

Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei*

Paulo Gustavo Gonet Branco

*Procurador Regional da República; Doutorando em
Direito – UnB;*

Neste VII Congresso de Direito Constitucional do IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, dois temas têm sido postos em saliência – o controle de constitucionalidade e os direitos fundamentais. O meu propósito é o de combinar os dois assuntos e mostrar como a nova cultura dos direitos fundamentais tem interferido em aspecto crucial do controle de constitucionalidade entre nós, relativo às conseqüências da declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo.

O controle de constitucionalidade se insere na pauta das preocupações nacionais logo no início da República e se marca por notável influência dos Estados Unidos.

Justamente nesse período de gênese republicana no Brasil, predominava no país do norte o aforismo de que “o estatuto inconstitucional não é lei de forma alguma”.¹ A inconstitucionalidade, desse modo, expressava vício capital, congênito à lei defeituosa, cabendo ao Judiciário apenas apontá-lo, declarando a invalidez, em pronunciamento despido de caráter constitutivo.

Depois da “grande depressão”, porém, explica TRIBE, a posição passou a concorrer com outra, que pode ser estudada no caso *Linkletter v. Walker*,² de 1965. No precedente, consolidou-se o entendimento de que a Constituição nem proíbe nem determina o efeito retroativo. Reverenciou-se a idéia de que “a existência efetiva de uma lei anterior à determinação de inconstitucionalidade é um fato que pode vir a produzir conseqüências que não podem ser singelamente ignoradas”, verificação que se apoiava em outra, de igual matiz, no sentido de que “o passado nem sempre pode ser apagado por uma nova declaração judicial”.³

* Palestra proferida no VII Congresso Brasiliense de Direito Constitucional: “Soberania da Constituição no contexto das Entidades Supranacionais”, em 22.10.2004, no Auditório Pedro Calmon – Quartel General do Exército, localizado no Setor Militar Urbano – Brasília/DF.

1 Cf. TRIBE, Laurence. *American constitutional law*. Nova York: The Foundation Press, 1988, p. 28.

2 381 U.S. 618 (1965).

3 “The actual existence of the law prior to the determination of unconstitutionality ‘is an operative fact and may have consequences which cannot justly be ignored. The past cannot always be erased by a new judicial declaration’.”

Essa evolução do direito americano, porém, foi ignorada pela nossa doutrina e também pela jurisprudência, que se mantiveram fiéis ao axioma de que a lei inconstitucional padece de irrefragável nulidade absoluta, sujeitando-se a juízo declaratório da falha.

Houve algumas tentativas isoladas de contornar a rigidez da aplicação inexorável do princípio da nulidade absoluta.

Num muito citado acórdão de 1977, o Ministro LEITÃO DE ABREU chegou a aderir à segunda posição no Direito americano, sustentando que “a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade (...)” e que “a tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, (...) se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que (...) operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo”.⁴

O voto fica, porém, na classe dos *obter dicta*, já que a decisão final foi no sentido de que, naquele caso, não havia motivo de proteção da confiança, a justificar a recusa de efeito retroativo à declaração de invalidade.

É, por outro lado, avulsa a decisão tomada pela 2ª Turma do STF, em 1993,⁵ garantindo a magistrados a continuidade da percepção de certa vantagem até a decisão de inconstitucionalidade da lei que a instituiu, prorrogando-se, assim, até a data do julgamento do STF, a vigência e a eficácia da lei defeituosa.

O que sempre preponderou no STF foi o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade obtida em processo abstrato “passa em julgado *erga omnes* e com reflexos sobre o passado. (...) A nulidade opera *ex tunc* (...) e se impõe, quaisquer que sejam as conseqüências para as relações jurídicas concretas, pelo interesse superior da preservação do respeito à Constituição que preside à ordem jurídica vigente”.⁶

No julgamento, por exemplo, em que se assentou que o confronto de lei pré-constitucional com a nova Carta se reduz a problema de revogação, a corrente majoritária do Supremo Tribunal amparou-se na jurisprudência e doutrina pátrias, firmes em assegurar que a inconstitucionalidade importa vício coetâneo ao surgimento do ato.⁷

Abonou-se, ali, o magistério de VICTOR NUNES LEAL, para quem:

4 RE 79.343, RTJ 82/792.

5 RE 122.202, DJ 08.04.1994.

6 RP 1.016, RTJ 95/999.

7 ADIn 2, DJ 21.11.1997.

“O vício de inconstitucionalidade importa nulidade da lei. A lei que ofende a Constituição é como se não existisse, e a sua nulidade resulta da incompetência do órgão que a editou, já que o legislador ordinário não tem o poder de emendar a Constituição. (...) Nessas condições, como é possível considerar que uma lei seja válida até o momento da promulgação do novo texto constitucional e daí por diante se considere nula ou inexistente? Se nulidade houvesse, essa nulidade atingiria a lei desde o seu nascimento, e conseqüentemente deveriam ser desfeitas todas as relações jurídicas constituídas sob a sua égide. Mas tal não acontece.”

Vê-se, pois, que a confluência da doutrina e da jurisprudência nacionais, até bem recentemente, ocorria no sentido de que a lei inconstitucional, por importar ruptura do princípio da supremacia da Constituição, não merece nenhum reconhecimento jurídico. Como disse categoricamente o STF, também no início da década passada,⁸ “atos inconstitucionais são nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica”.

Essa doutrina, porém, já mesmo na segunda metade dos anos 90, começou a sofrer o desgaste das suas implicações práticas, por vezes indesejadas, sobre outros valores constitucionais e sobre direitos fundamentais.

A tese da nulidade absoluta pode, efetivamente, levar a resultados iníquos em certos casos. As conseqüências nefastas que, decerto, não serão objetivadas pela ordem constitucional, são aptas a gerar perplexidade e até a debilitação da força normativa da Lei Maior. Já se anotou que o constrangimento produzido pelos resultados da declaração de inconstitucionalidade de uma lei é fator conducente a decisões tortuosas, em que, ladeando-se as melhores técnicas hermenêuticas, acaba-se por afirmar válido o que, fossem outras as circunstâncias, seria inadmissível.⁹

Toda essa situação de desconforto legal pode ser atalhada, porém, com o apelo aos recursos que a moderna teoria dos direitos fundamentais oferece aos operadores do Direito.

Se é certo que a nulidade absoluta dos atos inconstitucionais tem fundada base na Constituição, não menos adequado é ter presente que, hoje, não se reconhecem princípios absolutos na ordem constitucional. Por isso, um princípio pode entrar em concorrência ou em atrito com outro – e a solução da preponderância de qualquer deles haverá de ser *ad hoc*, dependerá do peso de cada qual para a solução equânime do caso concreto.

8 ADIn 652/92/MA – QO, DJ 03.04.1993.

9 Lê-se da exposição de motivos da Lei nº 9.868/99: “No momento atual, a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais”.

Como se estabelece, esse sopesamento é tema aberto a infindáveis debates. O risco do subjetivismo, ínsito aos juízos de razoabilidade que informam esses raciocínios, é invariavelmente ressaltado pelos estudiosos. São conhecidas as críticas, réplicas e trélicas que opõem HABERMAS e ALEXI nesse contexto.

Não parece que haja, entretanto, como fugir, ao menos em casos extremos – os *hard cases* –, à necessidade de se eleger o princípio que haverá de conformar a solução de uma causa específica. E, aqui, é necessário reconhecer que a adoção da Constituição como sistema aberto de princípios acarreta, inexoravelmente, a possibilidade de dois ou mais princípios de *status* constitucional incidirem sobre uma mesma hipótese, apontando para resultados díspares. O exercício da ponderação é inevitável.

É isso o que ocorre, exatamente, quando a declaração de nulidade absoluta, com efeitos retroativos, de uma lei gera conseqüência desastrosa a direitos fundamentais ou a outros valores encarecidos constitucionalmente – como a própria segurança do Estado ou a sua eficiência na prestação dos serviços que lhe são confiados. Apresenta-se bem nítida a colisão de princípios e nenhum deles pode-se apresentar, liminarmente, como superior ao outro – já que o princípio da unidade da Constituição não convive com a idéia de uma hierarquia entre as suas normas. Vale dizer, não há princípios absolutos no direito constitucional. A colisão entre princípios de igual *status* hierárquico demanda esforço de harmonização e de sopesamento da importância de cada qual, à vista das conseqüências da sua aplicação no caso considerado. Desse exercício pode resultar que a nulidade absoluta ceda a outras considerações.

Visto o problema sobre o prisma da teoria dos princípios constitucionais, portanto, não há motivo de estarecimento para que nos afastemos, diante de circunstâncias peculiares, do dogma da nulidade absoluta de todos os atos inconstitucionais.

A compreensão de que o postulado da nulidade *ab initio* dos atos inconstitucionais expressa um princípio, que não pode ser tomado de modo absoluto, e que, portanto, pode entrar em conflito com outros, sujeitando-se a ceder a eles a sua primazia, parece estar no cerne da inspiração do art. 27 da Lei nº 9.868/99, que dispõe:

“Art. 27. 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.”

A norma – em suma – prevê que o Supremo Tribunal Federal pode admitir a produção de efeitos de uma lei inconstitucional durante certo tempo.

O dispositivo da Lei nº 9.868/99 é objeto de ação direta de inconstitucionalidade, em que se argüi justamente que a lei ordinária estaria, afinal, permitindo que o STF emende a Constituição, ainda que por tempo certo, ao determinar que a lei inválida possa produzir efeitos, mesmo que limitados cronologicamente.

A ação direta de inconstitucionalidade ainda não foi julgada. Se, no entanto, for visto no dispositivo um mero reconhecimento da competência implícita que tem o julgador de estabelecer uma ponderação entre princípios em linha de colisão, a censura lançada se desfaz. A norma, na realidade, estaria apenas ratificando o poder inerente à Corte Constitucional de pôr em equilíbrio princípios concorrentes. A norma da lei de 1999, de toda sorte, enfatiza a relevância do princípio da nulidade do ato inconstitucional, na medida em que cobra *quorum* qualificado para a superação da consequência habitual da afirmação da inconstitucionalidade.

Embora a ação direta de inconstitucionalidade que desafia a validade do art. 27 da Lei nº 9.868/99 ainda não tenha sido levada a julgamento, é interessante notar que a atividade jurisdicional a que ela se refere já foi exercida explicitamente pelo Supremo Tribunal Federal em outro feito.

Em 2 de agosto de 2004, o Plenário do Supremo declarou a inconstitucionalidade de lei do Estado do Rio Grande do Sul que assegurava ao servidor público, processado em razão de ato praticado no exercício de suas funções, a assistência judiciária da Defensoria Pública estadual. O STF considerou inválida essa deliberação legislativa, porque escapava do desenho constitucional da Defensoria Pública – órgão ideado para conferir assistência apenas aos mais desvalidos. Com vistas a contornar os transtornos que a decisão poderia causar nos processos em curso – e, portanto, em nome da boa ordem da prestação jurisdicional a que o Estado se compromete constitucionalmente –, foi fixado como momento inicial dos efeitos do acórdão da Suprema Corte a data de 31.12.2004. Estaria sendo aberto, assim, prazo razoável para que o legislador estadual encontrasse outro meio de auxiliar os seus servidores demandados em juízo.¹⁰

Antes mesmo, contudo, da Lei nº 9.868/99 e antes mesmo do precedente que lhe deu, ainda que não nomeadamente, execução, precedentes do mesmo STF renderam-se à evidência de que o efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade não pode ser tido como axioma inesquivável.

Ainda na década de 90, o STF reconheceu a possibilidade de existir “lei em processo de inconstitucionalidade” – uma perspectiva que, novamente, não forma boa equação com a doutrina ortodoxa da inconstitucionalidade como sinônimo de nulidade *ex tunc*.

10 ADIn 3022/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 02.08.2004.

Em acórdão julgado em 1994, o Supremo Tribunal afirmou que certa lei, que concedia à Defensoria Pública prazo em dobro para recorrer, sem estender a benevolência aos órgãos de acusação, embora não conviesse ao princípio constitucional da igualdade de armas no processo, “deveria ser considerada constitucional, enquanto esses órgãos [Defensorias Públicas] não estivessem devidamente habilitados ou estruturados”.¹¹

Acolheu-se, explicitamente, a teoria de que uma lei pode vir a se tornar inconstitucional por alteração da situação real de que cuida. No voto do Ministro MOREIRA ALVES, que suscitou o tema, pode-se ler:

“(...) Para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais.”

Igualmente interessante é o RE 147.776-8/SP,¹² em que o STF entendeu que ainda estava em vigor o art. 68 do Código de Processo Penal, que confere legitimação para o Ministério Público promover, no juízo cível, a ação de ressarcimento de danos resultantes de crimes, em favor da vítima miserável (substituição processual).

No caso, o Ministério Público havia proposto ação para obter indenização pela morte de um presidiário. O Estado de São Paulo sustentou que a Constituição Federal (art. 128, § 5º, *b*) veda a advocacia pelos integrantes do *Parquet*, vedando-lhe, também, a atividade de defesa dos interesses individuais disponíveis (art. 127, *caput*). Estaria, assim, revogada a norma do Código de Processo Penal.

No STF, entendeu-se que o juízo sobre a revogação desse preceito do CPP pela nova Constituição não prescindia da análise da situação de fato atual. O STF afirmou que o patrocínio do interesse do desvalido deveria estar entregue à Defensoria Pública na nova ordem constitucional, mas que, enquanto o órgão não estiver organizado “de direito e de fato nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada”, a atribuição prevista no dispositivo do CPP permanece com o Ministério Público.

No voto, o relator afirmou que a “implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teorica-

11 HC 70.514, J. 23.03.1994, DJ 27.06.1997.

12 Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.06.1998.

mente não se cuide de um preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem”.

Veja-se que a própria eficácia da norma constitucional foi posta sob a dependência de circunstâncias de fato – a prestigiar, assim, o ensinamento de que a norma não se compreende sem a sua articulação com a realidade sobre que visa a incidir.

Por tudo isso, em outro julgado, agora já deste milênio, um atento integrante da Suprema Corte registrou expressamente a tendência de se abrandar o rigor da tese da nulidade *ex tunc* das leis inconstitucionais, embora sem deixar de afirmar que esse é o efeito natural da produção de ato aberrante da Lei Maior.

Lê-se em decisão do Ministro CELSO DE MELLO, na ADIn-MC 2.215/PE,¹³ que o Tribunal “ainda considera revestir-se de nulidade a manifestação do Poder Público em situação de conflito com a Carta Política” (RTJ 87/758, RTJ 89/367, RTJ 146/461, RTJ 164/506, 509). Acrescentou, porém:

“Impõe-se reconhecer, no entanto, que se registra, no magistério jurisprudencial desta Corte, e no que concerne a determinadas situações (como aquelas fundadas na autoridade da coisa julgada ou apoiadas na necessidade de fazer preservar a segurança jurídica, em atenção ao princípio da boa-fé), uma tendência claramente perceptível no sentido de abrandar a rigidez dogmática da tese que proclama a nulidade radical dos atos estatais incompatíveis com o texto da Constituição da República.” (RTJ 55/744, RTJ 71/570, RTJ 82/791, 795)

O mesmo se aplica aos efeitos de atos praticados com base em leis declaradas, mais tarde, inconstitucionais.

Tem-se assinalado, na doutrina, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em abstrato alcançam o plano normativo, mas não o plano dos atos concretos necessariamente.

Esse ponto básico do direito constitucional é explicitado por GILMAR FERREIRA MENDES:

“Não se deve supor, todavia, que a declaração de inconstitucionalidade afete todos os atos praticados com fundamento na lei inconstitucional. Embora (...) se aceite, genericamente, a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de ilicitude, concede-se proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (*Normebene*) e no plano do ato individual (*Einzelaktebene*) através das chamadas fórmulas de preclusão.”¹⁴

13 Informativo STF, n. 224, 16 a 20 abr. 2001.

14 *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 258.

Não é preciso esforço maior para perceber que aqui se tem mais um exemplo de retração da tese da inconstitucionalidade como vício que contamina necessariamente todos os atos praticados com base na lei, objeto da crítica no controle abstrato. Como ensina o Ministro GILMAR MENDES, podem interferir razões de segurança jurídica para tornar impraticável a revisão do ato concreto. Desse modo, se a ordem jurídica não estiver aparelhada para desfazer o ato concreto, não obstante o vício que o inquina, ele permanecerá eficaz.

O estabelecimento de cláusulas de preclusão para a revisão desses atos não haverá de significar, por certo, desprestígio da força normativa da Constituição, mas, antes, ponderação efetuada pelo legislador entre princípios incorporados na própria Carta – o da nulidade dos atos contrários à matriz do ordenamento jurídico com o da segurança jurídica, por exemplo.

Nesse sentido, há muito sustentava o Ministro NÉRI DA SILVEIRA em representação por inconstitucionalidade:

“A declaração judicial de inconstitucionalidade, em abstrato, da lei opera, *ex tunc*, tornando, em princípio, insubsistentes relações jurídicas, ilegitimamente constituídas à sombra de seus comandos, desde a edição (...). Importa considerar, entretanto, em concreto, por sua vez, a eventual possibilidade de se desfazerem, total ou parcialmente, certos efeitos secundários dessas relações jurídicas, tornadas insubsistentes, resultantes da aplicação de lei inconstitucional, antes do decreto judicial de invalidade, ou porque, a rigor, irreversíveis na ordem dos fatos, ou porque princípios outros do direito justifiquem ou aconselhem se resguardem ou se protejam tais conseqüências.”¹⁵

Entende-se, desse modo, que a prescrição possa obstar a repetição de quantia paga por força de lei posteriormente declarada inconstitucional.

Assim, igualmente, o que ocorre quando a lei estabelece um prazo decadencial para que a Administração anule – por injuridicidade – os seus atos que produziram efeitos favoráveis ao administrado.

Hoje em dia, afinal, nessa área, os processualistas cruzam caminhos com os constitucionalistas, para decidir se a coisa julgada, no processo cível, pode ser superada, em casos de sentença baseada em lei inconstitucional. A discussão opõe o princípio da coisa julgada ao do acesso à Justiça, entendido como direito a obter uma solução justa. Para ser frutífera, a discussão não pode subestimar os subsídios que a teoria dos princípios constitucionais tem a oferecer.

15 Voto citado pelo mesmo Ministro Néri da Silveira em “A Dimensão Política do Judiciário e a Nova Constituição”. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*, p. 56-58, jul./set. 1988.

Como fecho, vale assinalar que a flexibilização do axioma da nulidade com efeitos *ex tunc* da lei inconstitucional demonstra que a ciência do Direito não conhece pontos finais e que cumpre sempre prosseguir na busca da mais plena satisfação do escopo derradeiro do Direito – a proteção efetiva da dignidade da pessoa humana e a viabilização da vida em comum segundo critérios de justiça.