

**SEPARATA
REVISTA TRIMESTRAL
DE JURISPRUDÊNCIA
DOS ESTADOS**

Hugo de Brito Machado

**EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE**



EDITORA JURID VELLENICH LTDA.
R.Dr. Gabriel Pizza, 462 (sede própria)
CEP 02036-011-Caixa Postal 12.300-São Paulo-SP
TEL: (011) 950-9088 - FAX:(011) 950-8223

EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Hugo de Brito Machado

(Juiz do Tribunal Federal da 5ª Região,
Professor Titular de Direito Tributário da
UFC, Membro da Academia Internacional
de Direito e Economia. Ex-Procurador da
República)

Manifestou-se já o Supremo Tribunal Federal no sentido de que “a declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os 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 invocação de qualquer direito. A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundo 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. (1)

Manifestou-se também o Supremo Tribunal Federal no sentido de que o deferimento de medida liminar, em ação direta declaratória de inconstitucionalidade, produz efeitos *ex nunc*. O ato normativo cuja constitucionalidade é discutida fica com sua vigência suspensa até o julgamento definitivo. (2)

(1) STF-Pleno, Ac. un. ADIn n. 652-5-MA - Questão de Ordem - Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 2-4-93, p. 5.615.

(2) STF-Pleno, ADIn n. 7.114/600 - Questão de Ordem, Rel. Min. Neri da Silveira, julgada em 5-8-92, *DJU* de 11-6-93, p. 11.529 e *Repertório IOB de Jurisprudência* n. 13/93, pp. 255 e 256.

No que diz respeito ao efeito vinculante, ou efeito normativo, quem não tinha dúvida passou a ter, e quem já estava em dúvida, teve esta aumentada, com o dispositivo da Emenda Constitucional n. 3, segundo o qual “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo” (3). Como nada está dito relativamente às decisões proferidas nas ações declaratórias de inconstitucionalidade, poder-se-ia agora sustentar que os aludidos efeitos não são a elas pertinentes.

A reforçar tal entendimento está a norma que atribui ao Senado Federal competência privativa para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (4). Se ao Senado cabe, com exclusividade, suspender a vigência da lei declarada inconstitucional pelo Supremo, é que essa lei, mesmo declarada inconstitucional, continua a produzir efeitos, vale dizer, continua a incidir. Isto, porém, não passa de um equívoco.

Na verdade a questão de saber quais são os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, ou está expressamente resolvida pela própria Constituição, ou há de ser resolvida em face da natureza jurídica da atividade em que se encarta aquela decisão.

As funções essenciais do Estado, são sabemos todos, legislativas, administrativas e jurisdicionais. Embora se trate de noção primária, é importante insistirmos em que essa classificação das funções não coincide com a divisão de poderes. “Na prática, os fatos mostraram não existir separação de poderes inteiramente coincidente com a distinção teórica, mais ou menos abstrata, das funções” (5).

Não é que as funções não sejam distintas. É que, por razões políticas, (6) as constituições atribuem a cada um dos poderes do Estado, em caráter excepcional, funções próprias dos outros. “O

(3) § 2º, do art. 102.

(4) Art. 52, inc. X.

(5) Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1967, tomo I, p. 273.

(6) É importante notar que a atribuição a um poder de funções próprias dos outros destina-se a viabilizar a divisão de poderes, posto que viabiliza a harmonia entre os órgãos da soberania estatal. Estabelece o que tem sido denominado sistema de freios e contrapesos.

Executivo freqüentemente legisla (Constituição, arts. 68 e 84, inc. VI), o Legislativo é freqüentemente chamado a julgar e o Judiciário tem outras funções, além da jurisdicional. Tal tendência faz-se presente em todas as organizações estatais modernas” (7).

Seja como for, um ato administrativo, mesmo que praticado por um órgão do Poder Judiciário, não se submete ao regime jurídico dos atos jurisdicionais, nem produz os efeitos próprios destes. Nem, quando praticado pelo Legislativo, tem os efeitos próprios da lei, ou se submete ao regime jurídico desta. Em síntese, o regime jurídico dos atos, e seus efeitos, em princípio decorrem da natureza essencial desses atos, salvo quando alguma prescrição jurídica diversamente o estabeleça.

É importante, pois, para que se possa definir com propriedade os efeitos da decisão que declara a conformidade, ou inconformidade, de uma lei, ou outro ato normativo, com a Constituição, conhecer a natureza jurídica essencial dessa decisão. Em outras palavras, é importante saber se tal decisão é de natureza legislativa, ou jurisdicional. E para tanto, tem-se de saber qual a nota característica da função jurisdicional.

Como afirma Albuquerque Rocha, com inteira propriedade, a diferença essencial entre a atividade legislativa e a atividade jurisdicional reside no “fato de que a legislação cria, preponderantemente, normas gerais e abstratas e a jurisdição, normas concretas e individuais” (8).

Seabra Fagundes, por seu turno, ensina: “pela função legislativa o Estado edita o direito positivo posterior à Constituição, ou, em termos mais precisos, estabelece normas gerais, abstratas e obrigatórias, destinadas a reger a vida coletiva” (9).

A legislação é função destinada a produzir normas gerais e abstratas. Ou, em linguagem mais precisa, é função destinada a produzir normas, como tal entendidas as prescrições jurídicas dotadas de hipoteticidade. “A jurisdição é função dirimente de conflitos. Supõe dissídio concreto” (10). Supõe prévia incidência da norma.

Sabemos que o Supremo Tribunal Federal pode, com exclusi-

(7) Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, Malheiros, São Paulo, 1993, p. 136.

(8) José Albuquerque Rocha, *Teoria Geral do Processo*, 2ª edição, Saraiva, 1991, p. 61.

(9) *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1979, p. 6.

(10) Geraldo Ataliba, ADC - ou Como Agredir o Estado de Direito, *Folha de São Paulo*, 9-8-93.

vidade, declarar a inconstitucionalidade de uma lei, ou outro ato normativo, em ação direta. Ou ainda, como os Juízes e Tribunais em geral, declarar a inconstitucionalidade de uma lei, ou outro ato normativo, apenas como fundamento de uma decisão que profere examinando casos concretos, vale dizer, em face de lides que a ele são submetidas.

No primeiro caso o que se questiona é a lei em tese, assim, a decisão que declara a inconstitucionalidade, ou a constitucionalidade, manifesta-se no plano normativo, ou plano da abstração. No segundo, o que se questiona é a validade dos atos praticados com fundamento na lei cuja conformidade com a Constituição é posta em dúvida.

No primeiro caso, a declaração de conformidade, ou de inconformidade, da lei com a Constituição, é o objeto mesmo da decisão. No segundo, essa conformidade, ou inconformidade, é apenas o fundamento da decisão, que dirá se o ato de concreção do direito é válido, ou inválido.

No primeiro caso, a declaração não afeta diretamente direitos subjetivos. Laborando, como elabora, no plano normativo, onde não se pode falar, sem impropriedade, em direito, ou dever jurídico, a decisão proferida em ação direta a estes não atinge.

Em outras palavras, a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a conformidade da lei com a Constituição, na via do controle concentrado, não é de natureza jurisdicional. Nada tem como a concreção da norma. Não pode ser tida como atividade jurisdicional, eis que esta pressupõe um conflito, uma controvérsia, ou um obstáculo em torno da realização do Direito (11).

No dizer de Seabra Fagundes, a lei “tem em vista situações abstratamente consideradas,” (12) objetivo que se vislumbra claramente também na decisão proferida no exercício do controle concentrado da constitucionalidade.

Se entre as funções administrativa e jurisdicional o ponto de semelhança reside em que ambas dizem respeito ao momento de concreção do direito, delas nitidamente se distingue a função legislativa. O conceito desta, ensina Seabra Fagundes, “decorre facil-

(11) Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1979, p. 11.

(12) Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1979, p. 7.

mente do contraste entre os fenômenos de formação do direito e os de realização," (13) posto que a atividade legislativa situa-se no plano da formação, enquanto as atividades administrativa, e jurisdicional, situam-se no plano da realização, ou concreção do direito.

É indubitoso, portanto, que no controle concentrado de constitucionalidade, o que se tem é uma atividade legislativa, enquanto no controle difuso, tem-se uma atividade de natureza jurisdicional.

No dizer seguro de Geraldo Ataliba, ao apreciar a ação declaratória de constitucionalidade, o Supremo atua como aperfeiçoador ou sancionador da edição da norma e não como seu aplicador jurisdicional (14). Também assim é quando aprecia a ação declaratória de inconstitucionalidade, porque também neste caso não se pode falar de atividade jurisdicional, posto que não há conflito ou dissídio concreto. Não se cogita de efeitos da incidência de norma, mas da própria norma.

Tal entendimento, aliás, já foi admitido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quando ali examinada foi a questão da capacidade postulacional do Governador de Estado. Naquela ocasião afirmou um de seus mais Ilustres integrantes, o Min. Sepúlveda Pertence, não se dever aplicar à risca as leis de processo, em se tratando de ação direta, por se tratar de ato apenas formalmente jurisdicional (15).

(13) Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1979, p. 6.

(14) Geraldo Ataliba, ADC - ou Como Agredir o Estado de Direito, *Folha de São Paulo*, 9-8-93.

(15) STF-Pleno - ADIn n. 127-2-AL, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 20-11-89, DJU I, dia 4-12-92, p. 23.057, e *Repertório IOB de Jurisprudência* n. 1/93, p. 12, tendo sido nesta última publicação registrado o seguinte trecho do voto-vista do Min. Sepúlveda Pertence: "A ação direta existe para dar forma jurisdicional ao controle abstrato da constitucionalidade das normas, donde a exigência de legitimar órgãos públicos à provocação da jurisdição constitucional. Entre eles, os governadores.

A partir daí é que se tem de enfrentar a questão da capacidade postulatória do Governador e das demais autoridades públicas legitimadas para a ação direta.

Estou, com todas as vênias, em que se trata de um problema aparente: aplicar à risca, à ação direta, as regras da lei processual e do Estatuto da OAB sobre a capacidade de postular em Juízo é levar muito longe a assimilação formal entre o mecanismo político do controle abstrato de normas e o processo de partes, concebido como instrumento de composição judicial de lides intersubjetivas.

A propositura da ação direta é, na verdade, o exercício de uma função estatal do órgão público competente e não um direito subjetivo do funcionário. Parece-me, em conseqüência, que a capacidade postulatória do dignatário competente lhe advém da própria investidura do cargo, somada à legitimação constitucional. Do que resulta, em contrapartida, que a prática pessoal do ato de provocação à jurisdição constitucional não apenas lhe é permitida, mas, a rigor, é necessária."

Tem ainda o Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, afirmado que a ação direta declaratória de inconstitucionalidade perde o seu objeto pela revogação da lei na mesma questionada. E se a revogação da lei torna a ação sem objeto, é porque os efeitos da incidência dessa lei são estranhos à ação direta.

A questão de saber se a decisão que, em ação direta, declara a inconstitucionalidade de uma lei, produz efeitos somente para o futuro, ou se alcança também o passado, há de ser enfrentada tendo-se em vista a segurança jurídica, valor fundamental no Direito. E também do ponto de vista axiológico a melhor solução é a que afirma a produção de efeitos daquela decisão apenas para o futuro, salvo nos casos expressamente indicados na própria decisão. Os efeitos retroativos desta devem ser excepcionais, como excepcionais são os efeitos retroativos da lei.

Imaginemos a decisão que declara inconstitucional uma lei que isenta de tributo a importação de determinada mercadoria. Se tal decisão produzir efeitos a partir da edição da lei, então todas as importações já ocorridas ensejam a exigência do tributo, e o que é pior, ensejam a consideração daquelas importações como crime de descaminho.

Constitui abuso de autoridade, entre outras condutas, a de levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei” (16). Admitamos que uma decisão declara inconstitucional um dispositivo de lei que proíbe a fiança em determinada situação. Tal decisão, se tem efeito retroativo, levará a considerar-se cometido o crime de abuso de autoridade pelo policial que prendeu, ou manteve preso, qualquer pessoa naquela situação em que a fiança era proibida, mas deixou de ser com a declaração de inconstitucionalidade.

A decisão que declara inconstitucional uma lei que altera a destinação de verbas públicas, se produzir efeito retroativo levará a que se considere cometido o crime prescrito no art. 315, do CP, “dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei”, por parte de todos quantos tenham obedecido a lei declarada inconstitucional.

Inúmeros outros exemplos podem ser citados, a demonstrar que admitir o efeito retroativo da decisão que declara a inconstitu-

(16) Lei n. 4.898/65, art. 4º, alínea “e”.

cionalidade de uma lei pode levar a situações verdadeiramente absurdas.

Diante destas considerações pode-se concluir com segurança que a decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, seja de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, afirmando a inconstitucionalidade de uma lei ou outro ato normativo, tem efeitos: (a) vinculantes de todos os órgãos do Estado; e (b) somente para o futuro, salvo determinação em contrário, do próprio Supremo Tribunal Federal; (c) os efeitos da incidência da lei ou outro ato normativo cuja inconstitucionalidade foi declarada somente podem ser questionados pela via própria, vale dizer, mediante a ação cabível em cada caso concreto.