

Breves apontamentos sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica em sede de controle concentrado de constitucionalidade

Ítalo Mendes*

1 Breve introdução

Na análise dos casos concretos, por vezes surgem dúvidas acerca do efeito da decisão que, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, declara uma norma jurídica inconstitucional, bem como os seus efeitos em relação a terceiros.

Por isso, nestas breves meditações sobre o tema, buscar-se-á examinar como a concretude dos fatos da vida pode influenciar no reconhecimento dos efeitos de uma norma reputada inconstitucional.

2 Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e o caso concreto

Na hipótese em comento, não se ignora a existência de precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a norma declarada inconstitucional deva ser considerada nula *ipso jure*, operando, no caso, efeitos *ex tunc*.

Nesse sentido, merecem realce os acórdãos cujas ementas vão abaixo transcritas:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - NATUREZA DO ATO INCONSTITUCIONAL – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – EFICÁCIA RETROATIVA – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO “LEGISLADOR NEGATIVO” – REVOGAÇÃO SUPERVENIENTE DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO – PRERROGATIVA INSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE EFEITOS RESIDUAIS CONCRETOS – PREJUDICIALIDADE.

O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de “menor” grau de positividade jurídica guardem, “necessariamente”, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade.

Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica.

- A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de inovação de qualquer direito.

- A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as consequências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional – que extrai a sua autoridade da própria Carta Política – converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo.

- A mera instauração do processo de fiscalização normativa abstrata não impede o exercício, pelo órgão estatal competente, da prerrogativa de praticar os atos que inserem na esfera de suas atribuições institucionais: o de criar leis e o de revogá-las.

O ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não tem, pois, o condão de suspender a tramitação de procedimentos legislativos ou de reforma constitucional que objetivem a revogação de leis ou atos normativos cuja validade jurídica esteja sob exame da corte, em sede de controle concentrado.

- A suspensão cautelar da eficácia do ato normativo impugnado em ação direta – não obstante restaure, provisoriamente, a aplicabilidade da legislação anterior por ele revogada – não inibe o Poder Público de editar novo ato estatal, observados os parâmetros instituídos pelo sistema de direito positivo.

- A revogação superveniente do ato normativo impugnado, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, impede, desde que inexistentes quaisquer efeitos residuais concretos, o prosseguimento da própria ação direta.

(STF, ADIQU 652/MA, rel. Min. Celso de Mello, órgão julgador Plenário, julgado por unanimidade em 02/04/1992, publicado no DJ de 02/04/1993, p. 5.615 EMENT. V. – 1.698 – 03, p. 610.)

*Desembargador federal do TRF 1ª Região e professor adjunto da Universidade de Brasília – UnB.

CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. ALEGADA OMISSÃO, POSTO NÃO HAVER O ACÓRDÃO ATACADO EXPLICITADO OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 25 DO ADCT PARANAENSE, SE EX TUNC OU EX NUNC.

A declaração de inconstitucionalidade decorrente da procedência de ação direta tem efeitos *ex tunc*, regra que somente admite exceção na forma do art. 27 da Lei nº 9.868/99, hipótese não configurada no caso em questão.

Embargos rejeitados.

(STF, EDADI 483/PR, rel. Min. Ilmar Galvão, órgão julgador Plenário, julgado por unanimidade em 22/08/2001, publicado no DJ de 05/10/2001.)

Por outro lado, também na doutrina é possível se vislumbrar essa linha de entendimento, a teor do que se pode depreender do posicionamento sobre o tema de Gilmar Ferreira Mendes, ao afirmar ser

[...] *pacífico, entre nós, que a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle abstrato de normas, acarreta a nulidade ipso jure e ex tunc da norma*¹.

Ainda nessa direção seguiu Clèmerson Merlin Clève, quando, sobre a matéria, asseverou que

*Encontra-se, hoje, superada a discussão a respeito dos efeitos produzidos pela decisão que declara a inconstitucionalidade de ato normativo, se ex tunc ou ex nunc. Influenciado pela doutrina e jurisprudência americanas, o Direito brasileiro acabou por definir que a inconstitucionalidade equivale à nulidade absoluta da lei ou ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade, pouco importa se em sede de fiscalização concentrada ou difusa, no direito brasileiro, implica, portanto, salvo a hipótese de representação interventiva, a pronúncia da nulidade do ato atacado. A decisão judicial, segundo a doutrina consagrada, é declaratória e não constitutiva-negativa, conforme pretendia Pontes de Miranda. O ato judicial não desconstitui (puro efeito revocatório) a lei, tal como ocorre, por exemplo, no modelo austríaco, mas apenas reconhece a existência de um ato viciado. E por esse motivo, a decisão, em princípio, produz efeitos ex-tunc, retroagindo até o nascimento da norma impugnada.*²

Verifica-se, portanto, que, em decorrência de posicionamentos já externados sobre o tema pelo

egrégio Supremo Tribunal Federal e da própria experiência histórica do Direito Constitucional brasileiro, não se pode ignorar que, *em uma primeira análise*, a declaração de inconstitucionalidade de norma legal gera a sua nulidade *ipso jure e ex tunc*.

Essa circunstância, todavia, não impede que se analisem as peculiaridades do caso concreto, antes de se afirmar, com as consequências daí advindas, os efeitos *ipso jure e ex tunc* da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma legal.

Em outras palavras, a natureza das relações jurídicas que se constituíram sob a égide de norma reconhecida como inconstitucional poderá influir no momento de se apontar os efeitos de índole temporal da decisão por força da qual se reconheceu a inconstitucionalidade da norma em questão, fato esse que, em uma primeira análise, impede a declaração irrestrita da anteriormente mencionada nulidade com efeitos *ipso jure e ex tunc*.

Faz-se necessário esclarecer que a expressão “em uma primeira análise”, acima utilizada, encontra a sua razão de ser na circunstância de, por força da coisa julgada, fazendo a decisão declaratória de inconstitucionalidade expressa referência aos seus efeitos, não se tem como deixar aplicá-la ao caso concreto, independentemente das relações jurídicas que tenham se formado sob o manto da norma reconhecida como inconstitucional, mormente quando se verifica, em seu aspecto mais extremo, os efeitos *erga omnes* do acórdão proferido na ação declaratória de inconstitucionalidade.

Foi o que ocorreu, por exemplo, no julgamento, pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, da ADI 577/RJ, que teve por relatos o Min. Octávio Gallotti, em cuja ementa do acórdão é possível se ler que:

EMENTA: - Por não se achar configurado o suposto direito adquirido em que buscou apoio o ato normativo, declara-se inconstitucional, com efeitos *ex tunc*, a decisão administrativa do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, que atribuiu, a todos os servidores da Justiça Federal aquela circunscrição, reajuste de 84,32%, sobre os respectivos vencimentos. (Julgamento: 25/10/96 – Tribunal Pleno. Publicação: DJ de 08/03/96 – Ement. Vol. 1.819-01, p. 39).

Vislumbra-se, portanto, que, no precedente jurisprudencial acima transcrito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal foi expresso ao declarar, *com efeitos ex tunc*, a inconstitucionalidade do ato impugnado, o que faz com que, por força da coisa julgada, o reconhecimento desses efeitos deva ocorrer de forma imediata e sem maiores questionamentos acerca

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 277-278.

² CLÈVE, Clèmerson Merlin. Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos sobre os Atos Singulares Praticados sob a sua Égide. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, n. 17, 1997, p. 87.

das relações jurídicas que eventualmente tenham se constituído sob a égide da lei ou do ato normativo tido como inconstitucional.

Todavia, a questão se coloca com maior complexidade quando o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, não faz expressa alusão — como ocorreu na hipótese anteriormente referida — aos efeitos em que tal se dá, circunstância essa que está a exigir sejam aferidas as relações jurídicas que se formaram durante o período em que a norma reputada como inconstitucional teve vigência e eficácia plenas.

Em outras palavras, no caso acima mencionado, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo não gera o imediato reconhecimento da operacionalização dos efeitos *ex tunc* dessa decisão, com as consequências daí advindas, devendo, antes, ocorrer a perquirição de elementos pertinentes à segurança jurídica e/ou interesse social, como resultado da própria natureza da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Faz-se necessário acrescentar, acerca disso, que esse entendimento encontra respaldo na Lei 9.868/1999, que

Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal,

em cujo art. 27 é possível se ler que:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Verifica-se, assim, que o dispositivo legal acima transcrito assegura o entendimento no sentido de que os efeitos *ex tunc* da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo não se operam de forma imediata, isto é, como decorrência da própria decisão, podendo-se, eventualmente, restringir, em nome da segurança jurídica e do excepcional interesse social,

[...] os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Além do mais, não se pode ignorar a circunstância de que, no dispositivo legal acima transcrito, tem-

se, efetivamente, uma atenuação dos rigores que a aplicação incondicional e indistinta dos efeitos *ex tunc* à decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo traz à(s) relação(ões) jurídica(s) que se formou(aram) sob a égide da lei ou ato normativo reputado inconstitucional.

Importante considerar, acerca disso, que o próprio Supremo Tribunal Federal possui precedente jurisprudencial no qual alude à possibilidade de não ser nula *ab initio* a lei ou o ato normativo tido como inconstitucional, o que, naturalmente, apresenta relação, ainda que de forma inversa, com o posicionamento jurisprudencial que vislumbra efeitos *ex tunc* na decisão que reconhece a anteriormente mencionada inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Foi o que ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário 79.343/BA, em cuja ementa ao acórdão da lavra do Min. Leitão de Abreu pode-se ler:

EMENTA: Declaração, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do Dec.-lei nº 322, de 7 de abril de 1967 (RTJ 44/54). Acórdão que, não obstante essa decisão, aplicou em favor do locador, regras contidas nesse ato legislativo. Natureza de decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de lei. Seu caráter constitutivo e sua eficácia retroativa. Caso em que não há falar-se na presunção, em que se acharia o agente, de haver concluído contrato sob a proteção da lei declarada inconstitucional.

Recurso extraordinário conhecido e provido (Pub. DJ de 02/09/1977).

No acórdão acima referido, é bastante esclarecedor o voto do Min. Leitão de Abreu, na parte em que aponta:

[...]

2. Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o “Corpus Juris Secundum”, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter

consequências que não é lícito ignorar. A tutela da boa fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.

É bem verdade que, como mencionou Gilmar Ferreira Mendes, *“Essa formulação não logrou maior acolhida no Supremo Tribunal, que continuou a afirmar a nulidade ex tunc do ato inconstitucional”*³.

Todavia, não se pode também ignorar o fato de que o entendimento acima exposto configura um abrandamento da visão do egrégio Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

E mais, tem-se que outra hipótese de redução dos rigores dos aludidos efeitos *ex tunc* da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo foi vislumbrada pelo mesmo Gilmar Ferreira Mendes, quando afirmou

[...] que exigências de ordem prática provocam a atenuação da doutrina da nulidade *ex tunc*. Assim, o Supremo Tribunal Federal não infirma, em regra, a validade do ato praticado por agente investido em função pública, com fundamento em lei inconstitucional. É o que se depreende do RE 78.594 (rel. Min. Bilac Pinto), no qual se assentou, invocando a teoria do funcionário de fato, que, ‘apesar de proclamada a ilegalidade da investidura do funcionário público na função de Oficial de Justiça, em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação, o ato por ele praticado é válido’.⁴

Nessa mesma linha de raciocínio, aliás, seguiu Maria Isabel Gallotti, quando asseverou que

*Admite a jurisprudência de nossa Suprema Corte certos temperamentos à eficácia ex tunc da declaração de inconstitucionalidade, a serem apurados prudencialmente em cada caso concreto, como, por exemplo, a validade de atos de funcionários de fato investidos em função pública por lei inconstitucional*⁵.

Não se deve ter, portanto, como absoluta a aplicação dos efeitos *ex tunc* na decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Em face disso, surge a seguinte indagação: como se aferir os casos em que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo sejam de natureza *ex tunc*?

É de se entender que a resposta a essa indagação foi dada por Clèmerson Merlin Clève, quando asseverou que:

*A decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em processo objetivo, não importa, todavia, na automática desconstituição das situações jurídicas consolidadas sob a sua égide. Sim, porque a decisão da Excelsa Corte opera efeitos, em princípio, ao nível normativo. Quanto aos atos praticados sob a égide do ato normativo nulificado, a estes cumpre verificar caso a caso se merecem ou não sofrer desconstituição. O que importa em dizer que as situações jurídicas de vantagem consolidadas diante da incidência da lei inconstitucional não são desconstituídas imediatamente em face da decisão do Supremo Tribunal Federal. Esta, operando no plano abstrato, não interfere diretamente no seio das relações jurídicas concretas. Sim, porque trata-se de decisão declaratória de inconstitucionalidade de um ato normativo, e não constitutiva-negativa das relações que se firmaram sob seu fundamento. Se é verdade que a declaração de inconstitucionalidade importa na pronúncia da nulidade da norma impugnada; se é certo, ademais, que a declaração de inconstitucionalidade torna, em princípio, ilegítimos todos os atos praticados sob o manto da lei inconstitucional, não é menos certo que há outros valores e preceitos constitucionais, aliás residentes na mesma posição hierárquica que o princípio constitucional implícito da nulidade das normas inconstitucionais, que exigem cumprimento e observância no juízo concreto. É dizer, não é possível aplicar-se um princípio constitucional a qualquer custo. Muito pelo contrário, é necessário desenvolver um certo juízo de ponderação a respeito das situações concretas nascidas sob a égide da lei inconstitucional, inclusive para o efeito de se verificar que, em determinados casos, razões de equidade e de justiça, recomendam a manutenção de certos efeitos produzidos pelo ato normativo inconstitucional”*⁶.

E, sobre o tema, ainda prosseguiu o acima citado Clèmerson Merlin Clève, argumentando ser

[...] oportuno, neste sítio, lembrar a advertência de Ronaldo Poletti (Controle da constitucionalidade das leis. Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 119): ‘as eventuais situações de fato geradas pelos efeitos práticos indevidos, emanados da lei inconstitucional

³MENDES, 1990, p. 279.

⁴Ibid., p. 279-280.

⁵GALLOTTI, Maria Isabel. A Declaração de Inconstitucionalidade das Leis e seus Efeitos. In *Revista de Direito Administrativo*, v. 170, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, out./dez. 1987, p. 32.

⁶CLÈVE, 1997, p. 91.

antes da declaração judicial da inconstitucionalidade, devem ser resolvidas sem prejuízo da dogmática do controle da constitucionalidade. O fundamento para essa solução há de estar na própria ordem jurídica, a qual está, teoricamente, apta a resolver todos os casos, ainda que nela não explicitados. Assim é que há categorias jurídicas a aplicar àquelas situações, como a imperatividade da justiça, a certeza do direito provocada pela lei (não obstante inconstitucional), a segurança das relações jurídicas, a paz social, etc. Tais categorias devem ser utilizadas, e certamente acontece, pelos Tribunais na solução dos casos concretos em que a nulidade da lei possa gerar prejuízos à boa distribuição da justiça⁷.

Não há, portanto, como se desconhecer a influência do caso concreto no momento de se aferir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, sob pena de se atingir a segurança das relações jurídicas cotidianas advindas da presunção de constitucionalidade que possui as normas jurídicas e, via de consequência, a paz social e a própria ideia de justiça que deve nortear a vida em sociedade.

3 Conclusão

Resulta claro, assim, que, embora até se possa tomar como regra a retroatividade *ex tunc* da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, não pode ela ser erigida à condição de

dogma jurídico, devendo antes ocorrer a aferição das circunstâncias do caso concreto, como a segurança das relações sociais e jurídicas, os critérios de realização da justiça e a manutenção da paz social, dentre outras, para se afirmar a retroação, ou não, dos efeitos da decisão acima mencionada.

Em outras palavras, serão as acima mencionadas circunstâncias do caso concreto que irão determinar a retroação ou não dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

4 Bibliografia

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos sobre os Atos Singulares Praticados sob a sua Égide. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, n. 17,1997.

GALLOTTI, Maria Isabel. A Declaração de Inconstitucionalidade das Leis e seus Efeitos. In *Revista de Direito Administrativo*, v. 170, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, out./dez. 1987.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

⁷ CLÈVE, 1997, p. 91.