta de inconstitucionalidade continuar contra a lei, só não a admite quando houver "alteração normativa na conversão" da medida provisória. Disse S. Exa.:

"Distinguir em cada caso se houve ou não alteração relevante, que poderia parecer a solução menos formalista em casos como o presente, na verdade, envolverá um prejulgamento, ainda que de delibação, que confundiria extremamente o procedimento simples da ação direta de inconstitucionalidade. Por outro lado, a solução, não admitida a conversão da ação, também será igualmente simples. A parte proporá outra medida, para isso já terá quando não houver alteração de relevo, os seus elementos e, para facilitar o procedimento, creio que esta deve ser um caso de reconhecimento de prevenção do relator".

Com essas considerações, concluiu S. Exa. com o acolhimento da preliminar, também indeferindo o pedido de aditamento.

Pedi vista dos autos para melhor exame da questão, já que me parecia que ao acolher a preliminar, estaríamos restringindo ou inibindo o uso das ações diretas de inconstitucionalidade contra as medidas provisórias.

Atendo-me à análise objetiva da questão posta em julgamento e dos elementos concretos existentes nos autos, com o cuidado de não fazer generalizações, é que oriento o meu entendimento, que não vai além do necessário para decidir a controvérsia objeto da preliminar.

Esclareço, inicialmente, que a Lei nº 8.033 de 1990, em que se converteu a Medida Provisória nº 160/90, não trouxe qualquer inovação normativa ao seu texto. É de fácil verificação que as alterações foram exclusivamente de ordem redacional.

— do art. 1º, inciso II — suprimiu da ou venda", a expressão "ou venda", porque redação provisória, que dizia "transmissão desnecessária";

— do art. 1º, inciso III — substituiu a conjunção aditiva "e", pela alternativa "ou";

— do art. 3º, inciso II — o verbo da norma foi colocado no singular "de que trata os incisos";

— do art. 6º *caput* — o prazo de trinta dias foi aprazado para "até 18 de maio de 1990";

— do art. 9º, inciso III — simplificou a redação "e o que efetua o resgate respectivamente", substituindo-a pela "ou beneficiário do pagamento do resgate";

— os demais dispositivos argüidos — art. 2º, III; art. 3º, parágrafo único; art. 4º, I; art. 5º, II; art. 6º, § 2º, *a*; art. 9º, III e art. 11 permanecem com a mesma redação.

Partindo desse dado objetivo que o Ministro Aldir Passarinho, relator desta ação direta, entendeu, que não havendo alteração do conteúdo normativo das argüidas normas, de acolher o pedido da autora para prosseguir a causa, agora, contra a lei convertida.

Neste sentido também é o meu voto.

O pedido do autor de aditar a inicial para que a presente ação direta prossiga não mais contra a Medida Provisória nº 160/90, mas contra a Lei nº 8.033/90, em que aquela se converteu, não implica modificação do pedido. Tanto isto é verdade que o autor, em suas petições de fls. 101 e 106, apenas ratifica, sem qualquer alteração, o pedido inicial.

A causa de pedir também não sofreu qualquer modificação, permaneceu inalterada. Pelo menos não aduziu o autor qualquer fundamento jurídico novo a inicial, o único fato, em que este se assenta, que foi alterado, diz respeito à conversão da medida provisória em lei. Se a lei nada mais é que a medida legislativa definitiva, em que se converteu a provisória, não se pode sequer afirmar que houve inovação no fato jurídico que fundamenta a ação e, em decorrência, alteração da *causa petendi*.

Se a Constituição dá à medida provisória a mesma força da lei em que venha a se converter (art. 62), a mesma eficácia, desde a sua publicação, sem solução de continuidade, quando nela convertida (parágrafo único, art. 62) e ainda a considera, bem ou mal, medida de natureza legislativa (art. 59, V), não vejo por que a ação direta não possa contra ela prosseguir, pois se trata da mesma medida legislativa e, em conseqüência, os mesmos dispositivos argüidos de inconstitucionais.

Esta unidade do processo legislativo de conversão da medida provisória em lei traz como conseqüência a unicidade do objeto e da causa de pedir e, em decorrência, a identidade de ação. Se não for assim as ações diretas contra medida provisória, tendo em vista o seu exíguo período de vigência, ficaria restrita ao exame de inconstitucionalidade para efeitos pretéritos, durante o tempo em que teve eficácia, com força de lei. Possibilidade essa que, pelo menos, na vigência do sistema constitucional anterior, este egrégio plenário não admitia.

Assim sendo, Senhor Presidente, entendo que não houve modificação do pedido nem da causa de pedir. Mas mesmo que houvesse, tenho para mim que o Código de Processo Civil, no seu art. 264, a admite, enquanto não forem solicitadas ou prestadas as informações:

"Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pe-

dir, sem o consentimento do réu, mantendo se as mesmas partes, salvo substituições permitidas por lei".

Conclui-se desse dispositivo que, enquanto não forem solicitadas ou prestadas as informações, é de se admitir ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir da ação direta de inconstitucionalidade.

Não podemos esquecer, ainda, a norma processual do art. 462 que estabelece "se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-la em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença."

O fato jurídico ocorrido que se deve levar em consideração é, na hipótese em exame, a conversão da medida provisória em lei.

Finalmente, no que diz respeito à pertinência subjetiva da ação direta ou ao seu elemento subjetivo, já o disse o Ministro Sepúlveda Pertence, "a questão do pólo passivo se resolverá, facilmente, aí, com economia processual através do pedido de informações ao Congresso Nacional ou novo pedido ao Presidente, ou o que acho mais razoável, se já pedida sobre a medida provisória de efeito idêntico a dispensa de novas informações presidenciais".

Na hipótese da presente ação direta de inconstitucionalidade a solução é, ainda, mais simples. Como não houve sequer pedido de informações (estamos examinando a medida cautelar), elas serão solicitadas, com a conversão em lei pelo Poder Legislativo, não só ao Presidente da República, mas também ao Congresso Nacional, que passa a integrar a lide na condição de litisconsorte passivo necessário, co-responsável que se tornou pela aprovação da Medida Provisória nº 160/90 e sua conversão na Lei nº 8.033/90, cujas disposições estão sendo argüidas de inconstitucionais.

Meu voto é no sentido de, acompanhando o eminente relator, rejeitar a preliminar, para deferir o pedido do autor de prosseguir a presente ação direta contra os mesmos dispositivos, agora, da Lei nº 8.033/90, em que se converteu a Medida Provisória nº 160/90.

VOTO (SOBRE PRELIMINAR)

*O Sr. Ministro Célio Borja:* Sr. Presidente, peço vênia aos eminentes ministros que deferem o aditamento para acompanhar o Sr. Ministro Moreira Alves e os que o seguiram.

Evidentemente, se se tratasse sempre de leis que convertem integralmente, sem modificação, medidas provisórias, eu ainda hesitaria, mas em se tratando de uma regra geral — e daqui para a frente o Tribunal a adota e procede em conformidade com ela — e portanto que abarcaria também aquelas hipóteses em que a medida provisória foi, de alguma forma, modificada pela lei de conversão, prefiro entender que não é de admitir-se o aditamento. Apenas esta breve fundamentação. Adotado o precedente, penso, ela valerá para todas as hipóteses.

VOTO (SOBRE PRELIMINAR)

*O Sr. Ministro Octávio Gallotti:* Senhor Presidente, também peço vênia aos eminentes ministros que deles divergiram, especialmente a S. Exa. o Ministro Paulo Brossard, para acompanhar os votos que indeferem o aditamento.

Assim o faço, atento sobretudo, às circunstâncias realçadas, hoje, pelos eminentes ministros Célio Borja e Sepúlveda Pertence, no sentido de que a admissão desse aditamento viria em detrimento do caráter objetivo que assinala o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade.

Por isso, Sr. Presidente, indefiro o aditamento.

EXTRATO DA ATA

ADin 258-9-DF — Medida liminar — Rel.: Min. Aldir Passarinho. Reqte.: Associação Nacional das Corretoras — Ancor (Advs.: Roberto Quiroga Mosquera e outros). Reqdo.: Presidente da República.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator indeferindo a medida liminar, o Sr. Ministro Moreira Alves submeteu ao Tribunal questão de ordem entendendo que o pedido de aditamento, formulado pela autora em face da conversão da medida provisória em

lei deveria ser indeferido. O Sr. Ministro Relator, conhecendo da questão de ordem, não a acolheu; o Sr. Ministro Celso de Mello conheceu da questão de ordem e a acolheu para indeferir o pedido de aditamento, acompanhado pelo Sr. Ministro Sepúlveda Pertence. A seguir, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Sr. Ministro Paulo Brossard. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Octávio Gallotti. Plenário, 26.4.90.

Decisão: O Tribunal, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Ministro Moreira Alves, indeferiu o aditamento de petição inicial de ação direta de inconstitucionalidade contra medida provisória, para sua transformação em ADin contra a lei em que aquela se converteu, vencidos os srs. ministros Aldir Passarinho e Paulo Brossard que deferiam o aditamento. Votou o Presidente. Plenário, 26.4.91.

Presidência do Senhor Ministro Sydney Sanches, Vice-Presidente, no exercício da Presidência. Presentes à sessão os senhores ministros Néri da Silveira, Octávio Gallotti, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Marco Aurélio.

Ausentes, justificadamente, os srs. ministros Moreira Alves e Carlos Velloso.

Procurador-Geral da República, Dr. Affonso Henriques Prates Correia, substituto.