AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL — LEGITIMIDADE ATIVA.

— Ação direta de inconstitucionalidade. Decretos n.ºs 94.042 e 94.233, de, respectivamente, 18-02-87 e 15-04-87, atacados em face da Emenda Constitucional n.º 1/69.

Proposta a presente ação em 12-10-88, quando já estava em vigor a atual Constituição, tem o requerente legitimação para propô-la, em face do disposto no inciso VII do artigo 103 da Carta Magna.

— Por outro lado, em se tratando do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sua colocação no elenco que se encontra no mencionado artigo, e que a distingue das demais entidades de classe de âmbito nacional, deve ser interpretada como feita para lhe permitir, na defesa da ordem jurídica com o primado da Constituição Federal, a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra qualquer ato normativo que possa ser objeto dessa ação, independe do requisito da pertinência entre o seu conteúdo e o interesse dos advogados como tais de que a Ordem é entidade de classe.

— Há, porém, no caso, impossibilidade jurídica do pedido, porquanto esta Corte já firmou jurisprudência no sentido de que a ação direta de inconstitucionalidade não é cabível quando a argüição se faz em face de Constituição já revogada, nem quando o ato normativo impugnado foi revogado antes da propositura dela.

Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3
Requerente: Ordem dos Advogados do Brasil
Requerido: Presidente da República
Relator: Sr. Ministro MOREIRA ALVES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em não conhecer da ação por impossibilidade jurídica do pedido.

Brasília, 07 de fevereiro de 1992. *Sydney Sanches* — Presidente. *Moreira Alves* — Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Moreira Alves: Em 12 de outubro de 1988, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil argüiu a inconstitucionalidade dos Decretos 94.042 e 94.233, respectivamente, de 18.02.87 e 15.04.87, em face da Emenda Constitucional nº 1/69.

Solicitadas informações, foram elas prestadas pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, às fls. 54 e seguintes.

Às fls. 97/99, manifestou-se a Dra. Odília

Ferreira da Luz Oliveira, no exercício da função prevista no art. 103, § 3º, da Constituição da República, nestes termos:

"Reiterando representação de inconstitucionalidade dirigida da doutor Procurador-Geral da República e por ele mandada arquivar, o CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL propõe ação direta objetivando a declaração da inconstitucionalidade dos Decretos federais nº 94.042, de 18 de fevereiro de 1987, e nº 94.233, de 15 de abril do mesmo ano.

Segundo a autora, tais atos normativos regulamentares, que dispuseram sobre o reajuste dos contratos então em vigor, firmados com a Administração Pública, infringiram os Decretos-leis que haviam estabelecido o congelamento de preços, assim violando diversos preceitos da Constituição Federal vigente à época.

Às fls. 54/75 e 76/81, estão informações prestadas pela Consultoria Geral da República, acompanhadas de cópia do despacho do doutor Procurador-Geral da República, na representação acima referida.

Nas informações, em síntese, aponta-se o descobrimento da ação direta, porque:

a) segundo a jurisprudência pacífica desse Tribunal, o exame de Inconstitucionalidade, em tese, só é admissível face à Constituição vigente, mas não à que foi revogada;

b) o caso é de ilegalidade, pois não se demonstrou ofensa direta a preceito constitucional;

c) os atos normativos regulamentares apontados pela autora foram revogados pelo Decreto nº 94.684, de 24 de julho de 1987.

No despacho coplado a fls. 82/94, o doutor Procurador-Geral da República também afirma o descabimento da providência pleiteada pela representante em face de simples ilegalidade, além de rebater a alegação de ofensa ao princípio constitucional da isonomia.

II

Diante da já firme orientação desse Tribunal em não admitir a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de leis e outros atos normativos quando contrastados com Constituição já revogada, parece-me excessiva e inútil a reiteração da defesa dos regulamentos em causa, ainda mais quando constam dos autos razões de defesa extensas e minuciosas.

Acrescento, apenas, que, seja por via de revogação pelo Decreto nº 94.684/87, seja porque já exauriram seus efeitos, como regulamentos objetiva e temporalmente limitados (posto que tratavam do reajuste de contratos então em vigor), os Decretos em questão não mais vigem.

Se em casos concretos o interesse na declaração de inconstitucionalidade pode persistir mesmo que a norma não esteja mais em vigor, a situação é oposta no caso de declaração em tese, para a qual é essencial a atualidade, isto é, a vigência da lei ou do ato normativo de outra espécie.

III

Assim sendo, não se deve conhecer desta ação."

Às fls. 102/107, assim se pronuncia a Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Moacir Antônio Machado da Silva.

"Com fundamento nos arts. 102, I, e 103, VII, *a*, da Constituição Federal, a Ordem dos Advogados do Brasil — Conselho Federal — propõe ação direta para declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 94.042, de 18.02.87, que dispõe sobre reajuste dos contratos de obras e de vendas de bens para entrega futura, firmados com a Administração Pública, e do Decreto nº 94.233, de 15.04.87, que modifica o termo inicial dos reajustes previstos no Decreto nº 94.042.

O Decreto nº 94.042, de 1987, editado com fundamento no art. 81, III, da Constituição Federal, texto da EC nº 1/69, dispôs em seu art. 1º:

"Art. 1º. Os contratos em vigor, firmados com órgãos e entidades da Administração Pú-

blica, ainda não reajustados e que tenham por objeto a realização de obras, a venda de bens para a entrega futura, poderão ter reajustamentos a partir de 1º de janeiro de 1987.

§ 1º. A aplicação da cláusula de reajuste far-se-á com base nos índices estabelecidos nos respectivos contratos observada a variação ocorrida:

a) desde 1º de março de 1986, em relação àqueles celebrados anteriormente a essa data;

b) a partir da data-base pactuada para os reajustes, em relação aos demais contratados.

§ 2º. Na hipótese de ter havido alteração ou supressão da cláusula de reajuste, as partes contratantes poderão restabelecê-la, prevalecendo nesse caso os índices e demais condições de reajustes originalmente estabelecidos.

§ 3º. Nos contratos que não contenham cláusula de reajustes de preços, as partes poderão incluí-la, desde que se proceda ao reajuste, prevista no caput deste artigo de conformidade com a variação da Obrigação do Tesouro Nacional — OTN, ocorrida desde a data da apresentação da proposta que lhes deu origem, observadas as disposições do parágrafo seguinte.

§ 4º. Os reajustes subseqüentes ao previsto neste artigo deverão ser efetivados nas datas fixadas no contrato ou, na hipótese de contratos sem cláusula de reajustes de preços, em datas que venham a ser livremente pactuadas entre as partes e segundo índices que reflitam a variação dos custos de produção.

§ 5º. Os reajustes dos contratos vinculados à Obrigação do Tesouro Nacional — OTN deverão observar a variação de que trata o artigo 6º, parágrafo único, do Decreto-lei 2.284, de 10 de março de 1986, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 2.311, de 23 de dezembro de 1986."

Já o Decreto nº 94.234, de 1987, alterou o *caput* da disposição transcrita, estatuindo:

"Art. 1º. Os reajustes a que se refere o art. 1º do Decreto nº 94.042, de 18 de fevereiro de 1987, serão concedidos a partir de 24 de novembro de 1986, data da vigência do Decreto-lei número 2.290, de 21 de novembro de 1986."

Sustenta a requerente que os Decretos referidos, a pretexto de regulamentar o reajuste de preços fixados em contratos celebrados com a Administração Pública, são evidentemente contrários à lei, em dois aspectos essenciais:

a) primeiro, porque autorizaram o reajuste dos contratos, em período no qual era vigente no País o regime de congelamento de preços, sendo então legalmente vedada a estipulação de cláusula de reajuste monetário nos contratos de prazos inferiores a um ano, o que prevalecia até 1º de março de 1987 (Dec.-lei nº 2.284, de 10.03.86, art. 7º), congelamento esse mantido até 1º de março de 1987, pela legislação superveniente (Dec.-lei nº 2.288, de 23.07.86, art. 18 e Dec.-lei nº 2.289, de 09.09.86); o Dec.-lei nº 2.290, de 21.11.86, indicado no Decreto nº 94.042/86, que revogou o art. 7º do Dec.-lei nº 2.284/86, estabeleceu normas para desindexação da economia, mas não suspendeu o congelamento de preços que permaneceu vigente até 1º de março de 1987;

b) segundo, porque o reajuste concedido tem efeito retroativo, vedado no art. 51, § 2º, do Dec.-lei nº 2.300, de 21.11.86, e é incompatível com várias disposições da Lei nº 4.320, de 1964, e do Dec.-lei nº 200, de 1967.

Entende a requerente que os Decretos nºs 94.042/87 e 94.233/87 são inconstitucionais, em síntese, porque:

"a) introduziram inovações na ordem jurídica, *contra legem*, maltratando o princípio da legalidade (art. 153, § 2º da C.F. de então);

b) não se limitam à "fiel execução" da lei, rompendo a linha de contorno estabelecida constitucionalmente para as atribuições regulamentares do Excelentíssimo Senhor Presidente da República (art. 81, III da C.F. então vigente);

c) invadiram a competência do Poder Legislativo ofendendo o princípio da harmonia e independência dos Poderes (art. 6º, § único, parte final, da C.F. anterior);

d) favoreceram contratantes, pela concessão da vantagem superveniente à celebração de contratos decorrentes de licitação, ferindo o princípio da igualdade (art. 153, § 1º da C.F. então vigente);

e) finalmente, e sobretudo, concederam efeitos financeiros retroativos ao reajuste de preços em contratos administrativos, em flagrante desobediência ao disposto no art. 51, § 2º do Decreto-lei nº 2.300/86 e, em conseqüência,

também ferindo, por esse motivo, o princípio da legalidade (art. 153, § 2º C.F. de 1967/1969, bem ainda usurpando atribuição repudiada expressamente pela Constituição Federal (art. 6º, § único da C.F. de 1967/1969)."

Junta a requerente pareceres sobre o tema dos ilustres juristas Eros Roberto Grau e Carlos Ayres Britto, esclarecendo, por último, que o Procurador-Geral da República deixou de acolher pedido anterior de argüição de inconstitucionalidade dos citados Decretos, apresentado pela requerente em 26 de abril de 1988.

O Excelentíssimo Senhor Presidente da República encaminha as informações elaboradas pela Consultoria Geral da República, que sustentam a inviabilidade da ação, sob os seguintes fundamentos (fls. 54-81):

a) o controle de constitucionalidade das leis, em tese, não é cabível em face da Constituição já revogada, segundo a iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal;

b) a controvérsia na ação está limitada a uma eventual incompatibilidade entre os Decretos 94.042, de 1987, e 94.233, de 1987, e os Decretos-leis mencionados na inicial, que se reduz ao controle da legalidade, e não da inconstitucionalidade desses atos normativos;

c) os Decretos impugnados foram revogados pelo Decreto nº 94.684, de 24.07.87, anteriores à propositura da ação.

Após manifestação do Ministério Público Federal, em defesa dos atos impugnados (CF/88, art. 103, § 3º), vieram os autos do Procurador-Geral da República, para pronunciamento sobre o mérito da ação (fl. 100).

A ação visa à declaração de inconstitucionalidade dos Decretos nºs 94.042, de 18.02.87, e 94.233, de 15.04.87, anteriores à Constituição vigente.

A validade desses Decretos é discutida, como não poderia deixar de ser, em face da Constituição anterior, texto da EC nº 1, de 1969, que, no entanto, é incabível na ação direta. Em numerosos precedentes, firmou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não cabe declaração de inconstitucionalidade, em abstrato, de lei ou ato normativo, por meio de ação direta, em face de Constituição já revogada (v.g., Rp 1.455-0, Rp. 1.333-2, Rp. 1.620-0, Rp. 1.638-2, Rp. 1.594-7 etc.).

Por outro lado, segundo afirma a própria autora, os Decretos impugnados ressentir-se-iam de ilegalidade, e não de afronta direta à Constituição Federal.

Ora, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal o conflito entre decreto regulamentar e a lei regulamentada configura apenas ilegalidade, a ser examinada em casos concretos, e não inconstitucionalidade direta, a justificar a instauração do processo constitucional (RE 93.545, Relator Ministro Décio Miranda, RTJ 99/1.362; Rp. 1.266, Relator Ministro Carlos Madeira, DJ de 26.06.87; Rp. 1.492, Relator Ministro Octávio Gallotti, DJ de 02.09.88).

Com apoio na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o então Procurador-Geral da República, hoje eminente Ministro Sepúlveda Pertence, analisou amplamente o assunto, em despacho que indeferiu pedido anterior de argüição de inconstitucionalidade dos mesmos Decretos, também formulado pela Ordem dos Advogados do Brasil, cujos fundamentos dispensam qualquer acréscimo (fls. 82-94).

Relativamente à alegação de infringência ao princípio constitucional da igualdade, hipótese única em que caberia cogitar de ofensa direta a preceito constitucional, reportamo-nos, por igual, a este trecho do citado despacho (fls. 86-87):

"O princípio de isonomia, é elementar, incide para impor tratamento igualitário a quantos estejam em situação similar.

Mas, reajustamento de preços, em quadra de reaceleração inflacionária, que se reputou imprevista, não é vantagem adicional somada à remuneração admitida na licitação e estipulada no contrato, é instrumento de reposição das partes na mesma situação em que as situara a equação econômico-financeira originária.

Logo, conceder reajustamento a contratante só pode envolver discriminação vedada pela regra da isonomia, em relação a outro contratante, ao qual, embora atingido por idêntica ruptura do equilíbrio contratual, a Administração o negasse: jamais, em relação àquele que, não tendo licitado e, portanto, nada tendo contratado, obviamente não está a sofrer os efeitos dos fatores imprevisíveis

do desequilíbrio superveniente da equação ajustada.

Sob esse prisma, assim, a via normativa e genérica da admissão do reajuste monetário dos contratos administrativos, trilhada pelos decretos questionados, ao contrário de conduzir à discriminação ilegítima, parece orientada pela inspiração isonômica de dar tratamento paritário a todos os contratantes da Administração Federal, atingidos pelos azares da conjuntura econômica da época.

De resto, só tem sentido invocar-se a cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão, quando o reajustamento dos preços não foi objeto de estipulação contratual expressa. Uma e outra, particularmente no campo dos contratos administrativos, são derivações da premissa de haver neles, implícita, a obrigação de preservar o equilíbrio econômico-financeiro originário. Se há cláusula expressa de correção monetária, falar de imprevisão seria um contra-senso: ocorrida a desvalorização prevista da moeda, cuidar-se-ia simplesmente de cumprir o pactuado."

Acrescente-se, por fim, que os Decretos impugnados foram revogados pelo Decreto nº 94.686, de 24.07.87, anteriormente ao ajuizamento da ação.

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não cabe o controle de constitucionalidade em tese de lei ou ato normativo já revogado.

Em face do exposto, o parecer é no sentido do não conhecimento da ação."

É o relatório, do que a Secretaria deverá remeter cópia aos Exmos. Srs. Ministros.

Brasília, 01 de outubro de 1990.

VOTO

O Senhor Ministro Moreira Alves (Relator): 1. Proposta a presente ação em 12.10.88, quando já estava em vigor a atual Constituição, tem o requerente legitimação para propô-la, em face do disposto no inciso VII do artigo 103 da Carta Magna.

Por outro lado, em se tratando do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sua colocação no elenco que se encontra no mencionado artigo, e que a distingue das demais entidades de classe de âmbito nacional, deve ser interpretada como feita para lhe permitir, na defesa da ordem jurídica com o primado da Constituição Federal, a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra qualquer ato normativo que possa ser objeto dessa ação, independente do requisito da pertinência entre o seu conteúdo e o interesse dos advogados como tais de que a Ordem é entidade de classe.

2. Há, porém, no caso, impossibilidade jurídica do pedido, porquanto esta Corte já firmou jurisprudência no sentido de que a ação direta de inconstitucionalidade não é cabível quando a argüição se faz em face de Constituição já revogada, nem quando o ato normativo impugnado foi revogado antes da propositura dela.

3. Em face do exposto, não conheço da presente ação direta de inconstitucionalidade.

EXRATO DA ATA

ADIn 3-9 — DF — Rel.: Min. Moreira Alves. Reqte.: Ordem dos Advogados do Brasil — Conselho Federal. Reqdo.: Presidente da República.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro-Relator não conhecendo da ação, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Sr. Ministro Marco Aurélio. Afirmou impedimento o Sr. Min. Sepúlveda Pertence por haver se manifestado sobre a matéria, quando Procurador-Geral da República. Plenário, 26.10.90.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes os Senhores Ministros Moreira Alves, Aldir Passarinho, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso e Marco Aurélio.

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

VOTO DE VISTA

O Senhor Ministro Marco Aurélio: A revogação sob o ângulo da incompatibilidade pressupõe, como regra, dois diplomas legais de idêntica hierarquia.

O conflito entre a lei ordinária e a Constituição resolve-se no campo da ineficácia.

A matéria pertinente à revogação por incompatibilidade, muito embora envolvendo a aplicação de norma de sobredireito — a constante da Lei de Introdução ao Código Civil, é infraconstitucional, ficando obstaculizado o acesso ao Supremo Tribunal Federal, mormente considerada a jurisprudência segundo a qual o cabimento do extraordinário não prescinde de violência à literalidade de preceito da Carta. Ora, as decisões sobre a matéria tenderão a ficar no âmbito dos Tribunais e, assim, dificilmente o Supremo Tribunal Federal desenvolverá a atividade que justifica a própria existência — a de guardião maior da Carta —, muito embora em jogo a supremacia desta última.

A revogação da lei por incompatibilidade repousa em um princípio genérico — a prevalência da lei mais recente. No caso da Constituição, a perda de eficácia decorre de fato de maior relevo. O princípio presente, no caso é o da hierarquia, sendo a incompatibilidade, no sentido genérico do vocábulo, elemento que a atrai com o fito de ver declarada a lei como desprovida de eficácia. Para tanto, indispensável é o exame à luz da Constituição no que visa a prevalência desta e em tal campo o Supremo Tribunal Federal guarda a definição final e desta não deve abrir mão.

Muitas vezes a incompatibilidade não se mostra perceptível ao primeiro exame, persistindo situações dúbias que devem ser afastadas do cenário jurídico. Se o contexto informa o envolvimento da Carta, a questão deve ser resolvida à luz dos institutos que lhe são próprios. Cogita-se de recepção ou ausência de recepção frente à Constituição Federal e, diante de tal fato, impróprio é que se deixe a solução respectiva ao sabor de órgãos fracionados, variando conforme a formação profissional e humanística daqueles que o integram. É fácil imaginar-se a disparidade de decisões.

Se a revogação decorre de incompatibilidade com a nova Carta, há que se admitir a existência de indagação de maior complexidade e de grande repercussão. Impossível é conceber-se que, mesmo assim, se decida por maioria simples, quando, na hipótese de conclusão sobre a compatibilidade, dar-se-á a prevalência do texto da legislação ordinária em detrimento da própria Constituição.

Por outro lado, não se pode usar de dois pesos e duas medidas. Cabe, então, indagar:

O que ocorre na hipótese de emenda constitucional que atraia o conflito, com a Carta, de determinada lei? O caso é de mera revogação ou de inconstitucionalidade superveniente?

Em debate a harmonia ou não de lei com a Constituição, tudo recomenda a adoção do procedimento que visa determiná-la, pouco importando, no caso, a época em que ocorreu a edição dos diplomas legais.

A segurança jurídica buscada com a demanda direta de inconstitucionalidade também diz respeito à legislação editada sob a luz da Carta anterior e hipóteses ocorrerão em que somente uma declaração *erga omnes* surtirá os efeitos desejáveis. Tenha-se presente controvérsia a envolver, por exemplo, a Consolidação das Leis do Trabalho e a Carta atual, que inovou no campo dos direitos sociais. A admissibilidade da demanda direta de inconstitucionalidade, além de preservar esta Corte no patamar que lhe é próprio, evitará inúmeras demandas individuais e, até mesmo, movimentos de paralisação, contribuindo, assim, para a almejada paz social.

No campo da Política Judiciária o efeito prático é salutar, sendo certo que, se hoje o Tribunal enfrenta grande número de ações diretas de inconstitucionalidade, o faz tendo em vista as Constituições Estaduais e não diplomas anteriores. Indagando-se sobre o número de demandas de inconstitucionalidade ajuizadas após 1988 e que versam legislação pretérita ver-se-á que não procede o argumento extremo segundo o qual esta Corte ficará inviabilizada nos trabalhos que desenvolve.

Não posso simplesmente aplicar o Código Civil, a Lei de Introdução, a uma controvérsia que envolve, na verdade, a intangibilidade da própria Lei Básica. Controvérsias deste jaez são dirimidas à luz da Constituição e esta contempla, sem exceção, mecanismo próprio que visa, acima de tudo, a maior segurança jurí-

dica possível. Logo, não cabe falar de mera revogação, instituto estranho à Carta.

Destarte, tenho o instituto como agasalhado pela ordem jurídica pátria, isto no que visa à supremacia da Carta a ser preservada mediante homenagem à competência atribuída a este Tribunal para julgamento da demanda direta de inconstitucionalidade.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

ADIn 3-9 — DF — Rel.: Min. Moreira Alves. Reqte.: Ordem dos Advogados do Brasil — Conselho Federal. Reqdo.: Presidente da República.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator não conhecendo da ação, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Sr. Ministro Marco Aurélio. Afirmou impedimento o Sr. Min. Sepúlveda Pertence por haver se manifestado sobre a matéria, quando Procurador-Geral da República. Plenário, 26.10.90.

Decisão: Apresentado o feito em mesa, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Plenário, 01.07.91.

Decisão: Apresentado o feito em mesa, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Célio Borja e Paulo Brossard. Plenário, 19.12.91.

Decisão: Por votação unânime, o Tribunal não conheceu da ação por impossibilidade jurídica do pedido. Impedido o Sr. Ministro Sepúlveda Pertence. Votou o Presidente. Plenário, 07.02.92.

Presidência do Senhor Ministro Sydney Sanches. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Octávio Gallotti, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão.

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