

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COM EFICÁCIA *EX NUNC* OU *PRO FUTURO*

Gilmar Ferreira Mendes, Procurador da República; Professor Adjunto da Universidade de Brasília - UnB.; Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. (1988), com a dissertação “Controle de Constitucionalidade: Aspectos Políticos e Jurídicos”; Doutor em Direito pela Universidade de Münster - República Federal da Alemanha - RFA (1990) com a dissertação “*Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal*”, publicada na série “*Schriften zum Öffentlichen Recht*”, da Editora Duncker & Humblot, Berlim, 1991 (A tradução para o Português foi publicada sob o título ‘Jurisdição Constitucional’, Saraiva 1996).

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COM EFICÁCIA *EX NUNC* OU *PRO FUTURO*

A discussão sobre a atribuição de efeito retroativo ou não à decisão que declara a inconstitucionalidade de lei está indissociavelmente vinculada ao debate sobre o desenvolvimento da jurisdição constitucional iniciado no primeiro quartel deste século.

Na famosa conferência proferida perante a Associação Alemã de Professores de Direito Público (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*), em 1928, sustentou Kelsen a necessidade de que se restringissem os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista sobretudo razões de segurança jurídica¹.

Advogava Kelsen, igualmente, a necessidade de que, em nome da segurança jurídica, se outorgasse competência à Corte Constitucional para dispor sobre a entrada em vigor da decisão declaratória da inconstitucionalidade.

As idéias básicas de Kelsen foram positivadas na Constituição austríaca de 1920-29, que, na sua versão de 1975, dispõe que a decisão declaratória da inconstitucionalidade de uma norma será eficaz após a sua publicação, salvo se a Corte Constitucional fixar prazo diverso para sua entrada em vigor, que, de qualquer forma, não poderá ser superior a um ano (art. 140).

É interessante notar que, nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara tão enfaticamente a idéia de que a expressão "lei inconstitucional" configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que "*the unconstitutional statute is not law at all*"², passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade³.

A Suprema Corte Americana vem considerando o problema proposto pela eficácia retroativa de juízos de inconstitucionalidade a propósito de decisões em processos criminais. Se as leis ou atos inconstitucionais nunca existiram enquanto tais, eventuais

1. Kelsen, Hans. *La Garanzia Costituzionale*, in: *La Giustizia Costituzionale*, coletânea organizada por Carmelo Geraci, Milão, 1981; Cf., também, o original alemão, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. Berlim, 1929.

2. Cf. Willoughby, W. W.. *The Constitutional law of the United States*, vol. I, p. 9-10; Cf., também, Cooley, Thomas M.. *Treatise on the Constitutional Limitations*, 1878, p. 227.

3. Cf. Tribe, Laurence. *The American Constitutional Law*, 1988, p. 27.

condenações nelas baseadas quedam ilegítimas e, portanto, o juízo de inconstitucionalidade implicaria a possibilidade de impugnação imediata de todas as condenações efetuadas sob a vigência da norma inconstitucional. Por outro lado, se a declaração de inconstitucionalidade afeta tão-somente a demanda em que foi levada a efeito, não há que se cogitar de alteração de julgados anteriores.

Genericamente, dois fatores condicionam a aplicação retroativa dos juízos de inconstitucionalidade na lição de Tribe: **é apenas o reconhecimento judicial da inconstitucionalidade que pode vir a ser deferido e o resultado de um juízo de inconstitucionalidade não é a invalidação de um estatuto, mas a solução de um conflito particular entre duas partes específicas**⁴.

A preocupação com as conseqüências jurídicas das decisões proferidas no juízo de constitucionalidade já se mostrava presente na literatura jurídica alemã da época de Weimar. Assim, sustentava Triepel, no conhecido *Referat* sobre "**a natureza e desenvolvimento da jurisdição constitucional**", que, quanto mais políticas fossem as questões submetidas à jurisdição constitucional tanto mais adequada pareceria a adoção de um processo judicial totalmente diferenciado dos processos ordinários⁵.

Quase simultaneamente esforçava-se Walter Jellinek para reduzir o conteúdo normativo do art. 13, § 2º, da Constituição de Weimar, afirmando que o *Reichsgericht* somente poderia conhecer de uma argüição de inconstitucionalidade, no processo de controle abstrato de normas estaduais, se a declaração de nulidade da lei estadual se mostrasse apta a resolver a controvérsia⁶.

Esse seria o caso se, v.g., a norma declarada inconstitucional pudesse ser substituída por outra norma de clareza inquestionável. Ao contrário, não deveria ser declarada a inconstitucionalidade se pudesse advir uma lacuna a ser colmatada pelo legislador estadual. Assim, o *Reichsgericht* estaria impedido de declarar, na sua opinião, a inconstitucionalidade de uma lei estadual disciplinadora do processo eleitoral que se afigurasse incompatível com o princípio da proporcionalidade fixado no art. 17 da Constituição, pois "**teria como conseqüência o caos, o Estado não disporia de uma lei eleitoral**"⁷.

Essas reflexões ganharam novo desenvolvimento sob o império da Lei Fundamental de Bonn. A Corte Constitucional alemã passou a adotar, já no início de sua judicatura, em 1954, a chamada **decisão de apelo** (*Appellentscheidung*), que lhe outorgava

4. Tribe, op. cit., p. 28.

5. Triepel, Heinrich. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. VVDStRL, Vol. 5 (1929), p. 26 s..

6. Jellinek, Walter. *Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder*. Leipzig e Berlim, 3a. ed., 1927, p. 27; Cf. também, Flad, Wolfgang. *Verfassungsgerichtsbarkeit und Bundesrechtsexekution*. Heidelberg, 1929, p. 38.

7. Jellinek, Walter. *Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder*. 1927, p. 27.

a possibilidade de afirmar que a lei se encontrava em processo de inconstitucionalização, recomendando ao legislador, por isso, que procedesse de imediato às correções reclamadas. Segundo a fórmula, a lei seria, ainda, constitucional (*es ist noch verfassungsgemäss*), o que impediria a declaração imediata de sua inconstitucionalidade. O legislador deveria atuar, porém, para evitar a conversão desse estado imperfeito, ou uma situação ainda constitucional em um estado de inconstitucionalidade⁸.

Assim, de uma perspectiva formal, o **apelo ao legislador** nada mais expressaria do que a constatação desse incompleto **processo de inconstitucionalização**. A *Appellentscheidung* poderia ser vista, assim, tal como proposto por Ebsen, como técnica específica para atuar sobre essas "**situações imperfeitas**", sem que se tenha de pronunciar a inconstitucionalidade ou a nulidade da lei. Se se analisarem, porém, os grupos singulares de *Appellentscheidungen*, pode-se duvidar da correção dessa tipificação processual. Em verdade, abstém-se o Tribunal, muitas vezes, de emitir um juízo de desvalor sobre a norma para evitar conseqüências práticas danosas⁹.

Ao lado da declaração de nulidade, prevista no § 78, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, e do **apelo ao legislador**, desenvolveu o Tribunal outra variante de decisão, a **declaração de incompatibilidade** ou **declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade**. Desde 1970 prevê o § 31 (2), 2º e 3º períodos, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, que o Tribunal poderá declarar a **constitucionalidade**, a nulidade ou a **inconstitucionalidade (sem a pronúncia da nulidade)** de uma lei.

Pode-se depreender das primeiras decisões que o Tribunal considerava admissível a aplicação provisória da lei que teve a sua inconstitucionalidade declarada¹⁰. Uma posição definitiva sobre a questão somente foi tomada na decisão relativa à nacionalidade dos filhos provenientes dos chamados **casamentos mistos**, na qual o *Bundesverfassungsgericht* houve por bem equiparar, no que concerne à aplicação subsequente da lei inconstitucional, a **declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade** (BVerfGE 37, 217 (262) à **declaração de nulidade**. Segundo o entendimento firmado nessa decisão, a **lei simplesmente inconstitucional (unvereinbar)**, mas que não teve a sua nulidade pronunciada, não mais pode ser aplicada. Uma exceção a esse princípio somente seria admissível se da não-aplicação pudesse resultar **vácuo jurídico** intolerável para a ordem constitucional.

A Constituição portuguesa, na versão da Lei Constitucional de 1982, consagrou fórmula segundo a qual, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou

8. Cf. nosso *O Apelo ao Legislador - Appellentscheidung - na Práxis da Corte Constitucional Alemã*, RDP n. 99, p. 32 s.

9. Rupp-v, Brünneck. *Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?*, in *Festschrift für Gebhard Müller*, 1970, p. 355 (396).

10. BVerfGE 13, 248 (260); 18, 288 (301); 26, 100 (101); Cf. Stern, Klaus. *Bonner Kommentar, Art. 93, n. 281*; Söhn, Hartmut. *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht, bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, Frankfurt em Main, 1974, p. 61.

interesse público de excepcional relevo o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto em geral (art. 281º (4))¹¹.

Embora a Constituição espanhola não tenha adotado instituto semelhante, a Corte Constitucional, marcadamente influenciada pela experiência constitucional alemã, passou a adotar, desde 1989, a técnica da **declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade**¹².

No Brasil, se o Supremo Tribunal Federal 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 declara inconstitucionais.

A lei declarada inconstitucional é considerada, independentemente de qualquer outro ato, nula *ipso jure et ex tunc*¹³.

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. Consoante essa orientação, admite-se que todos os atos praticados com base na lei inconstitucional estão igualmente eivados de ilicitude. Essa orientação, que já era dominante antes da adoção do controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro, adquiriu, posteriormente, quase o significado de uma verdade axiomática¹⁴.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode-se identificar, todavia, tentativa do Ministro Leitão de Abreu 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 conseqüências que não poderiam ser olvidadas¹⁵. A lei inconstitucional seria, portanto, apenas **anulável**. A declaração de inconstitucionalidade teria, assim, caráter constitutivo. Da mesma forma que o legislador poderia dispor sobre os efeitos da lei inconstitucional, seria facultado ao Tribunal reconhecer que a lei aplicada por longo período haveria de ser considerada como **fato eficaz**, apto a produzir conseqüências

11. Cf., a propósito, Miranda, Jorge. Manual de Direito Constitucional, tomo II, 3ª edição, Coimbra, 1991, p. 500-502).

12. Garcia de Enterría, Justicia Constitucional, La Doctrina Prospectiva en la Declaración de Ineficácia de las Leyes Inconstitucionales, RDP, n. 92, out/dez 1989, p. 5.

13. Rp. n. 971, Relator Ministro Djaci Falcão, RTJ, n. 87/758; Rp. n. 1016, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ, n. 95/993; Rp. n. 1077, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ, 101, 503.

14. Cf. Recurso de MS n. 17.076, Relator Ministro Amaral Santos, RTJ, 55/744; RE n. 103.619, Relator Ministro Oscar Corrêa, RDA 160/80.

15. RE n. 79.343, Relator Ministro Leitão de Abreu, RTJ, n. 82/792.

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-fé¹⁶.

Essa orientação não provocou qualquer mudança no entendimento anterior relativo à nulidade *ipso jure*, até porque, consoante orientação do Supremo Tribunal Federal, o princípio da supremacia da Constituição não se compadece com uma orientação que pressupõe a validade da lei inconstitucional¹⁷.

Na Assembléia Constituinte de 1988, foi proposta a introdução de dispositivo que autorizava o Supremo Tribunal Federal a determinar se a lei declarada inconstitucional no controle abstrato de normas perderia eficácia *ex tunc*, ou se a decisão passaria a ter eficácia a partir da data de sua publicação. Esse projeto, que observava, em linhas gerais, o modelo estabelecido no art. 282, § 4º, da Constituição Portuguesa, foi rejeitado¹⁸.

Nosso modelo de controle abstrato de normas com ampla legitimação e possibilidade de impugnação quase ilimitada do direito federal e estadual, recomenda a adoção de institutos que mitiguem os efeitos danosos para a segurança jurídica advinentes da declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc*. Não só o desfazimento de situações jurídicas consolidadas, mas também a necessidade de desembolso de recursos para pagamento ou eventual repetição daquilo que se recebeu **indevidamente** ocasionam instabilidades sérias ou traumas de proporções incomensuráveis. Assim, 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 inconstitucionais¹⁹.

Todas essas razões recomendam que se introduza, entre nós, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, alternativa normativa que permita ao Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*²⁰.

16. Cf. RE 79.343, Relator Ministro Leitão de Abreu, RTJ, 82/795.

17. Rp. nº 971, Relator Ministro Djaci Falcão, RTJ, nº 87/758; Rp. nº 1016, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ, nº 95/993; Rp. nº 1077, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ, nº 101/503.

18. Cf., a propósito, Néri da Silveira, J., A Dimensão Política do Judiciário, : Arquivos do Ministério da Justiça n. 173 (1988), p. 46 (55).

19. Cf, a respeito, Garcia de Enterría, Justicia Constitucional, cit.,: RDP, n. 92, p. 5 (14).

20. Na Revisão Constitucional, o Relator propôs o seguinte parágrafo ao art. 103 (Parecer n. 27, de 16.03.94, Pareceres, tomo I, p. 313 s.):

"Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, poderá determinar, por maioria de dois terços dos votos de seus membros, que estes deixarão de produzir efeito a partir do trânsito em julgado da decisão".