



MEDIDAS PROCESSUAIS VIÁVEIS À CONTESTAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA INCONSTITUCIONAL E PRESSUPOSTOS DE LEGITIMIDADE ATIVA ESPECIAL DE ASSOCIAÇÃO PARA PROVOCAR, NO STF, A FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS

The viable procedural measures to challenge an unconstitutional provisional measure and assumptions of special legal standing of association to provoke, in the Supreme Court, the abstract review of constitutionality of law

Revista de Processo | vol. 303/2020 | p. 229 - 256 | Maio / 2020
DTR\2020\6805

Edvaldo Nilo de Almeida

Pós-Doutorando no Programa de Pós-Doutoramento em Democracia e Direitos Humanos do Ius Gentium Conimbrigae associado à Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Público pela PUC/SP. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Especialista em Direito Tributário pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Especialista em Planejamento Tributário (FTE). Procurador do Distrito Federal. Procurador da Fazenda do Distrito Federal no Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais do Distrito Federal – TARF/DF. edvaldonalmeida@yahoo.com.br

Área do Direito: Constitucional; Processual

Resumo: O objetivo do presente trabalho é analisar as medidas processuais viáveis à contestação de Medida Provisória inconstitucional e dos pressupostos de legitimidade ativa especial de Associação para provocar, no STF, a fiscalização abstrata de constitucionalidade de normas. Para tanto, o estudo faz a análise de um caso concreto, isto é, o teor da Medida Provisória 850, de 2018, que buscava viabilizar a constituição da Agência Brasileira de Museus – ABRAM, e o remanejamento de parte dos recursos de titularidade do Sebrae a esta, bem como a sugestão de possíveis alterações a serem promovidas no Estatuto Social da Associação Brasileira dos SEBRAE/Estaduais – ABASE para viabilizar melhor defesa do sistema SEBRAE.

Palavras-chave: Medida Provisória – Inconstitucionalidade – Legitimidade ativa especial – Associação – STF – Fiscalização abstrata de constitucionalidade

Abstract: The scope of the present study is to analyze the viable procedural measures to challenge an unconstitutional Provisional Measure and assumptions of special legal standing of Association to provoke, in the Supreme Court, the abstract review of constitutionality of norms. The study analyzes a concrete case, The content of Provisional Measure n.º 850 of 2018, which intended to make possible the constitution of the Brazilian Museum Agency (ABRAM), and the reallocation of part of Sebrae's resources to this. The study also pretend suggest possible changes to the Bylaws of the ABASE, Brazilian Association of Sebrae, to enable better defense of the Sebrae system.

Keywords: Provisional Measure – Unconstitutionality – Special Active Legitimacy – Association – STF – Abstract review of constitutionality

Sumário:

1.Do contexto fático - 2.Da Medida Provisória 850 e sua tramitação - 3.Dos instrumentos processuais - 4.Do possível aperfeiçoamento do estatuto no que tange à sua atuação judicial - 5.Conclusões

1.Do contexto fático



O objetivo desse artigo é tratar de medidas processuais viáveis à contestação de Medida Provisória inconstitucional e dos pressupostos de legitimidade ativa especial de Associação para provocar, no STF, a fiscalização abstrata de constitucionalidade de normas.

Assim sendo, toma-se como análise de um caso concreto, isto é, o teor da Medida Provisória 850, de 2018, que buscava viabilizar a constituição da Agência Brasileira de Museus – ABRAM e o remanejamento de parte dos recursos de titularidade do SEBRAE à instituição a ser criada, bem como a sugestão de possíveis alterações a serem promovidas no Estatuto Social da Associação Brasileira dos SEBRAE/Estaduais – ABASE para viabilizar melhor defesa do sistema SEBRAE.

Nesse contexto, estudou-se juridicamente a possibilidade de impetração de Mandado de Segurança Preventivo e ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade no STF contra a MP 850, bem como a possibilidade de requerer, junto ao STF, a admissão da ABASE como *amicus curiae* no Mandado de Segurança 35.981 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.024.

Por fim, examinou-se o Estatuto Social da ABASE construído à luz das determinações insculpidas no Código Civil e a possibilidade de ampliação do rol inserto nos seus dispositivos estatutários, para incluir ações estratégicas, especialmente relacionadas à atuação judicial em defesa dos interesses dos associados.

2. Da Medida Provisória 850 e sua tramitação

Em 10 de setembro de 2018, o Presidente da República adotou Medida Provisória, publicada no Diário Oficial da União no dia 11 e republicada no dia 12 do mesmo mês e ano. Relativamente ao seu objeto, a Medida Provisória 850, de 2018, visa autorizar o Poder Executivo Federal a instituir a Agência Brasileira de Museus – ABRAM, além de determinar outras providências.

Em cumprimento à previsão insculpida no artigo 62 da Constituição Federal, a MP foi remetida ao Congresso para deliberação em 10.09.2018. Nos termos do artigo 4º da Resolução 1/2002-CN, o instrumento foi submetido à propositura de emendas, oportunidade em que foram registradas 69 (sessenta e nove) manifestações, como se observa do relatório de tramitação da matéria, disponível no site do Congresso Nacional¹

Entre as referidas emendas, à luz dos interesses da ABASE, destacam-se aquelas cujo teor propõe alterações no modo de financiamento da nova entidade, tendo por objetivo o afastamento da previsão que determina o remanejamento de recursos atualmente destinados ao SEBRAE. Assim, se manifestaram os deputados federais Carlos Melles, Alfredo Kaefer, Luiz Carlos Haully e Otávio Leite, este último tendo apresentado Emenda Supressiva, onde assevera:

“O Plenário do STF, ao julgar o RE 396.266, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, ao reconhecer a constitucionalidade da contribuição para o Sebrae, asseverou que o tributo em questão é CIDE e destina-se a viabilizar a promoção do desenvolvimento das micros e pequenas empresas. Neste sentido, a nova destinação de parte dos recursos, promovida pela MP ora emendada, vai de encontro ao comando constitucional de tratamento favorecido às micro e pequenas empresas, consignado no art. 170, IX e art. 179 da Carta Magna, uma vez que o Sebrae é a única entidade que atua como facilitador dos pequenos negócios e, conseqüentemente, para o cumprimento do writ supracitado.”

De semelhante modo, posicionou-se o Senador José Pimentel, que assim fundamentou sua Emenda Supressiva:



“Retirar recursos destinados ao SEBRAE, como quer a MPV 850, ao reduzir a sua participação na arrecadação da contribuição adicional, implica comprometer as suas atividades e reduzir os benefícios ao setor que mais emprega e dinamiza a economia em tempos de crise.

A solução para o financiamento da Cultura, e do setor museológico, assim, deve ser buscada em outras áreas e não prejudicando as micro e pequenas empresas.”

Em cumprimento ao rito procedimental estabelecido por lei, a Medida Provisória em comento atualmente resta pendente de deliberação por Comissão Mista constituída no Congresso, evento previsto para ocorrer até o dia 09.11.2018. O colegiado poderá emitir parecer pela aprovação total ou parcial ou alteração da Medida Provisória ou pela sua rejeição.

Impende, primeiramente, que a ABASE mantenha o acompanhamento da tramitação do processo de avaliação da Medida Provisória em comento, o que poderá ser realizado pelo Portal Eletrônico do Congresso Nacional, de modo a identificar possíveis alterações do projeto originariamente remetido pela Presidência da República.

Por outro lado, é fundamental que a ABASE atue, por meio de uma assessoria parlamentar e dos diretores do SEBRAE em todo o Brasil, no sentido de convencer os deputados a rejeitarem a referida MP no Congresso Nacional.

3. Dos instrumentos processuais

3.1. Do Mandado de Segurança preventivo

Quanto às possibilidades de ingresso na Justiça para defesa dos interesses da Associação, considerando ser a Medida Provisória ato público, de competência do Senhor Presidente da República, o primeiro instrumento processual que se mostra viável a sua impugnação é o Mandado de Segurança. De acordo com a previsão contida no art. 5º da Constituição Federal, é cabível o instrumento nas seguintes hipóteses:

“LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”

Trata-se de um remédio constitucional largamente utilizado, para evitar ou reparar danos causados pela ação ilegal ou abusiva da autoridade pública competente. Nos termos da Lei 12.016/09, as associações estão legitimadas a promover a impetração do Mandado de Segurança, o que representa perfeito ajuste entre a hipótese jurídica e o caso concreto.

“Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.”

Como requisito essencial deste tipo de ação, o impetrante deverá comprovar a existência de direito líquido e certo, bem como a efetiva ofensa ou o justo receio de sua violação. Especificamente em relação ao caso sob análise, importa registrar que a Medida Provisória questionada não produz efeitos que modificam a arrecadação do SEBRAE de



modo imediato. Neste sentido, observe-se o teor do artigo 29 do documento, a seguir transcrito:

“Art. 29. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação e produzirá efeitos:

I – a partir da data de instituição da Abram, quanto aos art. 23, art. 25 e ao inciso III do caput do art. 28; e

II – na data de sua publicação, quanto aos demais dispositivos.”

Adicionalmente, pontue-se que é o artigo 23 que determina a alteração da Lei 8.029/90, para reduzir em 6% (seis por cento) o repasse realizado mensalmente pela União ao SEBRAE, por força da arrecadação de contribuições sociais:

“Art. 23. A Lei n. 8.029, de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações: (Produção de efeitos)

“Art. 8º [...]

§ 3º Para atender à execução das políticas de apoio às micro e às pequenas empresas, de promoção de exportações, de desenvolvimento industrial e de promoção do setor museal, fica instituído adicional às alíquotas das contribuições sociais relativas às entidades de que trata o art. 1º do Decreto-Lei n. 2.318, de 30 de dezembro de 1986, de:

[...]

§ 4º O adicional de contribuição a que se refere o § 3º será arrecadado e repassado mensalmente pelo órgão ou entidade da administração pública federal ao Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – Sebrae, à Agência de Promoção de Exportações do Brasil – Apex-Brasil, à Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI e à Agência Brasileira de Museus – Abram, na proporção de setenta e nove inteiros e setenta e cinco centésimos por cento ao Sebrae, doze inteiros e vinte e cinco centésimos por cento à Apex-Brasil, dois inteiros por cento à ABDI e seis por cento à Abram.”

Conclui-se, portanto, que a questionável inovação normativa somente produzirá os efeitos que a ABASE visa evitar a partir do ato de constituição da Agência Brasileira de Museus – ABRAM, afastando a possibilidade de comprovação de efetivo dano no presente momento. Resta configurada, neste caso, a concreta ameaça de lesão aos interesses do SEBRAE, pela edição da Medida Provisória 850, que, mantida pelo Congresso, culminará na considerável diminuição dos repasses realizados pela União à referida instituição.

Considerando as características da situação imposta, a medida judicial que se revela viável e mais adequada ao caso é a impetração de Mandado de Segurança Preventivo, pleiteando o reconhecimento da inconstitucionalidade da Medida Provisória para decretar sua nulidade. Destaca-se posicionamento jurisprudencial que reconhece o manejo do citado instrumento jurídico tendo em vista a preservação de direitos ameaçados pela edição de MP, asseverando a possibilidade de ajuizamento da ação a partir da demonstração do justo receio do dano que pode vir a ser causado:

“Processual civil. Tributário. Imposto de Renda. Mandado de Segurança Preventivo. Prova. Resgate de contribuições de Previdência Privada. NÃO Incidência. Medida Provisória n. 1.851-44/99. 1. Insuficiência dos fundamentos para afastar a presunção da



natureza de fundo de previdência privada do Fundo de Previdência Complementar do Servidor da Secretaria da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais – PRELEGIS. 2. No mandado de segurança preventivo, a impetração independe da prova da efetiva lesão ao direito do impetrante, bastando que haja a ameaça, no caso, da incidência do imposto de renda sobre o montante relativo ao resgate das contribuições feitas a entidade de previdência privada. Precedente deste Tribunal Regional Federal. 3. O art. 33, da Lei n. 9.250, de 26.12.1995 expressamente estabelece que as importâncias correspondentes ao resgate de contribuições de entidade de previdência privada sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual. Todavia, a referida determinação legal não pode ser aplicada às hipóteses de resgate das contribuições de previdência privada, que correspondem às parcelas de contribuições efetuadas pelos empregados no período de 1º.01.1989 a 31.12.1995. Aplicação da Lei n. 7.713/88. Precedentes deste Tribunal Regional Federal. 4. Questão que restou pacificada com a Medida Provisória n. 1.851-44/99. 5. Apelações e remessa oficial improvidas.” (TRF-1 – AMS 40.534/MG (1999.38.00.040534-0), rel. Juiz Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, j. 19.03.2002, 4ª T.,DJ 12.04.2002, p. 128.)

Cumpra registrar que, historicamente, o Judiciário Brasileiro entende pela impossibilidade de impetração de Mandado de Segurança contra ato normativo de caráter abstrato, o que, inclusive, ensejou a edição da Súmula STF 266, “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”.

A situação ora delineada, entretanto, não trata de questionamento de lei em tese, posto que, em que pese o instrumento normativo impugnado ainda não ter incidido sobre qualquer evento fático, sua previsão tem natureza específica e pessoal, sendo possível identificar e caracterizar a lesão iminente aos interesses do SEBRAE.

A Medida Provisória que se pretende afastar não prevê, abstratamente, hipótese em que poderá incidir a redução dos proventos da Entidade, mas estabelece, desde logo, o modo e o percentual que não mais será repassado ao SEBRAE, para financiamento da nova Agência a ser criada, ou seja, o normativo é dotado de efeitos concretos, possuindo previsão que regula, de modo específico e individualizado, situação de interesse da entidade citada. Nesse sentido, os seguintes julgados do STF:

“Agravo regimental em mandado de segurança. 2. Decreto 8.616/205, Lei Complementar 148/2014 e Lei 9.496/1997. Adequação da via eleita. Admissibilidade de mandado de segurança contra decreto de efeitos concretos. 3. Agravo regimental provido para determinar o processamento do mandado. 4. Índice de correção da dívida dos Estados. Anatocismo. Princípio da isonomia. SELIC. 5. Medida liminar deferida para que os impetrados abstenham-se de impor quaisquer sanções ao impetrante.” (MS 34.023 (AgRg), rel. Min. Edson Fachin, rel. p/Acórdão Min. Gilmar Mendes, TP, j. 07.04.2016, DJe-234, divulg 11.10.2017 public 13.10.2017.)

“Constitucional. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Prequestionamento. Ausência. Súmulas 282 e 356 do STF. Mandado de Segurança. Norma de efeitos concretos. Declaração de inconstitucionalidade. Inaplicabilidade da Súmula 266 do STF. Agravo improvido. I – Ausência de prequestionamento das questões constitucionais suscitadas. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF. II – A Corte firmou entendimento de que não usurpa sua competência a declaração de inconstitucionalidade incidental. Precedentes. III – Ademais, o acórdão recorrido entendeu que a lei impugnada produziu efeitos concretos, não incidindo, portanto, a Súmula 266 do STF. IV – Agravo regimental improvido.” (AI 637.465 (AgRg), rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T., j. 28.04.2009, DJe-094 divulg 21.05.2009 public 22.05.2009 Ement vol-02361- 09, p-01767.)

Ademais, o entendimento ora consignado encontra lastro na interpretação a contrario



sensu da seguinte jurisprudência do STF, in verbis:

“Constitucional. Mandado de Segurança. Lei em tese: não-cabimento. Súmula 266-STF. I – Se o ato normativo consubstancia ato administrativo, assim de efeitos concretos, cabe contra ele o mandado de segurança. Todavia, se o ato – lei, medida provisória, regulamento – tem efeito normativo, genérico, por isso mesmo sem operatividade imediata, necessitando, para a sua individualização, da expedição de ato administrativo, então contra ele não cabe mandado de segurança, já que, admiti-lo implicaria admitir a segurança contra lei em tese: Súmula 266-STF. II – Segurança não conhecida.” (RMS 24.266, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª T., j. 07.10.2003, DJ 24.10.2003 p-00030 ement vol-02129-02, p-00481.)

“Agravamento Regimental em Mandado de Segurança. Ato coator. Medida Provisória. Reforma do ensino médio. Impossibilidade. Generalidade, abstração e impessoalidade. Ausência de efeitos concretos. Lei em tese. Inadequação da via eleita. Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal. Ausência de legitimidade ativa ad causam. Pedido de tutela de direitos objetivos. Inviabilidade. Writ não conhecido. Agravamento Regimental desprovido. 1. A lei em tese, como norma abstrata de conduta, não lesa qualquer direito individual, razão pela qual, na forma da Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal, não é passível de impugnação por mandado de segurança. 2. O mandado de segurança não pode ser utilizado como mecanismo de controle abstrato da validade constitucional das leis e dos atos normativos em geral, posto não ser sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes: MS 32.809 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 30.10.2014; MS 25.456 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 09.12.2005. 3. O cidadão que pretende defender supostas garantias constitucionais da categoria dos estudantes não ostenta legitimidade ativa ad causam para impetrar mandado de segurança individual, visto que o direito líquido e certo se refere não a um direito objetivo de classe, pessoa jurídica, órgão ou ente alheios, mas, sim, a um direito subjetivo de titularidade de quem o invoca. Precedente do Plenário: MS 23.914 AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 24.08.2001. 4. In casu, a Medida Provisória 746/2016, ao propor mudanças no currículo escolar do Ensino Médio no Brasil, fixou, por norma geral, impessoal e abstrata, a procedimentalização da reforma de políticas de ensino e os efeitos mediatos dela decorrentes. 5. A norma impugnada, de alcance genérico, torna as eventuais ofensas ao impetrante meramente indiretas, descaracterizando coação possível de ser amparada pela via do mandado de segurança. 6. Agravamento regimental a que se nega provimento.”

(MS 34.432 (AgRg), rel. Min. Luiz Fux, TP, j. 07.03.2017, DJe-056 divulg 22.03.2017 public 23.03.2017.)

Importa salientar, ainda nos termos da Lei 12.016/09, a possibilidade de formulação de pedido liminar quando do ajuizamento da ação sugerida, tendo em vista a imediata suspensão da eficácia da Medida Provisória 850. Destaque-se que a ação judicial proposta possui rito sumariíssimo, de julgamento prioritário em relação a outros feitos, com exceção do habeas corpus. Deste modo, o instrumento constitui alternativa jurídica célere, capaz de resguardar os interesses da ABASE expostos ao risco iminente de lesão.

3.1.1. Da possibilidade de atuação como amicus curiae no Mandado de Segurança

Quanto à possibilidade que se ingresse em mandado de segurança como amicus curiae ao MS, é possível sim que a ABASE ingresse no feito, nos termos do art. 138 do Código de Processo Civil, in verbis:

“Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se,



solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.”

Posteriormente à edição do novo Código de Processo Civil, o Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que é possível o ingresso de terceiro que tenha uma representatividade a respeito da questão discutida no processo, de modo que esse terceiro possa contribuir com o debate dos autos. Nesse sentido, a decisão do Ministro Luiz Fux, que colhe toda a jurisprudência do STF e doutrina sobre o tema:

“Com o Novo Código de Processo Civil, os argumentos tradicionalmente invocados contra a participação de amici curiae em sede de mandado de segurança – a natureza subjetiva, a suposta falta de previsão legal e a celeridade processual – já não se mostram suficientes para rechaçar aprioristicamente essa participação. É como demonstro a seguir.

A admissibilidade de amicus curiae depende do objeto da ação, mais do que da medida judicial escolhida. Como aponta o artigo 138 do CPC/2015, são requisitos objetivos para ingresso de amicus curiae a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda e a repercussão social da controvérsia. Exige-se, então, a repercussão transcendental da causa, que já não se adstringe às partes processuais. Isso pode ocorrer tanto pelo alcance dilargado dos efeitos da decisão, hipótese que se verifica no presente caso, quanto pela essencialidade da matéria versada. No mesmo sentido, cito duas recentes decisões de admissibilidade de amicus curiae em mandado de segurança, cujos excertos transcritos se coadunam com o quanto ora exposto, in verbis:

‘A participação de amicus curiae em processos subjetivos possui idêntica natureza da habilitação nos processos de jurisdição abstrata, qual seja, eminentemente instrutória, a fim de introduzir elementos que possam subsidiar um debate mais completo e adequado da matéria pelo órgão julgador competente.’ (MS 34.483, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 05/12/2016.)

‘Como se sabe, a representatividade do amigo da Corte está ligada menos ao seu âmbito espacial de atuação, e mais à notória contribuição que pode ele trazer para o deslinde da questão. Tendo em vista que a DPU indicou sua contribuição específica para a causa e demonstrou atuar de maneira concreta na seara objeto do presente writ, exhibe a requerente evidente representatividade, tanto em relação ao âmbito espacial de sua atuação, quanto em relação à matéria em questão.’ (MS 33882, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 02/08/2016.)

Tampouco se pode cogitar de falta de previsão legal para admissibilidade de amicus curiae em mandado de segurança. Com a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, fica colmatada a aparente lacuna, sendo esse o fundamento legal para o deferimento do ingresso do amicus curiae.

Ademais, a remissão feita no artigo 24 da Lei 12.016/2009 aos dispositivos processuais que tratam da intervenção de terceiros (arts. 46 a 49 do CPC/1973) não tem o condão de afastar sua participação. Como no CPC/1973 sequer havia previsão de amicus curiae, o silêncio eloquente da Lei 12.016/2009 não poderia alcançar essa figura processual. Isso se infere também do tratamento destacado que o legislador processual atribuiu aos amici curiae, que não figuram como partes, disciplinando sua atuação em capítulo apartado da Assistência e demais formas de Intervenção de Terceiros.

Em doutrina, não é outra a concepção de Eduardo Talamine, in verbis:

‘A atuação do amicus curiae, dada sua limitada esfera de poderes (e,



consequentemente, sua restrita interferência procedimental), é cabível inclusive em procedimentos especiais em que se veda genericamente a intervenção de terceiros – sobretudo naqueles que são regulados por leis anteriores ao CPC/2015. O veto deve ser interpretado como aplicável apenas às formas de intervenção em que o terceiro se torna parte ou assume subsidiariamente os poderes da parte. Assim, cabe ingresso de amicus em processo do juizado especial, bem como no mandado de segurança.’ (TALAMINI, Eduardo. Amicus Curiae. In Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil. JATAHY, Carlos Roberto et al. (coord). Rio de Janeiro: FGV, 2016, p. 32.)

Por fim, a admissibilidade de amicus curiae, por si só, não compromete a celeridade imanente ao writ. Por não adquirir qualidade de parte, o amicus curiae não altera a competência nem possui legitimidade recursal, razão pela qual não compromete a celeridade processual, como já tive oportunidade de me manifestar em doutrina (FUX, Luiz. Mandado de Segurança. Rio de Janeiro: Forense, p. 35). Ao contrário, ao oferecer subsídios para o desate da lide, a atuação daquele no feito apresenta a possibilidade de enriquecer o debate e, assim, auxiliar a Corte na formação de sua convicção.

[...]

A admissibilidade da participação de amici curiae nos processos submetidos a esta Corte não decorre apenas do artigo 138 do Código de Processo Civil de 2015, vez que antecede a positivação legal. Decorre do telos precípua da intervenção do amicus curiae, que consiste na pluralização do debate constitucional, com vistas a municiar a Suprema Corte dos elementos informativos possíveis e necessários ou mesmo trazer novos argumentos para o deslinde da controvérsia, superando, ou senão amainando, as críticas concernentes à suposta ausência de legitimidade democrática de suas decisões.

Sob esse prisma, destacando a relevância da contribuição e do tema, o Ministro Gilmar Mendes deferiu o ingresso de amici curiae no MS 32.033, sendo acompanhado pela maioria dos votos proferidos em Plenário, in verbis:

‘Além disso, destaquei inexistir óbice legal para tanto, apontando que a medida condiz com o processo constitucional, dado que a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões é essencial e constitui um excelente instrumento de informação para a Corte Suprema, com subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos os mais variados, conferindo ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, que, a meu ver, não pode ficar restrito ao controle concentrado.’ (MS 32.033, Rel. Min. Gilmar Mendes, Redator p/o Acórdão Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013.)

No caso sub examine, o ingresso da Defensoria Pública da União na qualidade de amicus curiae tem como premissa básica a expectativa de que pluralize o debate, apresentando informações, documentos ou elementos importantes para o deslinde do caso, tal como aqueles relativos à suposta constituição de Quadro Permanente de Pessoal de Apoio da Defensoria Pública da União a partir da celebração de dois concursos públicos para servidores.

Destarte, a adequada representatividade da postulante in casu decorre da clara potencialidade de aportar elementos úteis para a solução do processo, em que se discute legislação específica e dados fáticos próprios da Defensoria Pública da União.

Ademais, a compulsoriedade de atendimento de requisição de servidor para a Defensoria Pública da União constitui matéria relevante, que repercute além do interesse das partes, havendo oitocentos e sessenta servidores requisitados nos quais o precedente poderá influenciar indiretamente. Verifica-se, assim, o potencial impacto que acarreta sobre a organização e funcionamento da Defensoria Pública da União e, conseqüentemente, sobre



aqueles por ela assistidos também reforçam que a controvérsia transcende os limites subjetivos do processo.

Ex positis, dada a relevância e a repercussão da questão ora debatida e por entender inexistir prejuízo à tramitação regular do writ, admito o ingresso no feito, na qualidade de *amicus curiae*, da Defensoria Pública da União, facultando-lhe a apresentação de informações e a sustentação oral por ocasião do julgamento definitivo do mérito do presente mandado de segurança." (Despacho no RMS 34.594, Min. Luiz Fux, em 14.03.2017.)

Nesse contexto, revela-se que a ABASE pode impetrar mandado de segurança contra a MP em referência, diante do seu nítido efeito concreto, bem como ingressar como *amicus curiae* em mandado de segurança já em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

3.1.1.1 Momento para ingresso como *amicus curiae*

Para lançar mão do instrumento jurídico supramencionado, tendente a permitir a atuação da ABASE em Mandado de Segurança que já se encontra em tramitação perante o STF, é necessário que sejam atendidos seus requisitos, inclusive quanto ao momento oportuno para seu requerimento. Essa intervenção, segundo a jurisprudência do STF, deve ocorrer até a liberação do processo pelo relator para designação de pauta de julgamento, *in verbis*:

"Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Requerimento de ingresso como *amicus curiae* em data posterior à inclusão do processo na pauta de julgamento. Precedentes. Agravo Regimental ao qual se nega provimento." (ADI 2.135 (AgRg), rel. Min. Cármen Lúcia, TP, j. 18.05.2018, DJe-153 divulg 31.07.2018 public 01.08.2018.)

"Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Pedido de ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae* após a liberação do processo para julgamento. Indeferimento. Postulação extemporânea. Mera reiteração de razões oferecidas por outros interessados. Hipótese que não justifica a habilitação de *amicus curiae*. Agravo desprovido. 1. Compete ao relator admitir ou não pedido de manifestação de terceiros, na qualidade de *amici curiae*, nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, tendo como norte a relevância da matéria e a representatividade adequada dos postulantes (artigo 7º, § 2º, da Lei Federal 9.868/1999 e artigo 138, caput, do Código de Processo Civil), bem como a conveniência para a instrução da causa e a duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal). 2. In casu, a agravante postulou o ingresso no feito em momento posterior à liberação do processo para julgamento, o que caracteriza pedido extemporâneo, conforme a jurisprudência sedimentada desta Corte. A admissão do *amicus curiae* nas ações de controle concentrado de constitucionalidade tem por escopo tão somente o fornecimento de subsídios para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, não podendo implicar em prejuízo ao regular andamento do processo. 4. A mera reiteração de razões oferecidas por outros interessados, sem o acréscimo de subsídios fáticos ou jurídicos relevantes para a elucidação da controvérsia, não justifica a admissão da habilitação de *amicus curiae*. 5. Agravo desprovido." (ADPF 449 (AgRg), rel. Min. Luiz Fux, TP, j. 18.05.2018, DJe-116 divulg 12.06. 2018 public 13.06.2018.)

Por exemplo, da análise da tramitação do MS no STF referente à temática pertinente à ABASE, observa-se que, entre o protocolo da inicial e a pendência de manifestação da Procuradoria-Geral da República, há lastro temporal para a apresentação do requerimento de *amicus curie*, o qual deverá ser manejado sem demora, a fim de que seja aproveitada a oportunidade jurídica.

3.2. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade



Em adição à possível impetração de mandado de segurança preventivo e de modo a superar eventual óbice da Súmula 266 do STF, é ainda viável o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade, para obter o reconhecimento da inconstitucionalidade da Medida Provisória 850. Quanto à possibilidade de manejo de tal instrumento, registre-se a manifestação de Pedro Lenza²:

“Somente o ato estatal de conteúdo normativo, em plena vigência, pode ser objeto do controle concentrado de constitucionalidade. Como a medida provisória tem força de lei, poderá ser objeto de controle, já que ato estatal, em plena vigência.”

A ação, prevista no art. 102, inciso I, alínea a, da Constituição Federal, tem por objeto o afastamento de lei ou ato normativo federal ou estadual que viole diretamente a Constituição. É também do STF a competência para processamento e julgamento de demandas de tal natureza. No caso concreto, inicialmente, são três os fundamentos jurídicos que sustentariam a ação sugerida, considerando os termos da MP que ofendem as disposições constitucionais vigentes, a saber:

ausência de demonstração de efetiva relevância e urgência da medida, não atendendo ao requisito previsto no artigo 62 da CF;

desvio de finalidade de Contribuição de Intervenção de Domínio Econômico – CIDE, prevista no artigo 149 da CF, por determinar sua instituição para favorecimento de entidade sem nenhuma vinculação com os preceitos da ordem econômica dos artigos 170 e 179 da Constituição;

ofensa ao princípio constitucional tributário da anualidade, insculpido no artigo 150 da CF, ao fixar prazos de transferência orçamentária no artigo 26 da MP.

Pontue-se que, a depender da tramitação da referida Medida Provisória junto ao Congresso Nacional, podem ser identificados vícios de procedimento, os quais também poderão integrar o rol dos fundamentos justificadores da Ação de Inconstitucionalidade. Quanto à propositura da ação, registre-se o restrito rol de legitimados, fixado no artigo 103 da Constituição Federal, a seguir transcrito:

“Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I – o Presidente da República;
- II – a Mesa do Senado Federal;
- III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV – a Mesa de Assembléia Legislativa;
- IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI – o Procurador-Geral da República;
- VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

No caso em tela, a legitimidade processual da ABASE pode decorrer do fato de suas



características permitirem sua classificação como entidade de classe de âmbito nacional. Neste sentido, cumpre registrar que, ante a ausência de requisitos formalmente previstos em lei, os critérios de classificação como entidade de classe são emanados por entendimentos jurisprudenciais consolidados pelo STF, como será detalhadamente exposto a seguir. Primeiramente, registre-se o teor da recente manifestação contida nos autos da ADI 5.055, em que o Relator, Ministro Luiz Fux, assim expôs sobre o tema:

“A Carta Política de 1988 ampliou consideravelmente a legitimidade ativa para provocar o controle normativo abstrato, antes restrito ao Procurador-Geral da República. Pretendeu, assim, reforçar a jurisdição constitucional através da democratização das suas vias de acesso. A hipótese de habilitação que a requerente alega ostentar apresenta previsão na parte final do inciso IX do artigo constitucional supracitado, na condição de “entidade de classe de âmbito nacional”.

A hipótese de habilitação que a requerente alega ostentar apresenta previsão na parte final do inciso IX do artigo constitucional supracitado, na condição de “entidade de classe de âmbito nacional”. Nesse ponto, ante a ausência de disciplina constitucional, coube ao Supremo Tribunal Federal, através de construção jurisprudencial, estabelecer algumas balizas interpretativas a respeito de sua atuação no processo objetivo de controle de constitucionalidade. Assim, construíram-se três condicionantes procedimentais para a atuação das entidades de classe de âmbito nacional, a saber:

a) a homogeneidade (dimensão positiva) ou, ao revés, a ausência de hibridismo (dimensão negativa) entre os membros integrantes, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas (ADI 108-QI, Rel. Min Celso de Mello, Plenário, DJ de 5/6/1992; ADI 146, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ de 19/12/2002);

b) o atendimento ao requisito subjetivo de legitimação em sede de tutela coletiva (representatividade da “categoria” em sua totalidade) e ao requisito objetivo de “legitimação nacional” (comprovação do “caráter nacional” pela presença efetiva de associados – pessoas físicas e/ou jurídicas – em, pelo menos, nove Estados da Federação, em aplicação analógica do artigo 7o, § 1o, da Lei 9.096/1995). Vide: ADI 386, Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ de 28/6/1991; e ADI 1.486-MC, Rel. Min. Moreira Alves, Plenário, DJ de 13/12/1996;

c) pertinência temática entre os objetivos institucionais/estatutários da entidade postulante e a norma objeto da impugnação (ADI 1.873, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJ de 19/9/2003).” Decisão de 03.10.2017 (DJe 228, divulgado em 04.10.2017.)

Adicionalmente, pontue-se a existência de precedente da lavra do Ministro Dias Toffoli, no qual foram também especificadas as características que identificam uma entidade de classe de âmbito nacional para fins de manejo de ADI, in verbis:

“Decisão: Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, ajuizada pela Federação Nacional de Entidades de Oficiais Militares Estaduais – FENEME em face de expressões contidas nos artigos 1º; 2º, caput e incisos I e IX; 3º, § 4º; 5º, IV; 15; 36; 37; 40; 42, VI; 52; 61, VIII; 64; 70; 70-A; 73; 84, II e III; 87; 94, §§ 1º, 2º e 3º, todos da Lei Complr n. 39/2002 do Estado do Pará, as quais dizem respeito ao regime de previdência dos militares estaduais. [...] É o relatório. Decido. A Constituição de 1988, nos termos do art. 103, IX, reconheceu legitimidade ativa às entidades de classe de âmbito nacional para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade. Segundo a jurisprudência da Corte, figuram como requisitos qualificativos de tais entidades, para fins de acesso ao controle abstrato de normas, (i) a delimitação subjetiva da associação, que deve representar categoria



delimitada ou delimitável de pessoas físicas ou jurídicas, sendo vedada a heterogeneidade de composição (ADI n. 4.230/RJ-AgR, de minha relatoria); (ii) o caráter nacional, configurada com a comprovação da presença de associados em ao menos nove Estados da Federação (ADI n. 108/DF-QO, Ministro Celso de Mello, DJ de 5/6/92); e (iii) a vinculação temática entre os objetivos institucionais da postulante e a norma objeto de sindicância. Além dessas condicionantes, foi alçada ainda outra, de caráter mais concreto, caracterizada pela suficiência ou não de representatividade da associação postulante, em razão da maior ou menor abrangência do ato questionado, a refletir o interesse de toda ou parte da categoria. Com efeito, a jurisprudência da Corte não tem admitido a legitimidade ativa de associação que representa apenas fração ou parcela da categoria profissional, quando o ato impugnado repercute sobre a esfera jurídica de toda uma classe. Nessas hipóteses de carência de representatividade, quando a associação requerente, em nome de parcela da categoria, pleiteia a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo que diz respeito a toda a coletividade da classe, tem-se posicionado o Supremo Tribunal no sentido da ausência legitimidade ativa. [...] No caso ora em apreciação, a Federação Nacional de Entidades de Oficiais Militares Estaduais, como nominalmente se apresenta, representa somente fração da categoria funcional dos policiais militares, quais sejam os oficiais, a teor do art. 3º, IV, do seu estatuto social: 'Art. 3º A FENEME tem como objetivos fundamentais: II – exercer a representação e promover as ações judiciais e extrajudiciais em defesa das garantias, prerrogativas, direitos e interesses, diretos e indiretos, das Instituições Militares Estaduais e dos Oficiais integrantes delas [...]'. Por sua vez, a categoria funcional dos policiais militares, nos termos do art. 8º do Decreto-lei n. 667/69, é composta de oficiais e de praças militares. É bem verdade que a entidade autora, em seu estatuto (art. 1º, § 3º), admite a filiação de entidades estaduais que tiverem em seus quadros oficiais e praças, desde que presididas por oficiais. Contudo, sua atuação em juízo restringe-se a defender os interesses dos oficiais integrantes das instituições militares estaduais, conforme expressamente destacado em suas finalidades institucionais. Desse modo, na linha já declinada, entidade que representa em juízo apenas os interesses dos oficiais militares não poderia validamente impugnar norma estadual que dispõe sobre o regime de previdência de todos os servidores militares do Estado do Paraná, por não possuir o requisito da ampla representatividade do conjunto de todas as pessoas às quais a norma atacada se aplica. Ante o exposto, em face da ausência de legitimidade ativa da entidade ora requerente, nego seguimento à presente ação direta de inconstitucionalidade (art. 21, § 1º, RISTF), restando prejudicado o pedido de ingresso no feito do Estado do Pará na condição de *amicus curiae*. Publique-se. Intime-se. Brasília, 1º de setembro de 2011. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente." (STF – ADI 4.473/PA, rel. Min. Dias Toffoli, j. 01.09.2011, DJe-172 divulg 06.09.2011 public 08.09.2011.)

Identificados os requisitos para se caracterizar a legitimidade para a propositura de ADI por uma associação, passa-se a analisar se a ABASE preenche tais requisitos.

3.2.1. Homogeneidade da composição da associação postulante

Inicialmente, pontue-se a necessidade de a entidade postulante ser capaz de representar, de modo homogêneo, os interesses de toda uma categoria. Deve a organização, portanto, para ser caracterizada como de classe, por disposição estatutária, atuar na defesa dos interesses e prerrogativas dos membros de categoria bem definida. Neste sentido, ressaltem-se as considerações tecidas na decisão proferida na ADI 3.153, relevantes à compreensão do conceito de entidade de classe:

"Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação ativa: 'entidade de classe de âmbito nacional': compreensão da 'associação de associações' de classe: revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal. O conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os



membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito. É entidade de classe de âmbito nacional – como tal legitimada à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX) – aquela na qual se congregam associações regionais correspondentes a cada unidade da Federação, a fim de perseguirem, em todo o País, o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe. Nesse sentido, altera o Supremo Tribunal sua jurisprudência, de modo a admitir a legitimação das ‘associações de associações de classe’, de âmbito nacional, para a ação direta de inconstitucionalidade.” (ADI 3.153 (AgRg), rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.08.2004, DJ de 09.09.2005.)

Nas palavras do Min. Celso de Mello, no julgamento da ADI 108-6/DF, DJ de 24.04.1992:

“a entidade de classe considerada legítima para ajuizar ADI deve ser integrada por membros vinculados entre si por objetivos comuns. É necessária a presença de um elemento unificador que, fundado na essencial homogeneidade, comunhão e identidade de valores, constitua um necessário fator de conexão capaz de identificar os associados como membros que efetivamente pertencem a uma mesma classe ou categoria.”

Examine-se, adicionalmente, a decisão da Ministra Ellen Gracie na ADI 3.850, na qual foram apresentadas as características essenciais à entidade de classe, apontando precedentes daquela Corte:

“1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Brasileira de Gastronomia, Hospitalidade e Turismo – ABRESI em face da Lei 12.519, de 02.01.2007, do Estado de São Paulo, que ‘proíbe a instalação, utilização, manutenção, locação, guarda ou depósito de máquinas caça-níqueis, de vídeo-bingo, vídeo-pôquer e assemelhadas, em bares, restaurantes e similares’ [...] 2. A autora não cumpre o requisito da legitimidade ativa ad causam necessário para o ajuizamento da presente ação direta, uma vez que não se enquadra no conceito de entidade de classe de âmbito nacional delineado no art. 103, IX, da Carta Magna. Em diversos precedentes, este Supremo Tribunal Federal asseverou que para os efeitos do referido art. 103, IX, somente se considera entidade de classe aquela que reúne membros que se dedicam a uma só e mesma atividade profissional ou econômica. Confira-se, nesse sentido, a ADI 941, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 08.04.1994, a ADI 1.804, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 19.06.98 e a ADI 31, rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 28.09.2001, dentre outras. [...] 4. Além disso, a legitimidade ativa ad causam da requerente ainda dependeria da comprovação de seu caráter nacional, que ‘não decorre de mera declaração formal, consubstanciada em seus estatutos ou atos constitutivos’, pressupondo essa particular característica de índole espacial, ‘além da atuação transregional da instituição, a existência de associados ou membros em pelo menos nove Estados da Federação’. (ADI 108, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 05.06.1992). 5. Ante todo o exposto, em face da ausência de legitimidade ativa ad causam da associação requerente, nego seguimento a esta ação direta de inconstitucionalidade, ficando prejudicada a apreciação do pedido de medida cautelar [...]” (sic) (ADI 3.850/SP, rel. Min. Presidente, j. 30.01.2007.)

Aprofundando-se no critério da homogeneidade, o STF tem afirmado que a entidade deve representar não apenas uma fração ou parcialidade de uma categoria, mas a sua integralidade. É o que se observa da análise das decisões a seguir transcritas, proferidas no âmbito da Suprema Corte:

“Não se qualificam como entidades de classe, para fins de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, aquelas que são constituídas por mera fração de determinada categoria funcional. Precedentes.” (ADI 1.875 (AgRg), rel. Min. Celso de Mello, j.



20.06.2001, DJe 12.12.2008.)

“Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, ajuizada pela Federação Nacional de Entidades de Oficiais Militares Estaduais – FENEME em face de expressões contidas nos artigos 1º; 2º, caput e incisos I e IX; 3º, § 4º; 5º, IV; 15; 36; 37; 40; 42, VI; 52; 61, VIII; 64; 70; 70-A; 73; 84, II e III; 87; 94, §§ 1º, 2º e 3º, todos da Lei Complr nº 39/2002 do Estado do Pará, as quais dizem respeito ao regime de previdência dos militares estaduais. [...] É o relatório. Decido. A Constituição de 1988, nos termos do art. 103, IX, reconheceu legitimidade ativa às entidades de classe de âmbito nacional para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade. Segundo a jurisprudência da Corte, figuram como requisitos qualificativos de tais entidades, para fins de acesso ao controle abstrato de normas, (i) a delimitação subjetiva da associação, que deve representar categoria delimitada ou delimitável de pessoas físicas ou jurídicas, sendo vedada a heterogeneidade de composição (ADI n. 4.230/RJ-AgR, de minha relatoria); (ii) o caráter nacional, configurada com a comprovação da presença de associados em ao menos nove Estados da Federação (ADI n. 108/DF-QO, Ministro Celso de Mello, DJ de 5/6/92); e (iii) a vinculação temática entre os objetivos institucionais da postulante e a norma objeto de sindicância. Além dessas condicionantes, foi alçada ainda outra, de caráter mais concreto, caracterizada pela suficiência ou não de representatividade da associação postulante, em razão da maior ou menor abrangência do ato questionado, a refletir o interesse de toda ou parte da categoria. Com efeito, a jurisprudência da Corte não tem admitido a legitimidade ativa de associação que representa apenas fração ou parcela da categoria profissional, quando o ato impugnado repercute sobre a esfera jurídica de toda uma classe. Nessas hipóteses de carência de representatividade, quando a associação requerente, em nome de parcela da categoria, pleiteia a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo que diz respeito a toda a coletividade da classe, tem-se posicionado o Supremo Tribunal no sentido da ausência legitimidade ativa.

Publique-se. Intime-se. Brasília, 1º de setembro de 2011. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente.” (STF – ADI: 4.473/PA, rel. Min. Dias Toffoli, j. 01.09.2011, DJe-172 divulg 06/09/2011 public 08.09.2011.)

Em relação à caracterização de entidade de classe, em que pese o caso não guardar semelhança com a situação sob análise, importa registrar a evolução jurisprudencial do STF, que alterou anterior posicionamento ao reconhecer a legitimidade de uma federação composta por associações estaduais. Tal evento demonstra o zelo e a cautela daquela Corte em promover a análise circunstancial de cada caso, a fim de evitar posicionamentos que imponham indevida restrição à propositura da ação prevista no artigo 103 da CF. Neste sentido, registrem-se os termos da decisão proferida na ADI (AgRg) 3.152/DF, supratranscrita, que reconheceu a legitimidade ativa da Federação Nacional das Associações dos Produtores de Cachaça de Alambique:

“Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação ativa: ‘entidade de classe de âmbito nacional’: compreensão da ‘associação de associações’ de classe: revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal. 1. O conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito. 2. É entidade de classe de âmbito nacional – como tal legitimada à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX) – aquela na qual se congregam associações regionais correspondentes a cada unidade da Federação, a fim de perseguirem, em todo o País, o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe. 3. Nesse sentido, altera o Supremo Tribunal sua jurisprudência, de modo a admitir a legitimação das ‘associações de associações de classe’, de âmbito nacional, para a ação direta de



inconstitucionalidade.” (ADI (AgRg) 3.153/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 12.08.2004, DJ 09.09.2004.)

Diante das características de instituição e manutenção da ABASE, conclui-se que a associação representa entidades que possuem idênticos valores e objetivos institucionais, compondo grupo homogêneo e específico. Além disso, a associação reúne todos os SEBRAE regionais do país, abrangendo integralmente a categoria.

3.2.2. Da comprovação do caráter nacional da instituição interessada

Quanto ao requisito de natureza subjetiva, que determina a comprovação do caráter nacional, pontua-se que a jurisprudência tem aplicado, por analogia, os critérios atinentes ao regulamento de criação dos partidos políticos para exigir a representatividade da entidade em, pelo menos, 9 (nove) estados da Federação. Relativamente ao critério sob análise, cumpre registrar os ensinamentos de Guilherme Peña de Moraes na obra Curso de Direito Constitucional³:

“As entidades de classe de âmbito nacional, pela aplicação analógica da norma jurídica veiculada pelo art. 7º, § 1º, da Lei n. 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), é sujeita a dois requisitos: (i) o da homogeneidade, ou seja, o ente deve congrega membros de uma mesma categoria econômica ou profissional (entidade de classe) e (ii) o da espacialidade, isto é, o ente deve reunir componentes em, no mínimo, nove entidades federativas e que integrem as cinco regiões geográficas do país (âmbito nacional), motivo pelo qual a UNE (União Nacional dos Estudantes) não dispõe de legitimidade ativa para a ação direta de inconstitucionalidade, já que seus filiados, embora domiciliados em todos os entes da federação, não pertencem a uma mesma categoria econômica, mas conformam um segmento da sociedade.”

Ainda na seara doutrinária, saliente-se que tal critério para definição do caráter nacional da entidade é reforçado da seguinte forma na obra de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁴:

“Quanto ao caráter nacional da entidade, enfatiza-se que não basta simples declaração formal ou manifestação de intenção constante de seus atos constitutivos. Faz-se mister que, além de uma atuação transregional, tenha a entidade membros em pelo menos um terço das Unidades da Federação, ou seja, em 9 dessas unidades (Estados-membros e Distrito Federal) – número que resulta da aplicação analógica da ‘Lei Orgânica dos Partidos Políticos’ (Lei n. 9.096/95, art. 7º, § 1º).”

Considerando, então, os termos da decisão proferida na ADI 5.055, retromencionada, entende-se satisfeito o requisito mediante comprovação da existência de associados em diversas localidades. De idêntico modo, entende-se e se manifesta Clèmerson Merlin Clève, cujo trecho segue abaixo colacionado:

“O reconhecimento do caráter de entidade de âmbito nacional configura questão simples em função da sólida jurisprudência da Excelsa Corte. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal adota, como critérios de aferição da legitimidade ativa das entidades de classe, no que toca com o âmbito de abrangência de ação, por analogia, os mesmos exigidos para o registro de partidos políticos junto ao Tribunal Superior Eleitoral. Deve a associação, na hipótese, demonstrar estar constituída por membros de, pelo menos, nove Estados da federação.”⁵

Nos autos da ADI 386/SP (Med. Liminar), o Relator Ministro Sydney Sanches reconheceu a legitimidade da Associação Brasileira das Indústrias de Sucos Cítricos por entender que sua atuação englobava e representava “os interesses das indústrias produtoras de sucos e derivados de cítricos, de todos os Estados brasileiros onde ocorre esta atividade



econômica, como se demonstra pela relação das empresas suas associadas”⁶. A decisão retro serviu como paradigma para a manifestação do Min. Celso de Mello, na ADI 4.459, ocasião em que promoveu criteriosa análise quanto ao requisito de representatividade nacional, a saber:

“Cumpre ter presente, neste ponto, o fato de que ‘A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem consignado, no que concerne ao requisito da espacialidade, que o caráter nacional da entidade de classe não decorre de mera declaração formal consubstanciada em seus estatutos ou atos constitutivos. Essa particular característica de índole espacial pressupõe, além da atuação transregional da instituição, a existência de associados ou membros em, pelo menos, nove Estados da Federação. Trata-se de critério objetivo, fundado na aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, que supõe, ordinariamente, atividades econômicas ou profissionais amplamente disseminadas no território nacional’ (RTJ 141/4, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno). Bem por isso, o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte, buscando eleger um critério objetivo e identificador do requisito constitucional da espacialidade para os fins de ativação da jurisdição constitucional concentrada, tem reafirmado, em sucessivas decisões (ADI 79-QO/DF, Rel. Min. Celso de Mello – ADI 912/RS, Rel. Min. Néri da Silveira – ADPF 120/MG, Rel. Min. Ayres Britto – ADPF 140/DF, Rel. Min. Celso de Mello – ADPF 214-MC/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.), a advertência segundo a qual ‘Não é entidade de classe de âmbito nacional, para os efeitos do inciso IX do art. 103 da Constituição, a que só reúne empresas sediadas no mesmo Estado, nem a que congrega outras de apenas quatro Estados da Federação’ (ADI 386/ES, rel. Min. Sydney Sanches). (STF – ADI 4.459/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 18.03.2013, DJe-055 divulg 21.03.2013 public 22.03.2013.)

Corroborando com todos os registros trazidos à baila, registre-se, por fim, o teor da decisão mencionada, em processo cuja relatoria ficou a cargo do Min. Dias Toffoli:

“Agravo Regimental – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Associação Nacional de Cidadania (ASPIM) – Ilegitimidade ativa – Entidade de classe de âmbito nacional – Não caracterização. 1. Mantida a decisão de reconhecimento da inaptidão da agravante para instaurar controle abstrato de normas, uma vez não se amoldar à hipótese de legitimação prevista no art. 103, IX, ‘parte final’, da Constituição Federal. 2. Não se considera entidade de classe a associação que, a pretexto de efetuar a defesa de toda a sociedade, patrocina interesses de diversas categorias profissionais e/ou econômicas não homogêneas. 3. Ausente a comprovação do caráter nacional da entidade, consistente na existência de membros ou associados em pelo menos nove estados da federação, não bastante para esse fim a mera declaração formal do qualificativo nos seus estatutos sociais. Precedente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ADI 4.230-AgRg/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 14.09.2011.)

Observa-se, portanto, que o requisito que impõe a demonstração de atuação da entidade em âmbito nacional diz respeito à verificação da existência de membros associados sediados em, pelo menos, 9 (nove) estados da Federação. Neste sentido, importa fixar que a ABASE, de acordo com seu Estatuto Social, tem como associados os SEBRAE estaduais e do Distrito Federal, abrangendo os territórios do Estado Brasileiro.

3.2.3. Da pertinência temática entre as finalidades da instituição postulante e a norma impugnada

Em relação à pertinência temática entre os objetivos institucionais/estatutários da entidade postulante e a norma objeto da impugnação, inicialmente, convém salientar que o requisito em questão foi elaborado em tese do próprio STF. Assim, pela ausência de clara previsão legal, sua exigibilidade é ainda objeto de divergência doutrinária e jurisprudencial. Entende a Suprema Corte que o requisito de demonstração de interesse



na representação judicial é essencial a apenas parte dos legitimados indicados no artigo 103 da Constituição Federal, compreendendo aqueles especificados nos incisos IV, V e IX. Ainda que amplamente aplicado, o requisito sob análise é objeto de críticas por parte da doutrina, formuladas, inclusive, pelo Ministro Gilmar Mendes⁷:

“A jurisprudência do STF, se, de um lado, revela o salutar propósito de concretizar as noções de ‘entidade de classe de âmbito nacional’ e de ‘confederação sindical’ para os efeitos do art. 103, IX, da CF/88, deixa entrever, de outro, uma concepção assaz restritiva do direito de propositura dessas organizações.

Afigura-se excessiva, portanto, a exigência de que haja uma ‘relação de pertinência’ entre o objeto da ação e a atividade de representação da entidade de classe ou da confederação sindical.

A relação de pertinência envolve inequívoca restrição ao direito de propositura, que, tratando-se de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. A relação de pertinência assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação – análoga, talvez, ao interesse de agir do processo civil –, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas.”

Considerando o enquadramento da ABASE entre as entidades legitimadas pelo inciso IX do art. 103 da CF/88, cumpre analisar o requisito referenciado, de modo que não restem dúvidas quanto à legitimidade para propositura da sugerida Ação Direta de Inconstitucionalidade. De acordo com a tese da Suprema Corte, para que a entidade de classe possa legitimamente suscitar o juízo sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo, é necessário que suas finalidades estatutárias estejam em sintonia com o conteúdo material da norma impugnada. Assim se posiciona Clèmerson Merlin⁸:

“18. A relação de pertinência que vem sendo exigida ao longo destes mais de vinte anos de jurisprudência do Tribunal, contudo, não se opera de maneira genérica. Como antes mencionado, para a noção de entidade de classe o Supremo construiu a tese de que deve ser homogênea e representar interesses convergentes e bem definidos. Entendimento semelhante tem sido desenvolvido para a noção de pertinência temática. Por esse motivo, o Supremo tem afirmado ser necessário que a norma impugnada trate, estrita e especificamente, de matéria correlata aos fins perseguidos pela associação institucionalizada:

‘Com efeito, esta Corte tem sido firme na compreensão de que as entidades de classe e as confederações sindicais somente podem lançar mão das ações de controle concentrado quando mirarem normas jurídicas que digam respeito aos interesses típicos da classe representada (cf. ADI 3.906-AgR/DF, Relator o Ministro Menezes Direito, DJE de 5-9-2008). A exigência da pertinência temática é verdadeira projeção do interesse de agir no processo objetivo, que se traduz na necessidade de que exista uma estreita relação entre o objeto do controle e os direitos da classe representada pela entidade requerente.’

[...]

21. Convém advertir, por fim, que a relação de pertinência temática supõe que o conteúdo material da norma impugnada incida de modo direto sobre a atividade profissional ou econômica da classe representada:

‘ADIn: pertinência temática. Presença da relação de pertinência temática, pois o pagamento da contribuição criada pela norma impugnada incide sobre as empresas cujos interesses, a teor do seu ato constitutivo, a requerente se destina a defender.’”



A relação de pertinência que sustenta o requisito ocorre entre os objetivos perseguidos pela entidade de classe e o conteúdo da norma impugnada. Segundo a jurisprudência do STF, o requisito somente resta atendido se houver repercussão direta da norma impugnada sobre a esfera jurídica dos interesses específicos da Associação ou de seus filiados. Assim, restam fundamentadas as decisões destacadas:

“Cabe registrar, ainda, que a AMB satisfaz, plenamente, a exigência jurisprudencial concernente à pertinência temática, consideradas, de um lado, as finalidades institucionais dessa entidade de classe de âmbito nacional e, de outro, o próprio conteúdo material da postulação por ela deduzida.” (ADPF 144, voto do rel. Min. Celso de Mello, j. 06.08.2008, DJe de 26.02.2010.)

“A associação de classe, de âmbito nacional, há de comprovar a pertinência temática, ou seja, o interesse considerado o respectivo estatuto e a norma que se pretenda fulminada.” (ADI 1.873, rel. Min. Marco Aurélio, j. 02.09.1998, DJ de 19.09.2003.)

Considerando os objetivos insculpidos nos artigos 1º e 2º do Estatuto Social da ABASE, e tendo em vista que a norma a ser impugnada afeta, direta e especificamente, os interesses das entidades integrantes do sistema SEBRAE, verifica-se a pertinência temática para legitimar a atuação judicial da associação. Por todos os elementos expostos, entende-se que a ABASE preenche os requisitos que lhe legitimam a ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade, para defender e resguardar os interesses das entidades integrantes do Sistema SEBRAE. Assim como o Mandado de Segurança, a ação ora sugerida também admite a formulação de pedido liminar, no sentido de promover a imediata suspensão dos efeitos da Medida Provisória publicada em 11.09.2018.

3.3. Da possível intervenção da ABASE na qualidade de amicus curiae junto à ADI

Especificamente quanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade, cumpre registrar o prévio ajuizamento de demanda desta natureza junto ao STF, formalizada pelo Partido Político PC do B (ADI 6.024). O instrumento encontra-se sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Diante de tal cenário, é possível formalizar pleito junto ao órgão julgador a fim de que a ABASE seja admitida na ADI 6.024, para atuar na qualidade de amicus curiae. Registre-se que a possibilidade encontra guarida na Lei 9.868/99, que disciplina o rito processual da ADI, como se observa da redação conferida ao seu artigo 7º, § 2º:

“Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

O instrumento jurídico sob análise, de matriz democrática, permite que terceiros passem a integrar a demanda judicial, para agregar e discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar a sociedade como um todo. O próprio STF considera o amicus curiae como fator de legitimação das suas decisões, à medida que pluraliza o debate constitucional e fornece todos os elementos informativos necessários à resolução da controvérsia.

Considerando o preenchimento dos requisitos legais e a representatividade da ABASE, revela-se possível a formalização de pleito junto ao STF, a fim de garantir a admissão e atuação dessa associação na Ação Direta de Inconstitucionalidade que já tramita naquela jurisdição.

3.4. Da possibilidade de ajuizamento de ação em primeiro grau



Delimita-se, ainda, uma terceira possibilidade de acionamento do Poder Judiciário para obtenção de tutela em relação ao caso sob análise. Considerando os efeitos concretos produzidos pela Medida Provisória 850, é possível o ingresso com ação a ser ajuizada perante o primeiro grau, a qual versará sobre fatos específicos decorrentes da aplicação da norma. No curso do julgamento, será promovida a análise do diploma legal que fundamenta o caso concreto, permitindo o reconhecimento de sua inconstitucionalidade pelo juiz singular.

A ação é possível pois, no Brasil, é adotado o sistema jurisdicional misto de controle de constitucionalidade, realizado pelo Poder Judiciário, sob a forma de controle concentrado ou difuso. Para além dos instrumentos que permitem o questionamento da constitucionalidade da norma, diretamente remetidos ao STF, há a possibilidade de a matéria ser objeto de análise incidental, em ações movidas perante o primeiro grau. A possibilidade, inclusive, encontra guarida no Código de Processo Civil:

“Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo.”

Neste exercício do controle difuso, o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo do poder público não é o objeto da causa, não é o pedido da demanda. Assim, assevera Dirley da Cunha, in verbis:

“A fiscalização incidental da constitucionalidade pode ser provocada e suscitada (a) pelo autor, na inicial de qualquer ação, seja de que natureza for (civil, penal, trabalhista, eleitoral, e, principalmente, nas ações constitucionais de garantia, como mandado de segurança, habeas corpus, habeas data, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública), qualquer que seja o tipo de processo e procedimento (processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar) ou (b) pelo réu, nos atos de resposta (contestação, reconvenção e exceção) ou nas ações incidentais de contra – ataque (embargos à execução, embargos de terceiros, etc.).”⁹

Para o Ministro Roberto Barroso, a Constituição Federal assegura a possibilidade de o juiz de primeiro grau realizar o controle difuso de constitucionalidade. Em suas palavras, “já não se discute mais, nem em doutrina nem na jurisprudência, acerca da plena legitimidade do reconhecimento da inconstitucionalidade por juiz de primeiro grau, seja estadual seja distrital”¹⁰. Assim, verifica-se que qualquer juiz ou tribunal pode, diante de um determinado caso, promover a análise quanto à eventual inconstitucionalidade de uma lei. O controle de constitucionalidade, na hipótese, integra a motivação do decisum e não seu dispositivo. Em tese, a decisão, neste caso, será inter partes, ou seja, não afetará terceiros, estranhos à lide julgada. A doutrina e a jurisprudência da Suprema Corte, no entanto, caminham para a evolução de tal entendimento, como doutrina Pedro Lanza¹¹:

“No controle difuso, a arguição de inconstitucionalidade se dá de modo incidental, constituindo questão prejudicial. No controle concentrado (ADI genérica), por sua vez, a declaração se implementa de modo principal, constituindo o objeto do julgamento. A doutrina clássica sempre sustentou, com Buzaid e Grinover, que, “se a declaração de inconstitucionalidade ocorre incidentalmente, pela acolhida da questão prejudicial que é fundamento do pedido ou da defesa, a decisão não tem autoridade de coisa julgada, nem se projeta, mesmo inter partes — fora do processo no qual foi proferida’.

Contudo, respeitável parte da doutrina e alguns julgados do STF (‘Mira Estrela’ e ‘progressividade do regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos’) e do STJ propunham uma nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade



no controle difuso pelo STF.

Na doutrina, em importante estudo, Gilmar Mendes afirma ser ‘... possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica ‘reforma da Constituição sem expressa modificação do texto’ (Ferraz, 1986, p. 64 et seq., 102 et seq.; Jellinek, 1991, p. 15-35; Hsü, 1998, p. 68 et seq.)’.

Nessa mesma linha, Teori Albino Zavascki, também em sede doutrinária, sustenta a transcendência, com caráter vinculante, de decisão sobre a constitucionalidade da lei, mesmo em sede de controle difuso.”

Pontue-se a existência de precedentes jurisprudenciais relacionados à matéria, entre os quais destaca-se o que segue transcrito:

“Agravo de Instrumento. Declaração de inconstitucionalidade. EC 40/2015. Controle difuso de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal que analisou a questão de forma precária em cautelar. Reserva de Plenário. Inteligência art. 97 da Constituição Federal. Incidente de inconstitucionalidade suscitado. 01. Em nosso Ordenamento Jurídico há duas modalidades de controle de constitucionalidade, a saber, controle difuso, onde é feita uma análise incidental de (in)constitucionalidade do ato normativo, como forma de proteção do direito subjetivo do autor da demanda, promovendo-se uma aferição do caso concreto, como questão prejudicial ao julgamento do mérito, isto porque o objeto principal da demanda não é a declaração de inconstitucionalidade, mas a relação jurídica instaurada entre as partes; no caso do controle concentrado, faz-se uma análise da lei em tese, considerada de forma abstrata, sendo a discussão acerca da questão constitucional o objeto principal da ação. 02. Quando os Tribunais de Justiça realizam o controle difuso há de ser observado o princípio da reserva de plenário, previsto no art. 97 da Constituição Federal, isto é, nos Tribunais, a inconstitucionalidade incidental de ato normativo apenas pode ser reconhecida pelo voto da maioria absoluta da totalidade de seus membros ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade, salvo quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, oportunidade em que pode vir a ser analisado por órgão fracionário. 03. No caso concreto, sustenta-se a suposta inconstitucionalidade da EC n. 40/2015 do Estado de Alagoas, inconstitucionalidade que teria ocorrido entre sua edição, em 01.09.2015, até a data da edição da Lei Complementar Nacional n. 152/2015, que ocorreu em 03.12.2015, que regulamentou o art. 40, § 1º, II, da CF/1988. 04. Tendo o Supremo Tribunal Federal analisado situação semelhante a esta aqui tratada, no entanto, referido enfrentamento foi promovido em sede de medida cautelar, ou seja, de forma precária, passível de modificação, é mais prudente que qualquer decisão acerca da constitucionalidade ou não da EC 40/2015 seja aferida pelo Plenário desta Corte, sendo observada a cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 97 da Constituição Federal. Incidente de inconstitucionalidade suscitado.”

(TJAL – AI 08015873720168020000/AL (0801587-37.2016.8.02.0000), relator Des. Fernando Tourinho de Omena Souza, j. 20.06.2016, 1ª Câm. Cív., DJe 08.07.2016.)

No caso concreto, tendo em vista que ainda não houve efetiva lesão aos interesses do Sistema SEBRAE, posto que a redução dos repasses de recursos pela União somente se dará a partir da constituição da Agência referida na MP, a medida que me melhor se adéqua ao caso tem natureza cautelar, tendo por objetivo evitar a ocorrência do dano.



Conclui-se, portanto, pela possibilidade de ajuizamento de ação ordinária com pedido de tutela antecedente e/ou de urgência em face da União, a ser processada e julgada pela Justiça Federal, a fim de impossibilitar qualquer eventual supressão de repasses, pela aplicação do artigo 8º, § 4º, da Lei 8.029/1990. Considerando a fundamentação da ação proposta, será necessária a análise quanto à inconstitucionalidade da Medida Provisória 850. Importa registrar, por fim, que o fato de estar em curso Ação Direta de Inconstitucionalidade não prejudica a pretensão ora consignada, fato confirmado em recente decisão prolatada pelo STF:

“Agravo Regimental em Reclamação. Ausência de enquadramento do pedido às hipóteses de cabimento da reclamação constitucional. Agravo ao qual se nega provimento. I – A tramitação simultânea de ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal e de incidente de arguição de inconstitucionalidade em tribunal de segunda instância, ambos discutindo a validade do mesmo dispositivo legal, não configura a hipótese de cabimento da reclamação constitucional prevista no art. 102, I, I, da Constituição Federal (usurpação da competência) . II – Agravo ao qual se nega provimento.” (AgRg na Reclamação 26.512/ES, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., 09.05.2017.)

Por todo o exposto, cumpre registrar a possibilidade de ser suscitado incidente de inconstitucionalidade mediante o ajuizamento de ação em primeiro grau, alternativa que pode ser adotada pela ABASE para defesa dos interesses de seus associados.

4. Do possível aperfeiçoamento do estatuto no que tange à sua atuação judicial

O Código Civil de 2002 dedicou um capítulo inteiro à definição das características normativas atinentes às associações. Neste sentido, da análise do Estatuto Social da ABASE, resta verificada sua perfeita adequação legal, atendidos todos os requisitos previstos no artigo 54 do citado diploma.

De modo geral, o documento elaborado pela ABASE, além de atender aos requisitos legais, reúne as disposições comuns aos instrumentos constitutivos de associações sem fins lucrativos. Ainda assim, o documento é passível de evoluções, as quais podem assegurar a melhoria no que tange à atuação judicial da associação para defesa dos interesses do Sistema SEBRAE.

Em que pese o posicionamento registrado no presente documento, reconhecendo a legitimidade para ingressar com ações que visem ao controle de constitucionalidade, bem como a juntada de diversos posicionamentos jurisprudenciais que corroboram com tal entendimento, importa aproveitar a oportunidade para viabilizar a adoção de práticas que reforcem o atendimento dos requisitos legitimadores de seu exercício judicial. Neste sentido, considerando o critério específico que trata da atuação em âmbito nacional da entidade, entende-se possível alterar o Estatuto Social da ABASE para viabilizar a instalação de unidades em outras localidades, para além da sede localizada em Brasília/DF. A estratégia visa trazer ainda mais robustez às características que definem a ABASE como entidade de classe nacional, representante dos SEBRAE estaduais. Assim, será trilhado caminho para sedimentar a ampliação de sua competência para atuar junto ao Poder Judiciário.

“Art. 1º A Associação Brasileira dos SEBRAE/Estaduais – ABASE, é uma associação dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, representativa dos interesses dos seus Associados, de duração indeterminada, com sede e foro na cidade de Brasília, Distrito Federal, podendo criar escritórios e/ou representações em qualquer lugar do território brasileiro, mediante autorização do Conselho dos Associados.”



Ademais, pontua-se a possibilidade de melhor detalhamento dos objetivos insertos no artigo 2º do Estatuto da entidade, a fim de incluir, de modo mais específico, as atividades sob a responsabilidade da ABASE. Observa-se a disposição, de modo genérico, quanto à possibilidade de representação, pela associação, de seus associados, conforme previsão ora transcrita: "II – zelar pelos interesses comuns de seus associados, podendo representá-los junto aos poderes públicos e às entidades oficiais e privadas, no país e no exterior;" [...]

Para fortalecer a atuação da ABASE e, conseqüentemente, melhor resguardar os interesses do Sistema SEBRAE, sugere-se a inclusão de inciso que preveja, específica e detalhadamente, a possibilidade de representação perante os órgãos do Poder Judiciário, ficando a associação legitimada a propor todas as ações judiciais cabíveis e necessárias à defesa do Sistema. Para tanto, é apresentada a redação sugestiva, a seguir colacionada:

"X – promover a defesa judicial e extrajudicial, de ofício ou a requerimento, dos direitos e interesses coletivos e individuais dos associados, desde que compatíveis com as suas finalidades, podendo, para tanto, adotar todas as medidas legais possíveis, inclusive propor ações, impetrar mandados de segurança coletivos e adotar outras medidas judiciais pertinentes, agindo sempre na defesa dos interesses de seus Associados;" [...]

Adicionalmente, sugere-se a inclusão de inciso que trata, especificamente, de medidas voltadas ao controle concentrado de constitucionalidade, considerando as especificidades da matéria e o elevado rigor com que elas são avaliadas. Assim, é recomendada a inserção do item infra indicado:

"XI – propor ações voltadas ao controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo, que tenha pertinência com os objetivos associativos e as atividades de seus associados efetivos, nos termos do art. 103, IX, da Constituição Federal;" [...]

Recomendam-se também alterações que especifiquem objetivos relacionados a temas da ordem econômica, considerando as previsões constitucionais quanto à matéria:

"XII – adotar as providências administrativas e judiciais necessárias à defesa do tratamento jurídico diferenciado concedido às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, em respeito ao previsto no artigo 170, IX da Constituição Federal/88;

XIII – atuar de modo a estabelecer, manter, ampliar as ações de incentivo às microempresas e empresas de pequeno porte, pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei, adotando, para tanto, todas as providências necessárias junto a entidades de Direito Público e/ou Privado;

XIV – defender a manutenção, atualização e fortalecimento do Simples Nacional;

XV – zelar pela preservação da ordem econômica, observando os princípios insculpidos no artigo 170 da Constituição Federal de 1988."

Para garantir a realização das atividades finalísticas da associação, recomenda-se ainda a inclusão do § 1º ao artigo 2º:

"§ 1º Para a realização de suas finalidades a ABASE poderá celebrar acordos, contratos, convênios e demais ajustes, com pessoas jurídicas de direito público ou privado, nacionais ou internacionais."

As presentes sugestões, se acolhidas, devem refletir outra alteração do Estatuto Social,



de modo a identificar a competência para promover a referida representação.

Importa registrar que a deliberação quanto à propositura de ações judiciais não deve ser procedimento revestido de excessiva burocracia, considerando o risco de perecimento das pretensões da instituição. Entende-se, desse modo, que a aplicação das medidas aqui sugeridas pode fortalecer a atuação da ABASE em âmbito judicial, assegurando, de modo mais eficaz, os interesses de seus associados.

5. Conclusões

Diante dos fundamentos anteriormente lançados, as conclusões podem ser resumidas da seguinte forma: (i) para impugnação do teor da Medida Provisória 850, pode ser manejado Mandado de Segurança preventivo, bem como Ação Direta de Inconstitucionalidade, ambas sujeitas à competente apreciação do STF; (ii) quanto ao Mandado de Segurança, MS 35.981, e à Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 6.024, pode ser requerido, junto ao STF, a admissão da ABASE como *amicus curiae*, enquanto não liberadas para inclusão em pauta pelo magistrado; (iii) considerando os efeitos concretos da Medida Provisória 850, a ABASE pode ainda recorrer ao Judiciário mediante o ajuizamento de ação em primeiro grau, invocando o controle constitucional incidental, nos termos do artigo 948 do CPC; (iv) para reforçar a proteção dos interesses do Sistema SEBRAE, pode ser avaliada a possibilidade de evolução do Estatuto Social da ABASE, para ampliar o rol de atividades sob sua responsabilidade, inserindo cláusulas que autorizem sua representação perante os órgãos do Poder Judiciário, ficando a associação legitimada a propor todas as ações judiciais cabíveis e necessárias à defesa do Sistema SEBRAE.

1 Disponível em:

[www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/134245].

2 LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 336.

3 MORAES, Guilherme Peña de. Curso de direito constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 737/738.

4 MENDES, Gilmar Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1303 – Série IDP.

5 CLÈVE, Clèmerson Merlin. Associação e controle abstrato de normas: não satisfação dos pressupostos da legitimação ativa especial. Publicado em 10/2013. Disponível em: [<https://jus.com.br/pareceres/25594/associacao-e-controle-abstrato-de-normas>].

6 STF, ADI 386/SP, rel. Min. Sydney Sanches, j. 04.04.1991, T, DJ 28.06.1991 p-08904 ement vol-01626-01 PP-00048, RTJ vol-00136-02, p-00479.

7 MENDES, Gilmar Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1305 (Série IDP).

8 CLÈVE, Clèmerson Merlin. Associação e controle abstrato de normas: não satisfação dos pressupostos da legitimação ativa especial. Publicado em 10/2013. Disponível em:



[<https://jus.com.br/pareceres/25594/associacao-e-controle-abstrato-de-normas>].

9 JÚNIOR, Dirley da Cunha. Controle de Constitucionalidade. Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 113.

10 BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 94.

11 LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado®. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 354 (Coleção esquematizado®).