

a tarefa de excepcionar o princípio da inviolabilidade do domicílio, quer durante a noite, quer no correr do dia. Aliás, foi a única Constituição a deixar livre o legislador ordinário em assunto de tamanha dignidade. Todas as outras cuidaram de indicar, *elas próprias*, em que situações se poderia violar o domicílio à noite. E o Decreto-lei 3.365/41 nada mais fez do que abrir uma exceção à inviolabilidade domiciliar, em proveito das autoridades administrativas e em matéria expropriatória. Posteriormente, foi recepcionado pelas Constituições de 1946 e 1967/1969, pela simples razão de haverem essas Constituições convidado o legislador ordinário a dizer em que casos e sob que formas se poderia penetrar em casa alheia, *durante o dia*, sem o consentimento do morador.

5.5 Sucede, porém, que, a partir de 5.10.88, o Brasil passou a viver sob nova Constituição, não apenas diferente, mas contrária à de 1937, porque esta refletia a feição de um Estado autoritário, e aquela, a de um Estado Democrático, contraponto exato daquele.

Pois bem. A nova Constituição dispensou à inviolabilidade do domicílio o tratamento mais generoso de que se tem notícia na história do constitucionalismo brasileiro. Deveras, contrariamente a todas as que a precederam no tempo, a Lei Fundamental de 1988 não abriu espaço, mínimo que fosse, para a atuação do legislador ordinário na matéria. Excluiu liminar e radicalmente qualquer colaboração, no particular. Iniciou e esgotou a formulação normativa sobre a inviolabilidade domiciliar, alcançando, assim, o administrador tanto quanto o legislador.

Veja-se, novamente: "A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial" (art. 5º, XI).

5.6 Aí está toda a diferença. Agora, já não é mais possível à legislação indicar os modos e a forma de exceções diurnas à inviolabilidade do domicílio, como antes. À vista da atual Lei Republicana, o que se tem é o seguinte: 1) a casa é asilo inviolável; 2) somente nela se pode penetrar com o consentimento do morador, salvo: a) durante *a noite* ou *o dia*, em casos de desastre, flagrante delito ou para prestar socorro; b) *e, durante o dia, mediante determinação judicial*.

Vê-se, pois, que a Constituição de 1988 levou extremamente a sério a célebre frase atribuída ao Lord Chatan, conforme depoimento recolhido em João Barbalho, comentando a Constituição de 1891: "E por que razão a casa de cada um é sua cidadella, sua fortaleza? Será por ser defendida por muralhas? Não. Seja mesmo uma choupana, em que penetrem a chuva e o vento, o rei não pode lá entrar".

A fórmula constitucional inadmitte hesitação. Sem consentimento do morador não se ingressa na casa, salvo à noite ou de dia, para acudir vítima de desastre, prestar socorro ou em caso de flagrante delito. *Fora dessas situações, somente se tolera a violabilidade domiciliar durante o dia, e, ainda assim, por determinação judicial*. E determinação judicial fundamentada, sob pena de nulidade (art. 92, IX, da CF).

5.7 Concluindo: as autoridades administrativas continuam podendo penetrar nos prédios declarados de utilidade pública. Todavia, se tiverem tais prédios a postura jurídico-constitucional de *casa*, o ingresso neles lhes será interdito, salvo se para tanto munidas de prévia habilitação judicial, necessária e adequadamente fundamentada.

Esta, a nosso ver, a compreensão atual do art. 7º do Decreto-lei 3.365/41. Nem mais, nem menos.

Aracaju, setembro de 1995.

DOCTRINA

A NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL E SEUS EFEITOS — CONSIDERAÇÕES SOBRE A DECISÃO DO STF PROFERIDA NO RE 122.202

GILMAR FERREIRA MENDES

Procurador da República — Professor da Universidade de Brasília

— Mestre em Direito pela Universidade de Brasília

— Doutor em Direito pela Universidade de Münster-RFA

1. Introdução. 2. A nulidade da lei inconstitucional. 3. A nulidade "ipso jure" e "ex tunc". 4. A nulidade da lei e os atos singulares praticados com base no ato normativo declarado inconstitucional. 5. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

Em acórdão recente, o STF vem de afirmar que a retribuição de servidor público declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período da validade inquestionada da lei, tal como se lê na ementa do acórdão: "Recurso extraordinário — Efeitos da declaração de inconstitucionalidade em tese pelo STF — Alegação de direito adquirido — Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo — Subsistência do pagamento de gratificação mesmo após a decisão. *erga omnes* da Corte — Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem — mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade — Recurso extraordinário provido em parte".¹

Cuidava-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado de Minas Gerais contra decisão do Tribunal de Justiça daquele Estado que deferiu mandado de segurança para determinar a continuidade de pagamento de vantagens consagradas em lei já declarada inconstitucional pelo STF.

Anteriormente já havia o Supremo Tribunal concluído que "a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados garante, sobretudo, o direito que já nasceu e que não pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as prerrogativas que suportam o seu cargo". Por essa razão, afirmou-se, tal garantia haveria de superar o próprio efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade da norma.²

A decisão mais recente, também relativa à remuneração de magistrados, retrata entendimento no sentido de que "retribui-

1. RE 122.202, rel. Min. Francisco Rezek, DJU 8.4.94.

2. RE 105.789, rel. Min. Carlos Madeira, RTJ 118/301.

ção declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem — mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade”.³

A orientação esposada pelo STF nos casos referidos merece uma análise mais atenta.

Contemple-se, inicialmente, a chamada nulidade da lei inconstitucional.

2. A nulidade da lei inconstitucional

O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do Direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas.⁴ Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual *the unconstitutional statute is not law at all*,⁵ significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se em favor da equiparação entre *inconstitucionalidade* e *nulidade*. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria suspensão provisória ou parcial da Constituição.⁶

A recepção da doutrina americana não contribuiu significativamente para o desenvolvimento de uma teoria da nulidade da lei inconstitucional no Direito brasileiro. Também a fundamentação dogmática da chamada nulidade de pleno direito ou

3. RE 122.202, cit.

4. Rui Barbosa, “Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo”, in *Trabalhos Jurídicos*, pp. 70-71; idem, *O Direito do Amazonas ao Acre Septentrional*, v. I, 103; F. Campos, *Direito Constitucional*, v. I/430-431, 1956; A. Buzaid, *Da Ação Direta*, p. 130-132; Nunes, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, p. 589.

5. Cf. W. W. Willoughby. *The Constitutional Law of the United States*, v. 1, p. 9-10; também Thomas M. Cooley, *Treatise on the Constitutional Limitations*, 1878, p. 227.

6. Cf. Alfredo Buzaid. *Da Ação Direta*, pp. 128-132.

ipso jure jamais se afigurou precisa entre nós. Assim, constatou Lúcio Bittencourt que os constitucionalistas brasileiros não lograram fundamentar nem a eficácia *erga omnes*, nem a chamada retroatividade *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF.⁷

É o que se lê na seguinte passagem de seu magno trabalho:

“(…) as dificuldades e problemas surgem, precisamente, no que tange à eficácia indireta ou colateral da sentença declaratória da inconstitucionalidade, pois, embora procurem os autores estendê-la a situações jurídicas idênticas, considerando indiretamente anulada a lei, porque a ‘sua aplicação não obteria nunca mais o curso da justiça’, não têm, todavia, conseguido apresentar fundamento técnico, razoavelmente aceitável, para justificar essa extensão.

“Não o apontam os tratadistas americanos — infensos à sistematização, que caracteriza os países onde se adota a codificação do direito positivo —, limitando-se a enunciar o princípio, em termos categóricos: a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais, em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica — *is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force*.

“Os nossos tratadistas também não indicam a razão jurídica determinante desse efeito amplo. Repetem a doutrina dos escritores americanos e as afirmações dos tribunais, sem buscar-lhes o motivo, a causa ou o fundamento. Nem o grande Rui, com o seu gênio estelar, nem os que subsequentemente, na sua trilha luminosa, versaram o assunto com a proficiência de um Castro Nunes.”⁸

7. *Controle Jurisdicional da Constitucionalidade*, p. 141.

8. Cf. Carlos Alberto Lúcio Bittencourt. *Controle Jurisdicional da Constitucionalidade*, pp. 140-141.

Sem dispor de um mecanismo que emprestasse *força de lei* ou que, pelo menos, conferisse caráter vinculante às decisões do STF para os demais tribunais, tal como o *stare decisis* americano, contentava-se a doutrina brasileira em ressaltar a evidência da nulidade da lei inconstitucional⁹ e a obrigação dos órgãos estatais de se absterem de aplicar disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo STF.¹⁰ O constituinte de 1934 introduziu a chamada *suspensão de execução da lei* através do Senado Federal (art. 91, IV), com o propósito inequívoco de emprestar força normativa às declarações de inconstitucionalidade proferidas incidentalmente pelo STF.¹¹ Esse instituto foi incorporado à Constituição de 1946 (art. 64), à Constituição de 1967/1969 (art. 42, VII), e mantido na Constituição de 1988 (art. 52, X). Esse ato do Senado Federal conferia eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida no caso concreto.¹²

Não se contemplou, inicialmente, a possibilidade de se conferir eficácia *erga omnes* à decisão do STF no controle abstrato de normas.¹³ O Tribunal limitava-se,

9. Cf., a propósito, Bittencourt, *Controle Jurisdicional da Constitucionalidade*, p. 141.

10. Bittencourt, *Controle Jurisdicional da Constitucionalidade*, p. 144; Nunes, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, p. 592.

11. Cf., a propósito, Prado Kelly, “Discurso na Assembléia Constituinte”, in Ana Valdez Ayres Neves de Alencar, “A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais”, *Revista de Informação Legislativa* 57/260, 1978 (janeiro-março); v., também, MS 16.512, rel. Min. Oswaldo Trigueiro, *RTJ* 38/23, 28, 81.

12. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, p. 35; José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 52.

13. A Proposta de Emenda à Constituição n. 16, de 1965, continha cláusula que outorgava eficácia *erga omnes* às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo STF: “As disposições de lei ou ato de natureza normativa consideradas inconstitucionais em decisão definitiva perderão eficácia, a partir da declaração do Presidente do Supremo Tribunal Federal publicada no órgão oficial da União” (Proposta de Emenda, art. 5º). Essa disposi-

ção não foi, todavia, aprovada pelo Congresso Nacional, subsistindo, pois, a necessidade de que se encaminhassem as declarações de inconstitucionalidade ao Senado Federal para que se efetivasse a suspensão de execução do dispositivo declarado inconstitucional.

Posteriormente, passou o Tribunal a admitir que as decisões de inconstitucionalidade proferidas no processo de controle abstrato de normas tinham eficácia *erga omnes*, deixando, assim, de submetê-las ao Senado Federal.¹⁴

É certo que, se essa conclusão se mostrava incensurável para a sentença de inconstitucionalidade — até porque, do contrário, ter-se-ia o esvaziamento completo do instituto —, haveria de ser aplicada, igualmente, à eventual declaração de constitucionalidade.

Somente em 1977 deixou assente o STF que, ao contrário da decisão proferida na *representação interventiva*, a pronúncia de inconstitucionalidade no processo de controle abstrato de normas era dotada de eficácia *erga omnes*.¹⁶ Essa orientação foi fixada de forma definitiva em

ção não foi, todavia, aprovada pelo Congresso Nacional, subsistindo, pois, a necessidade de que se encaminhassem as declarações de inconstitucionalidade ao Senado Federal para que se efetivasse a suspensão de execução do dispositivo declarado inconstitucional.

14. Repr. 933 (liminar), rel. Min. Thompson Flores, *RTJ* 76/342 (343).

15. Parecer do Min. Rodrigues de Alekmin, sessão administrativa de 19.6.74, *DJU* 16.5.77, p. 3.124; Parecer do Min. Moreira Alves, de 11.11.75, *DJU* 16.5.77, p. 3.123; v., também, O. A. Bandeira de Mello, *Teoria das Constituições Rígidas*, 1980, p. 213. Em 18.4.77, o Presidente do STF, Min. Thompson Flores, determinou que as comunicações ao Senado Federal, para os fins do art. 42, VII, da CF de 1967/1969, se restringissem às declarações de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum* (cf. Alencar, “A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos inconstitucionais”, *Revista de Informação Legislativa* 57, 260 (305), 1978).

16. Parecer do Min. Rodrigues de Alekmin, de 19.6.74, *DJU* 16.5.77, p. 3.124.

1975, em resposta a uma consulta formulada pelo Senado Federal.¹⁷ Segundo a orientação estabelecida pelo STF, a eficácia *erga omnes* da pronúncia de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato de normas estava vinculada, fundamentalmente, à natureza do processo e independia, portanto, de qualquer fundamento legal.¹⁸

Desde então, não mais se coloca em dúvida, na doutrina¹⁹ e na jurisprudência, a eficácia *erga omnes* da pronúncia de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato de normas.²⁰ Uma alteração posterior do Regimento Interno do STF deixou assente que apenas na hipótese de decisão proferida no controle incidental de normas (art. 178)²¹ estava a Corte obrigada a informar o Senado Federal sobre a declaração de inconstitucionalidade.

Admite-se, atualmente, na doutrina, que a eficácia *erga omnes* da pronúncia de inconstitucionalidade no controle abstrato de normas tem hierarquia constitucional. Sustenta-se, com base no argumento *a contrario*, lastreado no art. 52, X, da CF, que a suspensão da aplicação da lei inconstitucional pelo Senado Federal é exigida apenas nos casos de declaração incidental de inconstitucionalidade.²²

17. Parecer do Min. Moreira Alves, de 11.11.75, DJU 16.5.77, p. 3.123; v., também, O. A. Bandeira de Mello, *Teoria das Constituições Rígidas*, p. 213.

18. Parecer do Min. Moreira Alves, de 11.11.75, DJU 16.5.77, p. 3.123.

19. Em favor da tese da anulabilidade da lei inconstitucional, cf., porém, o excelente trabalho de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, 3ª ed., São Paulo, 1992, p. 98.

20. Cf., a propósito, José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pp. 52-53.

21. Regimento Interno do STF na versão de 15.10.80.

22. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 52; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 33-35.

3. A nulidade "ipso jure" e "ex tunc"

Se o STF chegar à conclusão, no processo de controle abstrato de normas, de que disposições do direito federal ou do direito estadual revelam-se incompatíveis com a Constituição, então ele as declarará inconstitucionais. A fórmula de censura vem expressa normalmente nos seguintes termos: "Vistos, relatados e discutidos estes autos: Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar procedente a representação, declarando-se a inconstitucionalidade do art... da lei..."²³.

Ou, ainda: "Vistos, relatados e discutidos estes autos: Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, (...) julgar procedente a representação".²⁴

A lei declarada inconstitucional é considerada, independentemente de qualquer outro ato, nula *ipso jure* e *ex tunc*.²⁵

A disposição declarada inconstitucional no controle abstrato de normas não mais pode ser aplicada, seja no âmbito do comércio jurídico privado, seja na esfera estatal.²⁶

Consoante essa orientação, admite-se que todos os atos praticados com base na lei inconstitucional estão igualmente eivados de ilicitude.²⁷ Essa orientação, que já

23. Cf., também, Repr. 1.305, rel. Min. Sydney Sanches, RDA 170/46.

24. Cf. Repr. 971, rel. Min. Djaci Falcão, RTJ 87/758.

25. Repr. 971, rel. Min. Djaci Falcão, RTJ 87/758; RE 93.356, rel. Leitão de Abreu, RTJ 97/1.369; Repr. 1.016, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 95/993; Repr. 1.077, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 101/503.

26. O. A. Bandeira de Mello, *Teoria das Constituições Rígidas*, p. 214.

27. RMS 17.076, rel. Min. Amaral Santos, RTJ 55/744.

era dominante antes da adoção do controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro,²⁸ adquiriu, posteriormente, quase o significado de uma verdade axiomática.²⁹

Na jurisprudência do STF pode-se identificar, todavia, tentativa no sentido de, com base na doutrina de Kelsen, abandonar a *teoria da nulidade* em favor da chamada *teoria da anulabilidade*. Segundo essa concepção, a lei inconstitucional não pode ser considerada nula porque, tendo sido editada regularmente, gozaria de presunção de constitucionalidade e sua aplicação continuada produziria consequências que não podem ser olvidadas.³⁰ A lei inconstitucional não seria, portanto, nula *ipso jure*, mas apenas *anulável*. A declaração de inconstitucionalidade teria, assim, caráter constitutivo.³¹ Da mesma forma que o legislador poderia dispor sobre os efeitos da lei inconstitucional,³² seria facultado ao Tribunal reconhecer que a lei aplicada por longo período haveria de ser considerada como *fato eficaz*, apto a produzir consequências pelo menos nas relações jurídicas entre pessoas privadas e o Poder Público. Esse seria também o caso se, com a cassação de um ato administrativo, se configurasse uma quebra da segurança jurídica e do princípio da boa-fé.³³

É interessante registrar a síntese da argumentação desenvolvida pelo eminente Magistrado: "Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve

28. Alfredo Buzaid, *Ação Direta*, pp. 130-131; Rui Barbosa, *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, pp. 70-71; R. Polletti, *Controle de Constitucionalidade das Leis*, pp. 109 e ss.

29. Cf., também RMS 17.076, rel. Min. Amaral Santos, RTJ 55/744; RE 103.619, rel. Min. Oscar Corrêa, RDA 160/80.

30. RE 79.343, rel. Min. Leitão de Abreu, RTJ 82/791 (795).

31. Assim também Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição Federal de 1967/69*, v. III/619.

32. RE 79.343, rel. Min. Leitão de Abreu, RTJ 82/791 (795).

33. RE 79.343, cit.

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 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 de 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 de 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".³⁴

Essa orientação não provocou qualquer mudança no entendimento anterior relativo à nulidade *ipso jure*,³⁵ até porque, consoante orientação do STF, o princípio da supremacia da Constituição não se compadece com uma orientação que pressupõe a validade da lei inconstitucional.³⁶ O reco-

34. Cf. RE 79.343, cit.

35. Cf. RE 93.356, rel. Min. Leitão de Abreu, RTJ 97/1.369.

36. Repr. 971, rel. Min. Djaci Falcão, RTJ 87/758; Repr. 1.016, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 95/993; Repr. 1.077, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 101/503.

nhecimento de validade de uma lei inconstitucional — ainda que por tempo limitado — representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição.³⁷ A lei inconstitucional não pode criar direitos, nem impor obrigações, de modo que tanto os órgãos estatais como o indivíduo estariam legitimamente autorizados a negar obediência às prescrições incompatíveis com a Constituição.³⁸

Embora o STF não tenha logrado formular esta conclusão com a necessária nitidez, é certo que também ele parece partir da premissa de que o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional.³⁹

Na Assembléa Constituinte de 1986/1988 foi proposta a introdução de dispositivo que autorizava o STF a determinar se a lei que teve sua inconstitucionalidade declarada no controle abstrato de normas haveria de perder eficácia *ex tunc*, ou se a decisão deixaria de ter eficácia a partir da data de sua publicação.⁴⁰ Esse projeto, que observava, em linhas gerais, o modelo estabelecido no art. 282, § 4º, da CF portuguesa,⁴¹ foi rejeitado.⁴²

37. Repr. 980, rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 96/496 (508).

38. Repr. 980, cit.

39. Cf. RE 103.619, rel. Min. Oscar Corrêa, *RDA* 160/80 e ss.

40. O Projeto do senador Maurício Corrêa, art. 127, estabelecia, *verbis*: “§ 2º. Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória” (cf., a propósito, José Néri da Silveira, “A dimensão política do Judiciário”, in *Arquivos do Ministério da Justiça* 173/46 (55), 1988; Djaci Falcão, “O Poder Judiciário e a nova Carta Constitucional”, in *Arquivos do Ministério da Justiça* 173/25 (29)).

41. Art. 282, § 4º da CF portuguesa: “Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos ns. 1 e 2”.

42. Cf., a propósito, J. Néri da Silveira, “A dimensão política do Judiciário”, in *Arquivos do Ministério da Justiça* 173/46 (55), 1988.

Preservou-se, assim, orientação que considera nula *ipso jure e ex tunc* a lei inconstitucional.

Esse entendimento tem base constitucional. O princípio do Estado de Direito, fixado no art. 1º, a aplicação imediata dos direitos fundamentais, consagrada no § 1º do art. 5º, a vinculação dos órgãos estatais aos princípios constitucionais, que daí resulta, a imutabilidade dos princípios constitucionais, no que concerne aos direitos fundamentais e ao processo especial de reforma constitucional, ressaltam a supremacia da Constituição. Do art. 5º, LXXI, da CF, que assegura a qualquer indivíduo que seja impedido de exercer um direito constitucionalmente garantido, em decorrência da omissão dos órgãos legislativos, o direito de reivindicar uma atividade legislativa mediante a propositura do mandado de injunção, pode-se concluir que não apenas os direitos fundamentais, mas todos os demais direitos subjetivos constitucionalmente assegurados, vinculam os órgãos estatais.⁴³

A possibilidade de exercer *pretensão a uma atividade legislativa* mediante processo judicial ressalta o princípio da supremacia da Constituição e enfatiza a sua *pretensão de eficácia*.

O poder de que dispõe qualquer juiz ou tribunal para deixar de aplicar a lei inconstitucional a um determinado processo (CF, arts. 97 e 102, III, “a”, “b” e “c”) pressupõe a invalidade da lei e, com isso, a sua nulidade. A faculdade de negar aplicação à lei inconstitucional, corresponde ao direito do indivíduo de recusar-se a cumprir lei inconstitucional, assegurando-se-lhe, em última instância, a possibilidade de interpor o recurso extraordinário ao STF contra decisão judicial que se apresente, de alguma forma, em contradição com a Constituição (art. 102, III, “a”).⁴⁴

43. Cf., a propósito, MI 107, rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 133/11 e ss.

44. Cf., a propósito, Repr. 980, rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 96/496 (508).

Tanto o poder do juiz de negar aplicação à lei inconstitucional quanto a faculdade assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional demonstram que o constituinte pressupôs a nulidade da lei inconstitucional.

Nessa medida, é imperativo concordar com a orientação do STF que parece reconhecer *hierarquia constitucional* ao postulado da nulidade da lei incompatível com a Constituição.⁴⁵

4. A nulidade da lei e os atos singulares praticados com base no ato normativo declarado inconstitucional

A ordem jurídica brasileira não dispõe de preceitos semelhantes aos constantes do § 79 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, que prescreve a intangibilidade dos atos não mais suscetíveis de impugnação.⁴⁶ Não se deve supor, todavia, que a declaração de inconstitucionalidade afeta todos os atos praticados com fundamento na lei inconstitucional.

Embora a ordem jurídica brasileira não contenha regra expressa sobre o assunto e se aceite, genericamente, a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está ei-

45. Cf. a propósito, Repr. 980, cit.; RE 103.619, rel. Min. Oscar Corrêa, *RDA* 160/80 e ss.

46. § 79 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*:

“(1) É legítimo o pedido de revisão criminal nos termos do Código de Processo Penal contra a sentença condenatória penal que se baseia em uma norma declarada inconstitucional (sem a pronúncia da nulidade) ou nula, ou que se assenta em uma interpretação que o *Bundesverfassungsgericht* considerou incompatível com a Lei Fundamental.

“(2) No mais, ressalvado o disposto no § 92 (2) da Lei do *Bundesverfassungsgericht* ou uma disciplina legal específica, subsistem íntegras as decisões proferidas com base em uma lei declarada nula, nos termos do § 78. É ilegítima a execução de semelhante decisão. Se a execução forçada tiver de ser realizada nos termos das disposições do Código de Processo Civil, aplica-se o disposto no § 767 do Código de Processo Civil. Excluem pretensões fundadas em enriquecimento sem causa”.

vado, igualmente, de ilicitude,⁴⁷ concede-se proteção ao ato singular, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (*Normebene*) e no plano do ato singular (*Einzelaktebene*), através das chamadas *fórmulas de preclusão*.⁴⁸

Os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade.⁴⁹

Vislumbra-se uma exceção a esse entendimento na sentença condenatória penal, uma vez que, aqui, inexistente prazo para a propositura da revisão.

Nos termos do art. 621 do CPP, a revisão pode ser proposta a qualquer tempo se a sentença condenatória for contrária a texto expresso da lei penal. Esse fundamento abrange, inequivocamente, a sentença penal condenatória proferida com base na lei inconstitucional.⁵⁰

Admite-se que uma das causas que pode dar ensejo à instauração da ação rescisória no âmbito do processo civil — violação a literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC) — contempla, também, a inconstitucionalidade de uma lei na qual se fundou o juiz para proferir a decisão transitada em julgado.⁵¹ Todavia, a rescisão de sentença proferida com base em uma lei considerada inconstitucional somente pode ser instaurada dentro do prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão (CPC, arts. 485 e 495).

Assim, enquanto no modelo consagrado pelo § 79 (2) da Lei do *Bundesverfas-*

47. Cf. a propósito, RMS 17.976, rel. Min. Amaral Santos, *RTJ* 55/744.

48. Jörn, Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Normen und Einzelakt*. Baden-Baden, 1980, pp. 174 e ss.

49. Cf. RE 86.056, rel. Min. Rodrigues de Alckmin, *DJU* 1.7.77.

50. HC 45.232, rel. Min. Themístocles Cavalcanti, *RTJ* 44/322 e ss.

51. MS 17.976, rel. Min. Amaral Santos, *RTJ* 55/744 e ss.; RE 86.056, rel. Min. Rodrigues de Alckmin, *DJU* 1.7.77.

sungsgericht admite-se a possibilidade de que a execução de sentença calcada em lei inconstitucional seja impugnada mediante embargos à execução (CPC alemão, § 767), a impugnação de sentença trânsito em julgado, ao sistema brasileiro, somente há de se verificar por via de ação rescisória.

Em julgado de 13.9.68 explicitou-se essa orientação: "A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo impróprio o mandado de segurança (...)"⁵²

Esse entendimento foi reiterado posteriormente, enfatizando-se que a execução judicial de uma decisão transitada em julgado não pode ser obstada com a oposição de embargos, uma vez que a nulidade dessa decisão deve ser aferida do âmbito da ação rescisória.⁵³

Em acórdão mais recente, ressaltou-se que "a execução (...) está amparada no respeito à coisa julgada, que se impõe ao juízo executante, e que impede que, sobre ela (e até que venha a ser regularmente desconstituída a sentença que lhe deu margem), tenha eficácia o acórdão posterior desta Corte".⁵⁴

5. Conclusão

Em face de todas essas considerações, a tentativa desenvolvida pelo STF no sentido de preservar as vantagens pecuniárias já pagas a servidores públicos com base numa lei posteriormente declarada inconstitucional parece carecer de qualquer fundamentação jurídica mais consistente.

52. RMS 17.076, rel. Min. Amaral Santos, RTJ 55/744.

53. RE 86.056, rel. Min. Rodrigues de Alckmin, DJU 1.7.77.

54. Recl. 148, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 109/463.

Certamente, o princípio da irredutibilidade de vencimentos não se presta para conferir sustentação à tese adotada, uma vez que, tal como assinalado, o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem, também, hierarquia constitucional.

Não é preciso dizer, outrossim, que os vencimentos irredutíveis são apenas aqueles licitamente percebidos.

Argumentos embasados na idéia de segurança jurídica não se mostram, igualmente, aptos para resolver o problema, uma vez que, nesse caso, o Tribunal acabaria por substituir-se ao legislador.

Cabe ao legislador, e não ao Tribunal, a definição das chamadas *fórmulas de preclusão*, que permitem limitar a possibilidade de impugnação ou da revisão de determinado ato concreto, em nome exatamente da idéia de segurança jurídica.

Se o ato praticado com base na lei inconstitucional ainda é suscetível de impugnação, não há como sustentar, juridicamente, a ilegitimidade de sua revisão ou cassação.

Nem se pretenda afirmar que, na espécie, as vantagens eventualmente ingressadas no patrimônio do servidor já teriam sido até mesmo despendidas.⁵⁵

Se tal tese pudesse ser aceita, com muito maior razão dever-se-ia adotar entendimento que repele o pedido de repetição de indébito decorrente da cobrança de tributo instituído por lei posteriormente declarada inconstitucional.

Nesse caso, todavia, tem entendido o STF que "declarada a inconstitucionalidade (...), não se pode admitir a eficácia da cobrança feita, impondo-se a repetição do cobrado indevidamente".⁵⁶ Ressalte-se que, no precedente referido, recusou o STF entendimento do TJRJ segundo o

55. Cf., a propósito, RE 122.202, rel. Min. Francisco Rezak, DJU 8.4.94.

56. RE 103.619, rel. Min. Oscar Corrêa, RDA 160/80 e ss.

qual, "se houve (...) uma prestação de serviços, fazer com que eles se tornem gratuitos, retroativamente, implicaria enriquecimento sem causa, à custa, afinal, de outros munícipes".⁵⁷

A essa objeção respondeu o Supremo com os seguintes argumentos: "Se (...) a simples atuação estatal não autoriza ou convalida a cobrança ou o pagamento do tributo, fazendo necessária a imposição de taxa através de lei, não se pode reconhecer ao Poder Público o direito de retenção das importâncias indevidamente cobradas sob o fundamento de uma eventual prestação de serviço. Em verdade, reconhecer tal direito de retenção ao ente tributante é fazer *tabula rasa* do princípio da reserva legal".⁵⁸

Argumento semelhante mostra-se de todo aplicável à situação jurídica relacionada com pagamento de vantagens baseadas em lei inconstitucional. O fato de as quantias já terem sido incorporadas ao patrimônio do servidor ou mesmo de já terem sido despendidas não confere legitimidade ao pagamento efetuado, uma vez

que as quantias pagas somente serão legítimas se efetuadas com base em lei obviamente *válida*.

Bibliografia

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo, 1988.
- IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*. Baden-Baden, 1980.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teoria das Constituições Rígidas*. 2ª ed. São Paulo, 1980.
- NERY FERRARI, Regina Maria Macedo. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo, 1992 (p. 98).
- NUNES, José de Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, 1943.
- POLLETTI, R. *Controle de Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro, 1985.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 1988.
- SILVEIRA, J. Néri da. "A dimensão política do Judiciário." In: *Arquivos do Ministério da Justiça* 173/7.
- WILLOUGHBY, W. W. *The Constitutional Law of the United States*. v. II. Nova York, 1910.

57. Cf. RDA 160/81.

58. Cf. RDA 160/84.