

DIREITO

& JUSTIÇA

CORREIO BRAZILIENSE

Brasília, segunda-feira, 26 de maio de 1997

Inconstitucionalidade

Wilmir Ferreira Mendes

Subchefe da Casa Civil da Presidência da República para assuntos jurídicos e doutor em Direito pela Universidade de Münster

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 jurídica.

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 acentua tão enfaticamente a idéia de que a expressão "lei inconstitucional" figurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que "the unconstitutional statute is not law at all", passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade.

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 em atos inconstitucionais nunca existiram enquanto tais, eventuais condenações neles 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 Triebel: é apenas o reconhecimento judicial da inconstitucionalidade que pode vir a ser deferido e o resultado de um juízo de inconstitucionalidade não é invalidação de um estatuto, mas a solução de um conflito particular entre duas partes específicas.

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 Triebel, 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 ordinários.

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 arguição de inconstitucionalidade, no processo de controle abstrato de normas estaduais, se a declaração de nulidade da lei estadual se mostrasse apta a resolver a controvérsia.

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".

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 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 inconstitucionalidade.

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 se 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 conse-

quências práticas danosas.

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, a 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 declarada. Uma posição definitiva sobre a questão somente foi tomada na decisão relativa a nacionalidade dos filhos, provenientes dos chamados casamentos mistos, na qual o *Bundesverfassungsgericht* houve por bem equiparar, no que concerne a aplicação subsequente da lei inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (BVerfGE 37, 217 (262)) a declaração de nulidade. Segundo o entendimento firmado nessa decisão, a lei simplesmente inconstitucional (*unverreinbar*), 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 interesse público de excepcional relevo o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos de inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto em geral (art. 281 (4)).

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.

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*.

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 enviados 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 axiomática.

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 da constitucionalidade e sua aplicação continuada produziria conseqüências que não poderiam ser olvidadas. 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 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.

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 inconstitucional.

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 rejeitado.

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 inconstitucionais.

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*.

Pode-se, então, assentar uma conclusão: para que o empréstimo compulsório instituído pela Lei nº 9.703/98 fosse válido, ele teria de preencher dois requisitos: respeito à anterioridade e que a conversão em lei da medida provisória tivesse sido feita através do *quorum* da maioria absoluta.

Todavia, ao que tudo indica, a conversão em lei da Medida Provisória nº 1.721/98 não foi feita obedecendo-se ao *quorum* previsto para a aprovação de Lei Complementar, o que já é suficiente para inquirar a Lei nº 9.703/98 de inconstitucional.

IV - Sucede, contudo, que mesmo que os dois requisitos apontados tivessem sido preenchidos (aprovação por maioria absoluta e respeito à anterioridade), ainda assim a lei citada é inconstitucional.

De fato, a transferência dos valores depositados, no caso do depósito judicial, quebra a independência dos poderes. Afinal, não se pode invadir a esfera de competência de um juiz para se determinar o repasse de valores que se encontram à disposição do judiciário, determinação esta que tem origem no Executivo.

E, sem dúvida, está havendo uma intromissão inaceitável do Executivo no Judiciário. Se as coisas

continuarem assim, os juízes terão problemas para manter de pé o dogma da intangibilidade da jurisdição.

Tratando-se de depósito judicial, só o juiz da causa tem competência para determinar sua movimentação. Isto não pode ser entregue a uma empresa pública - a Caixa Econômica Federal.

V - A Lei nº 9.703/98 padece de inconstitucionalidade nos pontos seguintes:

1) cuida de matéria reservada à lei complementar sem que tenha sido aprovada através do voto da maioria absoluta;

2) desrespeita o princípio da anterioridade;

3) agride o princípio constitucional da independência dos Poderes da República.

* Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora/MG. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

A EFICÁCIA *ERGA OMNES* DA DECISÃO CONCESSIVA DE LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

GILMAR FERREIRA MENDES*

1

12984

1. Considerações preliminares

A decisão concessiva da liminar em ação direta de inconstitucionalidade produz uma significativa alteração na ordem jurídica, provocando sérias conseqüências para todo o sistema jurídico.

Em verdade, sabe-se com Von Gneist, desde 1879, que a idéia, segundo a qual, como pressuposto de qualquer pronunciamento jurisdicional, devem existir dois sujeitos que discutam sobre direitos subjetivos, assenta-se em uma *petição de princípio civilista* (*civilistische petitio principii*)⁽¹⁾.

Já no primeiro quartel deste século, afirmava Triepel que os processos de controle de normas deveriam ser concebidos como processos objetivos. Assim, sustentava ele, 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 ordinários⁽²⁾. "Quanto menos se cogitar, nesse processo, de ação (...), de condenação, de cassação de atos estatais - dizia Triepel - mais facilmente poderão ser resolvidas, sob a forma judicial, as questões políticas, que são, igualmente, questões jurídicas"⁽³⁾.

Em tempos mais recentes, passou-se a reconhecer, expressamente, a natureza objetiva dos processos de controle abstrato de normas (*objektive Verfahren*)⁽⁴⁾, que não conhecem partes (*Verfahren ohne Beteiligte*) e podem ser instaurados independentemente da demonstração de um interesse jurídico específico⁽⁵⁾.

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

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

(4) *BVerfGE* 1, 14 (40); *BVerfGE* 2, 143 (156); Cf. também, Söhn. *Die abstrakte Normenkontrolle*, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, I, p. 304.

(5) Cf., sobre o assunto, Mendes, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*, 1990, p. 249 s.

(1) Von Gneist. *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, 1879, p. 271.

Por outro lado, tais processos "*sem partes formais*" somente têm significado se as decisões mais relevantes neles proferidas forem dotadas de eficácia contra todos.

Alguns autores chegam a sustentar que a eficácia *erga omnes* constitui apanágio dos processos objetivos.

Esse parece ser, também, o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, desde 1977, vem afirmando a eficácia geral da decisão proferida em representação de inconstitucionalidade, como autêntico apanágio do seu caráter objetivo.

Somente nos anos de 1974/75 começou o Supremo Tribunal Federal a definir a sua doutrina da *eficácia erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato de normas em Parecer de caráter administrativo da lavra do Ministro Rodrigues Alckmin ⁽⁶⁾.

O parecer do Ministro Rodrigues Alckmin foi emitido em consulta formulada pelo Diretor-Geral da Secretaria do Supremo Tribunal, que manifestava dúvida sobre a execução da sentença proferida na Representação nº 898, relativa à Lei nº 7.214, de 13 de novembro de 1968, do Estado de Goiás, declarada inconstitucional por infringência de *princípio sensível* (CF 1967/69, art. 10, VII, "e").

A orientação adotada, que reconhecia eficácia *erga omnes* à pronúncia de inconstitucionalidade no processo de controle abstrato de normas, foi aprovada pelo Presidente da Comissão de Regimento do Supremo, Ministro Luiz Gallotti (5 de agosto de 1974), e, posteriormente, pelo Presidente do Tribunal, Ministro Eloy da Rocha (19 de dezembro de 1974) ⁽⁷⁾.

Àquela época já tramitava no Supremo Tribunal Federal consulta formulada pelo Senado com vistas a esclarecer o papel que haveria de desempenhar no controle de constitucionalidade, mormente se haveria de suspender todos os atos declarados inconstitucionais ou se a atribuição estava adstrita à suspensão de execução de leis e decretos, tal como expresso no art. 42, VII, da Constituição ⁽⁸⁾.

Submetida a questão à Mesa de Matéria Constitucional do Supremo Tribunal, sustentou o Ministro

Moreira Alves, em parecer datado de 11 de novembro de 1975, que:

"10. Em conclusão, e circunscrevendo-me apenas ao objeto da consulta (sou dos que entendem que a comunicação ao Senado só se faz em se tratando de declaração de inconstitucionalidade incidente e, não, quando decorrente da ação direta, caso em que, se relativa a intervenção federal, a suspensão do ato é da competência do Presidente da República, e, se referente a declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que se falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão desta Corte, tem ele eficácia *erga omnes* e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos), em conclusão - repito - e circunscrevendo-me ao objeto da consulta, sou de parecer de que só se deverá fazer a comunicação, a que alude a parte final do art. 180 do Regimento Interno, quando se tratar de declaração de inconstitucionalidade de lei (que abrange o elenco das figuras compreendidas no art. 46 da Emenda nº 1/69) ou de decreto e, não de quaisquer outros atos normativos" ⁽⁹⁾.

A maioria da Mesa de Matéria Constitucional inclinou-se, porém, para considerar que os demais atos normativos declarados inconstitucionais, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal deveriam ter, igualmente, a suspensão de sua execução declarada pelo Senado Federal. Em 18 de junho de 1977, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Thompson Flores, determinou que as comunicações ao Senado Federal, para os fins do art. 42, VII, da Constituição de 1967/69, se restringissem às declarações de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum* ⁽¹⁰⁾.

Reconheceu-se, portanto, que a decisão proferida no processo objetivo do controle abstrato de normas tinha eficácia *erga omnes*, independentemente da intervenção do Senado Federal.

Da mesma forma, a decisão concessiva de cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, "p") há de ser dotada de eficácia geral, uma vez que se cuida de suspender a aplicação de uma norma até o pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal.

Como uma consequência direta da natureza objetiva do processo, a decisão concessiva de liminar

(6) Parecer do Ministro Rodrigues Alckmin, de 19.06.1975, DJ 16.05.1977, p. 3124; Parecer do Ministro Moreira Alves, de 11.11.1975, DJ 16.05.1977, p. 3123; Ver, também, Bandeira de Mello. Teoria das Constituições Rígidas, p. 213.

(7) Cf. Alencar, Ana Valderez Ayres Neves de. A Competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos inconstitucionais, Revista de Informação Legislativa nº 57, 1978, p. 260 (293).

(8) Cf. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça - Relator Senador Accioly Filho, in: Alencar, Ana Valderez Ayres Neves de. A Competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos inconstitucionais, Revista de Informação Legislativa nº 57, 1978, p. 260 (297).

(9) Parecer do Ministro Moreira Alves, de 11.11.1975, DJ 16.05.1977, p. 3123; Cf., também, Alencar, Ana Valderez Ayres Neves de. A Competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos inconstitucionais, Revista de Informação Legislativa nº 57, 1978, p. 260 (303-304).

(10) Cf. Alencar, Ana Valderez Ayres Neves de. A Competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos inconstitucionais, Revista de Informação Legislativa nº 57, 1978, p. 260 (305).

em sede de ação direta de inconstitucionalidade produz eficácia com relação a todos.

Por isso, também se afigura imprescindível que se confira a devida publicidade à decisão concessiva da liminar.

Foi essa a razão que levou a Comissão ⁽¹¹⁾ incumbida de elaborar anteprojeto de lei sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade a propor que a parte dispositiva da decisão cautelar, dotada de eficácia contra todos, fosse publicada no Diário Oficial da União e no Diário da Justiça, no prazo de dez dias (art. 11, *caput*, do Projeto).

2. Conseqüências jurídicas da decisão concessiva da liminar

Como a suspensão cautelar afeta, ainda que provisoriamente, a própria vigência da norma, tem-se de admitir que a decisão concessiva da liminar impede a aplicação da lei em todos os casos pendentes de apreciação no âmbito administrativo ou judicial.

Assim, parece que uma das conseqüências inevitáveis da liminar em ação direta é a suspensão dos processos ou pelo menos das decisões ou julgamentos que envolvam a aplicação da lei que teve a sua vigência suspensa em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

Em outras palavras, a suspensão cautelar da norma tem o efeito de impedir que os tribunais, a administração e outros órgãos estatais apliquem a norma a partir da data em que a decisão se tornou eficaz.

A propósito, em decisão de 28 de agosto de 1997, o Supremo Tribunal ordenou a suspensão de pagamento e determinou a suspensão prejudicial de decisão que, apreciando postulação individual formulada perante a Justiça Federal, deferiu a servidores da Justiça do Trabalho vantagem que já havia sido objeto de liminar em ação direta de inconstitucionalidade. Referida ação havia sido proposta contra ato administrativo do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região que autorizara o pagamento aos servidores a ele vinculados da diferença de vencimentos a partir

(11) Cf. Projeto nº 2.960, de 1997, do Poder Executivo, encaminhado ao Congresso Nacional em 07.04.1997. O anteprojeto foi elaborado por Comissão de Juristas, presidida pelo Professor Caio Tácito e integrada pelos Professores Ada Pellegrini Grinover, Álvaro Villaça de Azevedo, Antonio Jamyral Dall'Agnol, Antonio Herman Benjamin, Arnoldo Wald, Carlos Alberto Direito, Gilmar Ferreira Mendes (Relator do Anteprojeto), Luis Roberto Barroso, Manoel André da Rocha, Roberto Rosas, Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

de abril de 1994, calculada com fundamento na conversão da URV – Unidade Real de Valor – em reais em 20 de abril de 1994.

Tal como assente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a liminar será concedida com eficácia *ex nunc* ⁽¹²⁾. Em casos excepcionais, poderá o Tribunal conferir, porém, eficácia *ex tunc* ⁽¹³⁾ à decisão proferida em sede de cautelar ⁽¹⁴⁾.

Por outro lado, é certo também que, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a decisão concessiva terá, sempre que possível ⁽¹⁵⁾, o efeito de restaurar temporariamente a vigência do direito anterior revogado pela norma questionada no juízo direto de constitucionalidade, evitando, assim, a configuração de um intolerável “*vácuo jurídico*”.

É o que se lê, *v.g.*, na Rp. nº 1356, da relatoria do Ministro Francisco Rezek, na qual se assentou que “a suspensão liminar da eficácia da lei torna aplicável a legislação anterior acaso existente (...)” ⁽¹⁶⁾.

Esse entendimento foi consagrado igualmente no Projeto de Lei nº 2.960/97, que dispõe sobre o procedimento da ação direta e da ação declaratória, estabelecendo-se expressamente que “a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário” (art. 11, § 2º).

Assim, além de impor a suspensão das decisões administrativas ou judiciais que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da providência cautelar, a concessão da liminar em ação direta de inconstitucionalidade implica a restauração provisória do direito anterior acaso existente.

(12) Cf., *v.g.*, Rp. nº 1391 (Questão de Ordem), Ministro Moreira Alves, DJ. 11.12.87, ADIn nº 1342, Relator: Ministro Sydney Sanches, DJ 15.03.1996, p. 7201.

(13) Cf. ADIn nº 596, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ 22.11.91.

(14) O art. 11, § 1º do Projeto de Lei nº 2.960/97, consagra que “a medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa”.

(15) Nos casos de deferimento de cautelar com suspensão de parte de uma dada disposição, não se poderá, com segurança, afirmar se a disposição eventualmente revogada teve a sua vigência provisoriamente restaurada.

(16) Rp. nº 1356, Relator: Ministro Francisco Rezek, RTJ 120, p. 64.

* Procurador da República. Professor Adjunto da Universidade de Brasília - UnB. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha (RFA).

A Suspensão Parcial da lei sem redução de texto em sede de cautelar

Gilmar Ferreira Mendes

Advogado Geral da União

VOLTAR

1. Considerações Preliminares

Já em 1949 identificara Lúcio Bittencourt os casos de inconstitucionalidade da aplicação da lei a determinado grupo de pessoas ou de situações como hipótese de inconstitucionalidade parcial^[1].

Nesse sentido, ensinava o emérito constitucionalista:

*"Ainda no que tange à constitucionalidade parcial, vale considerar a situação paralela em que uma lei pode ser válida em relação a certo número de casos ou pessoas e inválida em relação a outros. É a hipótese, **verbi gratia**, de certos diplomas redigidos em linguagem ampla e que se consideram inaplicáveis a fatos pretéritos, embora perfeitamente válidos em relação às situações futuras. Da mesma forma, a lei que estabelecesse, entre nós, em qualquer distinção, a obrigatoriedade do pagamento de impôsto de renda, incluindo na incidência deste os proventos de qualquer natureza, seria inconstitucional no que tange à remuneração dos jornalistas e professôres"*^[2].

Não raro constata o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da cobrança de tributo sem a observância do princípio da anterioridade (Constituição de 1946, art. 141, § 34; Constituição de 1967/69, art. 153, § 29; Constituição de 1988, art. 150, III, "b")^[3]. Dessarte, firmou-se orientação sumulada segundo a qual *"é inconstitucional a cobrança de tributo que houver sido criado ou aumentado no mesmo exercício financeiro"* (Súmula 67).

Como se vê, essas decisões não levam, necessariamente, à cassação da lei, uma vez que ela poderá ser aplicada, sem nenhuma mácula, já no próximo exercício financeiro.

Em outros casos, considera o Tribunal que a aplicação de leis sobre correção monetária a situações já consolidadas revela-se inconstitucional^[4].

É o que se constata, *vg.*, na seguinte decisão:

"*Correção monetária. A fixação da sua incidência a partir do ajuizamento da ação viola o princípio da não-retroatividade da Lei (art. 153, § 3º, da Constituição Federal), destoando, inclusive da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Aplicação da Lei nº 6.899, de 8.4.81, aos processos pendentes, a partir de sua vigência (art. 3º do Decreto nº 86.649-81). Provisamento do recurso extraordinário*"^[5].

Ou, ainda, na seguinte passagem do voto do Ministro Alfredo Buzaid:

"*É certo que a Lei nº 6.899, dispõe no art. 1º, que a correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial. E depois de dizer no § 1º que, na execução por título de dívida líquida e certa, se calcularia a correção a contar do respectivo vencimento, estabelece, no § 2º, que nos demais casos se procede ao cálculo a partir do ajuizamento da causa. A locução "a partir do ajuizamento da causa" há de referir-se à causa proposta depois que a Lei nº 6.899 entrou em vigor. Interpretação diversa, como a adotada pelo v. acórdão recorrido, importa em atribuir à Lei 6.899 efeito retroativo (...)*"^[6].

Também aqui limita-se o Tribunal a considerar inconstitucional apenas determinada hipótese de aplicação da lei, sem proceder à alteração do seu *programa normativo*.

Em decisão mais moderna, adotou o Supremo Tribunal Federal, expressa e inequivocamente, a técnica da *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, tal como se pode depreender da segunda passagem da ementa, concernente à ADIn 319, formulada contra a Lei nº 8.039, de 1990, *verbis*:

"*Exame das inconstitucionalidades alegadas em relação a cada um dos artigos da mencionada Lei. Ofensa ao princípio da irretroatividade em relação à expressão "março" contida no parágrafo 5º do artigo 2º da referida Lei. Interpretação conforme à Constituição aplicada ao "caput" do artigo 2º, ao parágrafo 5º desse mesmo artigo e ao artigo 4º, todos da Lei em causa. Ação que se julga procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade da expressão "março", contida no parágrafo 5º do artigo 2º da Lei nº 8039/90, e, parcialmente, o "caput" e o parágrafo 2º do artigo 2º, bem como o artigo 4º, os três em todos os sentidos que não aquele segundo o qual de sua aplicação estão ressalvadas as hipóteses em que, no caso concreto, corra direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*"^[7].

Depara-se com situação que a metodologia jurídica clássica denomina de "*lacuna oculta*", tal como explicitado por Karl Larenz, *verbis*:

"Qualificamos de lacuna "oculta" o caso em que uma regra legal, contra o seu sentido literal, mas de acordo com a teleologia inmanente à lei, precisa de uma restrição que não está contida no texto legal. A integração de uma tal lacuna efetua-se acrescentando a restrição que é requerida em conformidade com o sentido"^[8].

A "lacuna oculta" há de ser colmatada mediante redução do âmbito de aplicação da expressão literal, com a utilização da chamada "*redução teleológica*". É o que ensina Larenz, com proverbial proficiência, *verbis*:

"Visto que com isso a regra contida na lei, concebida demasiado amplamente segundo o seu sentido literal, se reconduz e é reduzida ao âmbito de aplicação que lhe corresponde segundo o fim da regulação ou a conexão de sentido da lei, falamos de uma "redução teleológica". É também usual o termo "restrição". A redução teleológica comporta-se em relação à interpretação restritiva de modo semelhante à analogia particular em relação à interpretação extensiva. O âmbito de aplicação da norma umas vezes reduz-se mais do que indica o limite que se infere do sentido literal possível e outras vezes amplia-se. Em ambos os casos, trata-se de uma continuidade de interpretação transcendendo o limite do sentido literal possível. Como este limite é "fluido", pode ser duvidoso, no caso particular, se se trata ainda de uma interpretação restritiva ou já de uma redução teleológica. A jurisprudência fala, não raras vezes, de interpretação restritiva - certamente a fim de dar, deste modo, a impressão de maior "fidelidade à lei" -, quando na realidade já não se trata de interpretação, mas de uma redução teleológica. Mas se a redução está estritamente dirigida à própria teleologia da lei e se se têm em conta as barreiras nela estabelecidas, que ainda havemos de mencionar, então não é menos "fiel à lei" do que qualquer interpretação teleológica"^[9].

É interessante notar que, como observado por Larenz, a redução teleológica assenta-se no imperativo de justiça de tratar desigualmente os desiguais.

Vale transcrever, a propósito, a seguinte passagem de sua notável obra, *verbis*:

"Assim como a justificação da analogia radica no imperativo de justiça de tratar igualmente os casos iguais segundo o ponto de vista valorativo decisivo, também a justificação da redução teleológica radica no imperativo de justiça de tratar desigualmente o que é desigual, quer dizer, de proceder às diferenciações requeridas pela valoração. Estas podem ser exigidas ou pelo sentido e escopo da própria norma a restringir ou pelo escopo, sempre que seja prevalectente, de outra norma que de outro modo não seria atingida, ou pela "natureza das coisas" ou por um princípio inmanente à lei prevalectente num certo grupo de casos. Assim como, de vez em quando, pode resultar da lei uma proibição de analogia - a saber, quando a regulação legal pretende ser exhaustiva, quer dizer, que está justificada um argumento a contrário -, também o pode uma proibição de redução teleológica e isto, na verdade quando um interesse preponderante de segurança jurídica exige manter o limite do sentido literal possível. Se é este o caso, há-de indagar-se uma vez mais em trineim lugar da via da interpretação"^[10]

Assim, se se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o Tribunal da *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica expressa na parte dispositiva da decisão (*A Lei X é inconstitucional se aplicável a tal hipótese; A lei Y é inconstitucional se autorizativa da cobrança do tributo em determinado exercício financeiro*).

2. A suspensão parcial da lei sem redução de texto

A decisão proferida na ADIn 491 parece indicar que o Supremo Tribunal Federal está disposto a afastar-se da orientação anterior, que equiparava a interpretação conforme à Constituição à *declaração de nulidade parcial sem redução de texto*, passando a deixar explícito, no caso de declaração de nulidade sem redução de texto, que determinadas *hipóteses de aplicação*, constantes de programa normativo da lei, são inconstitucionais e, por isso, nulas^[11].

Cuidava-se de discussão sobre a constitucionalidade do art. 86, parágrafo único, da Constituição do Estado do Amazonas, que consagra as seguintes normas:

"Art. 86. Lei Orgânica, de iniciativa facultativa do Procurador-Geral de Justiça, disporá sobre a organização e o funcionamento do Ministério Público, observando em relação aos seus membros:

.....

Parágrafo único. Aplicam-se, no que couber, aos membros do Ministério Público os princípios estabelecidos no art. 64, I, II e IV a XIII, desta Constituição".

O art. 64 da Constituição estadual, ao qual faz remissão expressa a disposição impugnada, consagra as seguintes regras:

"Art. 64. A Magistratura Estadual terá seu regime jurídico estabelecido no Estatuto da Magistratura instituído por lei complementar de iniciativa do Tribunal de Justiça, observados os seguintes princípios:

.....

V - os vencimentos dos magistrados serão fixados com diferença não superior a dez por cento de uma para outra das categorias da carreira, não podendo, a título nenhum, exceder os dos Ministros do Supremo Tribunal Federal"^[12].

O Supremo Tribunal, após reconhecer que a inconstitucionalidade argüida visava apenas à extensão de vantagens ao Ministério Público, contida implicitamente na referência aos incisos "IV a XIII" do art. 64, optou por suspender - *sem redução de texto* - a aplicação do parágrafo único do art. 86 da Constituição estadual no que concerne à remissão ao inciso V do art. 64 dela constante.

Também na ADIn 939, na qual se questionava a cobrança do IPMF, declarou o Tribunal a inconstitucionalidade sem redução do texto dos arts. 3º, 4º e 8º da Lei Complementar nº 77/93, nos pontos em que determinou a incidência da exação sobre as pessoas jurídicas de direito público e as demais entidades ou empresas referidas nas alíneas "a", "b", "c" e "d" do inciso VI do art. 150 da Constituição^[13].

Mais recentemente, reconheceu-se a possibilidade de "*explicitação, no campo da liminar, do alcance de dispositivos de uma certa lei, sem afastamento da eficácia no que se mostre consentânea com a Constituição Federal*"^[14].

Esses precedentes estão a denotar que a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto parece ter ganho autonomia como técnica de decisão no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Tudo indica, pois, que, gradual e positivamente, o Supremo Tribunal afastou-se da posição inicialmente fixada, que equiparava simplesmente a interpretação conforme à Constituição à declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Na ADIn 491, da relatoria do eminente Ministro Moreira Alves, o Tribunal deferiu liminar para suspender a eficácia parcial de determinada norma sem redução da expressão literal de disposição constitucional do Estado do Amazonas.

É o que se lê na ementa do acórdão, *verbis*:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar.

Ocorrência, no caso, da relevância jurídica e do periculum in mora, com relação a ambos os dispositivos

impugnados.

Sucedo, porém, que a inconstitucionalidade argüida quanto ao parágrafo único do artigo 86 da Constituição do Estado do Amazonas usa apenas à extensão, que ele determina, implicitamente, que se faça ao Ministério Público, do inciso V do artigo 64 da mesma Carta Magna. Implicitamente, porque essa extensão decorre dos termos "IV a XIII" que integram a remissão feita pelo primeiro desses dispositivos.

No caso, portanto, como não se pode suspender a eficácia de qualquer expressão do dispositivo impugnado, pois este não alude ao inciso V do artigo 64 senão implicitamente por meio da expressão abrangente ("IV a XIII") impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar "para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal", que, se feita, abarcaria normas autônomas, e, portanto, civis, que não são atacadas como inconstitucionais.

Pedido de liminar deferido, em parte, para suspender, ex nunc, a eficácia do artigo 9º da Lei nº 1946, de 14.3.90, do Estado do Amazonas, bem como para suspender, sem redução da letra de seu texto, a aplicação do parágrafo único do artigo 86 da Constituição do mesmo Estado, no que concerne à remissão ao inciso V do artigo 64 dela também constante^[15].

Mais recentemente, reconheceu-se, igualmente, a possibilidade de suspensão parcial da eficácia, sem redução de texto, de disposição da Constituição do Ceará. Tal como assente na decisão, "o Tribunal, por unanimidade de votos, deferiu a cautelar quanto ao art. 2º para sem redução de texto, afastar outras interpretações que impliquem alcançar situações concretas existentes à data em que entrou em vigor a Emenda Constitucional, e, com divergência de fundamento, deferiu a medida liminar para suspender, até a decisão final da ação o § 6º introduzido no art. 154 da Constituição do Estado do Ceará pela Emenda Constitucional, vencido, no ponto, o Ministro Néni da Silveira que indeferia a cautelar"^[16].

Também na ADIn 866, da relatoria do eminente Ministro Carlos Velloso, decidiu o Tribunal, cautelamente:

"a) suspender a vigência da palavra "preferencialmente" no parágrafo único do art. 6º, no § 1º do art. 10, no § 1º do art. 11, no parágrafo único do art. 12 e no art. 14;

b) suspender nos §§ 2º e 3º do art. 10, nos §§ 2º e 3º do art. 11, sem redução de texto, todas as interpretações que possibilitem a nomeação para os cargos, neles referidos, de quem não seja ocupante de cargo de carreira de Delegado de Polícia;

c) suspender, no § 4º do art. 11, a expressão esdibidos entre integrantes da polícia militar, bacharéis em direito ou acadêmicos de direitos a partir do 9º (nono) período";

d) suspender também a vigência do art. 23. Também por unanimidade, indeferiu, a medida liminar de suspensão do parágrafo único do art. 7º, do parágrafo único do art. 8º, do § 2º do art. 9º e dos anexos I, II e III"^[17].

Da mesma forma, na ADIn 1045, da relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio, restou assente na Ementa do acórdão proferido em pedido de cautelar, *verbis*:

"Ação direta de inconstitucionalidade - liminar. Concorrendo o sinal do bom direito e o risco de manter-se com plena eficácia os atos normativos atacados, impõe-se a concessão da liminar. Isto ocorre relativamente aos arts. 45, 117, §§ 4º e 5º, 119, §§ 1º (Quanto a expressão autonomia funcional"), 2º e 3º, 120 e 121 da parte permanente e 51 das Disposições Transitórias da Lei Orgânica do Distrito Federal, considerados os integrantes das polícias civil, militar e do corpo de bombeiros militar. Viabilidade de explicitação, no campo da liminar, do alcance de dispositivos de uma certa lei, sem afastamento da eficácia no que se mostre consentânea com a Constituição Federal. Observância da premissa quanto aos §§ 1º, 2º e 3º do art. 117 e ao art. 118 da Lei Orgânica do Distrito Federal para excluir interpretação que conduza a conclusão de que a eles estão submetidos os integrantes da polícia militar e do corpo de bombeiros militar"^[18].(grifamos)

É, pois, hoje prática corrente nos âmbito da Corte Suprema a adoção da suspensão da eficácia de norma sem redução de texto^[19], especialmente naqueles casos em que o texto constitucional impõe uma redução do âmbito de aplicação da norma (*redução teleológica*).

[1] Bittencourt, C.A. Lúcio, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 128.

[2] Bittencourt, cit., p. 128.

[3] RMS 11.853, Relator: Ministro Luiz Gallotti, DJ de 17.8.66; RMS 13.208, Relator: Ministro Vilas Boas, DJ de 11.5.66; RMS 13.694, Relator: Ministro Carlos Medeiros da Silva, DJ de 10.08.66; RMS 16.588, Relator: Ministro Victor Nunes, DJ de 12.03.68; RMS 16.661, Relator: Ministro Evando Lins e Silva, RTJ 59, p. 185; RE 61.102, Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro, DJ de 14.02.1968.

[4] RMS 16.986, Relator: Ministro Aliomar Baleeiro, RTJ 43, p.575; RMS 16.661, Relator: Ministro Evandro Lins e Silva, RTJ 59, p. 185; Embargos no RE 69.749, Relator: Ministro Bilac Pinto, RTJ 61, p.130; RE 63.318, Relator: Ministro Victor Nunes Leal, RTJ 46, p. 205; RE 99.180, Relator: Djaci Falcão, RTJ 106, p. 847.

[5] RE 97.816, Relator: Ministro Djaci Falcão, DJ de 12.11.1982, p. 11.489.

[6] RE 100.317, Relator: Ministro Alfredo Buzaid, RTJ 114, p. 1138 (1140).

[7] ADIn 319-4, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ de 30.04.1993, p. 7563.

[8] Larenz, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 5ª edição, tradução de José Lamago, Lisboa, 1983, p. 473.

[9] Larenz, cit., p. 473-474.

[10] Larenz, cit., p. 474.

[11] ADIn 491 (medida cautelar), Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 137, p. 90.

[12] Cf. transcrição in: ADIn 491 (medida liminar), Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ 137, p. 90 (93).

[13] ADIn 939, Relator: Ministro Sydney Sanches, DJ de 18.03.94, p. 5.165-6.

[14] ADIn 1045, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ de 06.05.94, p. 10485.

[15] RTJ 137, p. 90.

[16] ADIn 1443, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ de 13.11.96, p. 44.274.

[17] ADIn 866, Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ de 10.05.96, p. 15131.

[18] RTJ 153, p. 116.

[19] Vale registrar, além dos arestos já mencionados ao longo deste trabalho, os seguintes: ADIn 507, DJ de 27.02.96, p. 4232; ADIn 680, DJ de 10.05.96, p. 15131; ADIn 1344, DJ de 19.04.96, p. 12.212; ADIn 1552, DJ de 28.04.97, p. 15.728; ADIn 1556, DJ de 15.12.97, p. 38.759; ADIn 1586, DJ de 29.08.97, p. 40.215; ADIn 1597, DJ de 28.11.97, p. 62.202; ADIn 1600, DJ de 06.02.98, p. 2; ADIn 1620, DJ de 15.08.97, p. 37.035; ADIn 1668, DJ de 23.10.97, p. 53.810; ADIn 1695, DJ de 11.11.97, p. 58.050; ADIn 1719, DJ de 11.12.97; ADIn 1553, DJ de 16.05.97, p. 19.948; ADIn 1557, DJ de 20.06.97, p. 28.468; ADIn 1089, DJ de 27.06.97, p. 30.224.