



DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVO NORMATIVO EM SEDE DE JUÍZO ABSTRATO E EFEITOS SOBRE OS ATOS SINGULARES PRATICADOS SOB SUA ÉGIDE

Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 19 | p. 279 | Abr / 1997
Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 5 | p. 925 | Mai / 2011
DTR\1997\512

Clèmerson Merlin Clève

Área do Direito: Geral

Sumário:

- 1.A consulta - 2.O dispositivo fulminado - 3.O Parecer - 4.Os atos administrativos consumados e a jurisprudência

Consulente: Dr. Raul Tavares de Cunha Mello

Assunto: Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide.

Ementa: Decisão judicial proferida em sede de controle abstrato de normas. Efeitos ex tunc e erga omnes. Impossibilidade, no Brasil, no juízo abstrato, de restrição dos efeitos da decisão, como ocorre em outros países. Proposta de Emenda Constitucional com esse propósito. Eficácia ocorrente no plano normativo. Distinção entre os efeitos produzidos no plano normativo (abstrato) e no plano normado (singular/concreto). A declaração de inconstitucionalidade por via de ação direta não é capaz, por si só, de desconstituir, automaticamente, as relações jurídicas e os atos singulares praticados sob a égide da lei nulificada. Necessidade, no direito brasileiro, da prática de atos de desconstituição ou de invalidação. No âmbito da Administração Pública, imprescindibilidade do devido processo legal nas hipóteses em que o particular ou o servidor tenham alcançado determinadas situações de vantagem, nomeadamente em relação aos efeitos produzidos pela norma questionada no passado. Possibilidade, no juízo concreto, particularmente através do devido processo judicial, de definição de restrição de alguns efeitos da declaração da inconstitucionalidade em homenagem: a) ao transcurso de tempo (conformador de situações consolidadas); b) à boa-fé; c) à aparência de bom direito da lei nulificada; d) à segurança jurídica e e) por fim, aos demais princípios constitucionais que merecem observância, como o da razoabilidade, o da proporcionalidade o da adequação dos meios ao fim, e, inclusive a da dignidade humana e da justiça. Impossibilidade no caso em apreço de invalidação unilateral pelo Poder Público (Tribunal de Justiça) dos atos singulares praticados com fundamento no dispositivo constitucional. declarado inconstitucional. Necessidade de instauração do devido processo legal administrativo ou judicial.

1. A consulta

O Dr. Raul Tavares da Cunha Mello, magistrado aposentado e, atualmente, advogado radicado na cidade de Joinville, Santa Catarina, honra-me com a formulação de consulta a respeito dos efeitos de decisão declaratória de inconstitucionalidade, proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Segundo notícia na peça de formulação da consulta, foi julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade aforada pelo *Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil* contra o art. 14 do ADCT da vigente Constituição do Estado de Santa Catarina. Lembra, ainda, no expediente referido, que não foi concedida medida liminar suspendendo os efeitos da norma impugnada, sendo certo que quando a ação direta sofreu julgamento de mérito, a normativa impugnada já se encontrava com sua eficácia totalmente exaurida, na medida em que concretizara os efeitos a que se destinava.

Descrito o panorama, pergunta, concretamente, o consulente: a) quais os efeitos produzidos pela decisão de procedência proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade. A esta questão, agrega uma segunda: b) a decisão de procedência proferida em ação direta desconstituiu automaticamente todos os atos praticados com fundamento na lei declarada inconstitucional?

2. O dispositivo fulminado



Assim encontra-se redigido o art. 14 do ADCT da Constituição catarinense:

"Fica assegurada aos substitutos das serventias, na vacância, a efetivação no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, estejam em efetivo exercício, pelo prazo de três anos, na mesma serventia, na data da promulgação da Constituição."

Quanto à decisão do C. STF, proferida na ação direta de inconstitucionalidade 363-1, assim encontra-se ementada:

"Direito Constitucional. Serventias judiciais e extrajudiciais. Concurso público: arts. 37, II e 236, § 3.º, da CF/88

Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 14 do ADCT da Constituição do Estado de Santa Catarina, de 05.10.1989, que diz:

Fica assegurada aos substitutos das serventias, na vacância, a efetivação no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, estejam em efetivo exercício, pelo prazo de três anos, na mesma serventia, na data da promulgação da Constituição.

1. É inconstitucional esse dispositivo por violar o princípio que exige concurso público de provas ou de provas e títulos, para a investidura em cargo público, como é o caso do titular de serventias judiciais (art. 37, II, da CF), e também para o ingresso na atividade notarial e de registro (art. 236, § 3.º).

2. Precedentes do STF.

3. O Parecer

A presente consulta não envolve nenhuma análise a respeito da bondade ou da exatidão da respeitável decisão proferida pela Excelsa Corte. Trata-se, apenas, de verificar os efeitos produzidos pela decisão em sede de controle abstrato de normas no Direito brasileiro, especialmente em relação aos atos concretos que foram editados com fundamento naquele dispositivo constitucional.

3. O Parecer

3.1 Metodologia da exposição

A resposta à consulta, demanda a elaboração de um discurso que a) resgate a memória do controle de constitucionalidade na experiência brasileira; b) estabeleça as características do controle abstrato de constitucionalidade no qual se insere aquele concretizado em sede de ação direta; c) realce a especificidade do processo objetivo encontrável no sítio do controle abstrato de normas; e, finalmente, d) reconstitua a dessemelhança entre os efeitos produzidos pela decisão judicial no processo concreto e no processo abstrato de fiscalização de constitucionalidade. Só depois do transitar pelos referidos espaços discursivos, cumprirá oferecer resposta aos quesitos formulados no expediente de formulação da consulta. Cumpre, neste ponto lembrar, que grande parte das questões aqui levantadas, terão sido com apoio nas reflexões trazidas a lume, pelo subscritor do presente parecer, em livro dedicado, exclusivamente, ao estudo do controle da constitucionalidade, com o qual inclusive, conquistou a cátedra de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (*A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995. p. 296).

3.2 A evolução do controle da constitucionalidade no direito brasileiro

A. Constituição de 1824

O Direito brasileiro, na vigência da Constituição de 1824, desconheceu o mecanismo da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade. É preciso ver que, durante o Império, o Direito brasileiro sofria a influência das concepções então em voga na Europa. Cabia ao Poder Legislativo, durante o Império, exercer a guarda da Constituição. Não havia, entretanto, na Constituição, uma palavra a respeito do modo como essa função seria exercitada.

Não foi apenas o dogma da soberania do Parlamento que impediu a emergência da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade no Império. O Imperador, enquanto detentor do Poder Moderador,



exercia uma função de coordenação; por isso, cabia a ele manter a *independência*, o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes.

O dogma da soberania do Parlamento, a previsão de um Poder Moderador, e mais a influência do Direito Público europeu, notadamente inglês e francês, sobre os homens públicos brasileiros, inclusive os operadores jurídicos, explicam a inexistência de um modelo de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis no Brasil, ao tempo do Império.

A Constituição de 1891

Com a Constituição de 1891, as instituições políticas brasileiras passaram por profunda reformulação. A doutrina jurídica norte-americana exerceu forte influência sobre o sistema constitucional que o país implementou. O Brasil adotou a República, o Presidencialismo, o legislativo bicameral com um Senado representativo dos Estados, a Federação, a *judicial review* e o modelo de organização judicial com a Suprema Corte e a justiça federal, seguindo os passos já experimentados pelos Estados Unidos.

A Constituição de 1891 admitiu a fiscalização, pelo Judiciário, da constitucionalidade das leis. A Carta Constitucional de 1891 tratou da fiscalização da constitucionalidade ao atribuir ao STF competência para conhecer e julgar o recurso interposto *quando se questionar sobre a validade*, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela (art. 59, § 1.º, a).

O Judiciário exercitava, como todos conhecem, com a Constituição de 1891, um modelo difuso, incidental e sucessivo de fiscalização da constitucionalidade.

A Constituição de 1934

A Constituição de 1934, quanto à fiscalização de constitucionalidade, manteve o controle difuso, incidental e sucessivo, e por isso, no art. 76, III, *b* e *c*, reproduziu, com insignificantes alterações, dispositivos da Constituição anterior com a redação oferecida pela reforma de 1926. Todavia, sobre mantê-lo, introduziu no sistema importantes inovações.

Com efeito, a) determinou que, nos tribunais, a inconstitucionalidade somente poderia ser declarada pelo voto da maioria absoluta de seus membros; b) atribuiu, por outro lado, ao Senado Federal - órgão incumbido de coordenar os Poderes da República entre si - competência para "suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamentos declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário". Pretendeu o Constituinte, aqui, instituir uma fórmula para dar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas do STF. E, finalmente, c) a Constituição de 1934 criou a ação direta interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República e sujeita à competência originária do STF. A instituição da ação direta interventiva configura o primeiro passo para a adoção posterior do controle abstrato de normas pelo Direito brasileiro.

A Constituição de 1937

No que se refere ao controle de constitucionalidade, a Carta de 1937 manteve o modelo instaurado em 1891. Quanto às inovações trazidas pela Constituição de 1934, reproduziu unicamente a exigência de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais. A Constituição de 1937, portanto, não cuidou da representação interventiva, nem da suspensão pelo Senado, da execução da lei declarada inconstitucional pelo Judiciário. Todavia, pretendeu atenuar a supremacia do Judiciário, na medida em que definiu que "no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal."

A Constituição de 1946

Com a Constituição de 1946, restaurado o princípio da *Judicial review* em sua plenitude, o controle de constitucionalidade sofreu aperfeiçoamentos, mantidos o modelo inaugurado com a Constituição de 1891, e as novidades inseridas pela Carta de 1934. A competência do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais pelo



Judiciário, foi mantida. Todavia a Constituição deixou claro que o Senado suspende unicamente a execução de leis ou decretos declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Quanto à representação interventiva (a ação direta interventiva), embora preservada, assume com a Lei Fundamental de 1946, nova configuração.

A Emenda Constitucional 16/65

A Emenda 16/65, à Constituição de 1946, instituiu entre nós a fiscalização abstrata da constitucionalidade dos atos normativos federais e estaduais. Com efeito, a apontada emenda alterou o art. 101, item I, alínea k, da Constituição de 1946, acrescentando às competências originárias do STF a de processar e julgar representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

A representação instituída pela Emenda Constitucional 16/65 não se confunde com a representação interventiva. Consiste esta em mecanismo voltado à exclusiva proteção dos princípios *constitucionais sensíveis*. Cuida-se, ao contrário, o mecanismo instituído pela Emenda Constitucional 16/65, de representação genérica, apta, portanto, a garantir a observância de todos os dispositivos da Constituição, inclusive daqueles plasmadores dos princípios constitucionais sensíveis. A representação interventiva implica realização de fiscalização concreta da constitucionalidade, embora exercitada por via de ação direta. A representação genérica, ao contrário, implica a realização de uma fiscalização abstrata da constitucionalidade, já porque neste caso está em jogo unicamente a compatibilidade, em abstrato (em tese), de um dispositivo normativo infraconstitucional contrastado com a Lei Fundamental da República.

A Constituição de 1967/69

A Constituição de 1967 manteve o sistema de fiscalização da constitucionalidade inaugurado com a Constituição de 1891, com as alterações posteriores, inclusive aquelas constantes da Constituição de 1946 e da Emenda Constitucional 16/65. Trouxe, entretanto, duas pequenas alterações. Não conservou o dispositivo, trazido pela Emenda, autorizador da representação de inconstitucionalidade genérica no âmbito estadual. Depois, na representação interventiva, proposta pelo Procurador-Geral da República, a competência para suspender o ato estadual foi transferida do Legislativo para o Presidente da República.

A Emenda Constitucional 1/69 não alterou o sistema. Admitiu, todavia, de modo expresse, pela primeira vez, a instituição pelos Estados-membros de representação interventiva, para, nos moldes do modelo federal, atuar a fiscalização da constitucionalidade da lei municipal em face dos princípios elencados na Constituição Estadual.

A Constituição de 1988

Com a Constituição de 1988, o sistema brasileiro (combinação do modelo difuso-incidental com o concentrado-principal) de fiscalização da constitucionalidade foi aperfeiçoado. Com efeito, a) ampliou-se a legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (antiga representação); b) admitiu-se a instituição, pelos Estados-membros, de ação direta para declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual; c) instituiu-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção; d) exigiu-se, ademais, a manifestação do Procurador-Geral da República em todas as ações de inconstitucionalidade, bem como nos demais processos de competência do Supremo Tribunal Federal; e) exigiu-se a citação do Advogado-Geral da União que, nas ações diretas, deverá defender, na qualidade de verdadeiro curador, o ato impugnado; f) não atribuiu ao STF competência para julgar representação para fins de interpretação, instrumento que, criado pela Emenda Constitucional 7/77 (pacote de abril), foi suprimido pela nova Lei fundamental; g) previu a criação de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição que não foi, ainda, regulamentado e, finalmente; h) alterou o recurso extraordinário, que passou a ter feição unicamente constitucional.

Salvo essas importantes alterações, a Constituição de 1988 manteve, em linhas gerais, o modelo de fiscalização da constitucionalidade presente na Constituição de 1967/69.

A EC 3/93 (LGL\1993\20) alterou a redação dos arts. 102 e 103 da Lei Fundamental da República, para o efeito de instituir a *ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*, de



competência do Supremo Tribunal Federal. As decisões da Suprema Corte, nesse caso e quanto ao mérito, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. A ação declaratória de constitucionalidade será proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, Pela Mesa da Câmara dos Deputados e pelo Procurador-Geral da República.

Tratou-se, até aqui, de resgatar a memória da fiscalização da constitucionalidade no Brasil. Cumpre, agora, transitar pelos demais capítulos do presente parecer. O que foi, todavia, dito, parece ser suficiente para demonstrar que, conforme ensina SILVA, José Afonso da. (Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, 1978, 13/15:123), "desenvolve, no Brasil, nítida tendência para o método de jurisdição concentrada (sem prejuízo da jurisdição difusa, contudo), mediante exercício de ação direta de inconstitucionalidade...", ou de constitucionalidade.

3.3 Os modelos de fiscalização da constitucionalidade

Tomando-se como critério a atuação do Judiciário (juízes e tribunais) e a classificação proposta por MIRANDA, Jorge (A fiscalização concreta de constitucionalidade em Portugal. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 15), os sistemas de fiscalização da constitucionalidade podem ser resumidos da forma a seguir descrita.

Diante de questões de constitucionalidade os juízes e tribunais são:

- a) *incompetentes para conhecer e, portanto, para decidir*. É o caso dos modelos inglês e francês;
- b) *competentes para conhecer e para decidir com possibilidade de recurso para a instância superior*, inclusive, atendidos os pressupostos específicos, para a Suprema Corte. É o modelo norte-americano, praticado também por outros países como a Argentina, o Canadá, Portugal com a Constituição de 1911, e o Brasil desde a Constituição de 1891 até a Emenda Constitucional 16/65;
- c) *competentes para conhecer*, mas não para decidir "salvo sobre a viabilidade da questão," e por isso "caber a um tribunal situado fora da ordem judicial, o Tribunal Constitucional," o monopólio da jurisdição constitucional. É o "regime resultante da atenuação ou modificação do modelo austríaco feita em 1929."

Ao lado desses modelos básicos cumpre reconhecer, ainda, alerta o notável jurista português, a existência de sistemas de fiscalização da constitucionalidade que não se encaixam com perfeição em nenhum deles. É o caso do sistema brasileiro.

Neste, os juízes e tribunais dispõem de competência para conhecer e para decidir, com recurso possível para um tribunal que, embora situado dentro da ordem judicial, é o órgão máximo para questões constitucionais. Esse Modelo não se confunde com o norte-americano porque ao lado da fiscalização concreta, admite igualmente a fiscalização abstrata da constitucionalidade que é, no caso das leis estaduais e federais em face da CF, concentrada no STF. Como o português, mantendo especificidade, o modelo brasileiro incorpora elementos do modelo americano e os soma a outros próprios da experiência continental européia.

3.4 Algumas distinções necessárias

No Brasil, como ninguém desconhece, o *controle concreto de constitucionalidade* é: a) difuso, na medida em que todos os órgãos jurisdicionais dispõem de competência para exercitá-lo; b) incidental, na medida em que é desencadeado, em princípio, através de um mecanismo indireto de fundamentação que pode ser utilizado pelas partes para o fim de justificar a pretensão (autor) ou a resistência/defesa (réu); e c) subjetivo, já porque tem por finalidade principal a defesa do interesse juridicamente protegido de alguém, e não propriamente a da Constituição objetivamente considerada.

O *controle abstrato de constitucionalidade*, ao contrário, é: a) concentrado, na medida em que apenas o STF dispõe de competência, quanto aos atos normativos federais e estaduais, e em face da Constituição Federal, para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade; b) principal, na medida em que é suscitada por meio de uma ação autônoma, que visa verificar, em tese, a validade do ato normativo; e c) objetivo porque, "à margem de tal ou qual interesse, tem em vista a preservação ou a reconstituição da constitucionalidade objetiva, quando o que avulta é a constata-



conformidade ou procura de conformidade dos comportamentos, dos actos e das normas com as regras constitucionais" MIRANDA Jorge. Manual de Direito Constitucional, 2. ed., Coimbra: Coimbra, 1983. t. 2 p. 313).

O inexecedível Celso Ribeiro Bastos, autor de consagradas obras no campo do Direito Público, chama o primeiro *de controle por via de defesa*, que se distingue do segundo, por via de ação: - "a via de defesa é instrumento de garantia dos direitos subjetivos. A preocupação primeira é restabelecer a ordem jurídica ofendida, liberando alguém da sua carga ilegal, consistente na iminência de ver-se obrigado ao cumprimento de lei inconstitucional. A via de ação já, pelo contrário, encontra-se primordialmente voltada para o bom funcionamento da mecânica constitucional. Para a boa marcha desta não é suficiente o primeiro caminho. Faz-se mister expungir de vez a lei ou ato viciados do sistema normativo. E, embora já assegurados, pela primeira via, os direitos subjetivos, não há dúvida de que os problemas suscitados pela permanência da ordem jurídica de lei inconstitucional somente encontrarão solução pelo segundo caminho, isto é, pela via de ação, o que nos permite afirmar ser sua preocupação maior o funcionamento em si do sistema" (Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 59-60).

3.5 A ação direta da inconstitucionalidade

Como já foi afirmado, a Constituição de 1988 deu novo tratamento à antiga representação de inconstitucionalidade. O novo tratamento da ação direta genérica; a instituição da ação direta de inconstitucionalidade por omissão; o facultar-se às coletividades políticas estaduais a criação de ação direta genérica no plano local e, finalmente, a instituição da ação direta de constitucionalidade, proporcionam clara indicação de que o controle de constitucionalidade, no Brasil vai assumindo progressivamente as características de um modelo concentrado. A convivência dos modelos concentrado e difuso continua; todavia, a fiscalização abstrata e concentrada vai conquistando, passo a passo, um peso cada vez mais significativo.

Lembra MIRANDA, Jorge (*Manual...*, op. cit., p. 365) que a "fiscalização sucessiva, abstrata, concentrada e por via principal é o elemento característico por excelência do modelo austríaco de garantia e encontra-se em todos os países com tribunal constitucional, com maior ou menor variação de sujeitos ou entidades titulares do poder de arguição ou de iniciativa da apreciação da inconstitucionalidade." O Brasil constitui exemplo típico de país sem tribunal constitucional que adota, embora ao lado do incidental, o modelo de fiscalização abstrata (por via principal, de lei em tese ou decorrente de ação direta).

3.6 Natureza e finalidade da ação direta

Cuida-se, a ação direta genérica, de verdadeira ação. Dispõe dessa natureza porque configura mecanismo especial de provocação da jurisdição constitucional concentrada. Não se trata, pois, de mera representação, embora as constituições anteriores, inclusive a Emenda 16/65, tivesse utilizado essa expressão.

Trata-se, porém, de ação que inaugura um *processo objetivo*. Cuida-se de um processo que constitui, como outro qualquer, instrumento de jurisdição (no caso da jurisdição constitucional concentrada, como antes afirmado); através dele será solucionada uma questão constitucional. Não pode ser tomado, todavia, como meio para a composição de uma lide. É que, sendo objetivo, inexistente lide no processo inaugurado pela ação direta genérica de inconstitucionalidade. Não há, pretensão resistida. A idéia de Carnellutti segundo a qual o processo é continente de que a lide é conteúdo não se aplica ao processo através do qual atua a jurisdição constitucional concentrada. Em vista disso, os legitimados ativos da ação direta não buscam, com a provocação do órgão exercente da jurisdição constitucional concentrada, a tutela de um direito subjetivo, mas sim a defesa da ordem constitucional objetiva (interesse genérico de toda a coletividade).

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade, como referido, não é a defesa de um direito subjetivo, ou seja, de um interesse juridicamente protegido lesado ou na iminência de sê-lo. Ao contrário, a ação direta de inconstitucionalidade presta-se para a defesa da Constituição. A coerência da ordem constitucional e não a defesa de situações subjetivas substancia a finalidade a apontada ação. Por isso, consiste em instrumento de fiscalização abstrata de normas, inaugurando *processo objetivo* de defesa da Constituição.

Cuidando-se de processo objetivo, na ação direta de inconstitucionalidade não há lide, nem partes



(salvo num sentido formal), posto inexistirem interesses concretos em jogo. Então, as garantias processuais previstas pela Constituição para o processo subjetivo, não se aplicam, em princípio, à ação direta de inconstitucionalidade.

Tem-se, aqui, segundo MENDES, Gilmar Ferreira (*Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 251): "O que a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais costuma chamar de processo objetivo (*objektives Verfahren*), isto é, um processo sem sujeito, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição (...). Não se cogita, propriamente, da defesa de interesse do requerente (...), que pressupõe a defesa de situações subjetivas. Nesse sentido, assentou o Bundesverfassungsgericht que, no controle abstrato de normas, cuida-se, fundamentalmente, de um processo unilateral, não-contraditório, isto é, de um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente requerido. A admissibilidade do controle de normas - ensina Söhn - está vinculada, tão-somente, a uma 'necessidade pública de controle.'

A provocação de um órgão externo é imprescindível, inclusive como garantia contra eventual supremacia da jurisdição constitucional. Não obstante, não se reconhece aos órgãos legitimados para desencadear o processo de controle abstrato de constitucionalidade qualquer poder de disposição."

O entendimento do STF acerca da ação direta genérica de inconstitucionalidade não é diferente. Desse entendimento, aliás, vem a Suprema Corte retirando importantes conclusões. Decidiu o Supremo, na linha de pensamento da Corte Constitucional alemã, que, proposta a ação direta, não se admite a desistência (*princípio da indisponibilidade da instância*). Nada impede, todavia, que o Procurador-Geral da República ofereça parecer final manifestando-se pela improcedência do pedido. Admitiu, também, em dispositivo do regimento interno (art. 170, § 3.º), que, ao receber os autos ou no curso do processo o relator, caso entenda que a decisão é urgente em face do relevante interesse da ordem pública que envolve, poderá ad referendum do tribunal, dispensar as informações, e, com a prévia ciência das partes (em sentido formal), levar a ação a julgamento com os elementos que dispuser. A natureza do processo levou, também, o STF a não admitir nele o litisconsórcio e a intervenção assistencial de terceiro concretamente interessado. O Supremo inadmitiu, ademais, a interposição de recurso (embargos infringentes ou de declaração), pelos terceiros que se dizem prejudicados, em decisão final prolatada em ação direta de inconstitucionalidade. Definiu, também, o Supremo que, como decorrência da natureza do processo descabe a ação rescisória em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Como a rescisória não se compatibiliza com a ação direta, não pode ela ser proposta nem pelas partes que figuraram na relação processual, nem pelos terceiros concretamente interessados. Descabe, igualmente, a reclamação na hipótese de descumprimento de decisão tomada em sede de controle concentrado de constitucionalidade (salvo a hipótese de decisão proferida em ação direta de constitucionalidade, em face dos efeitos vinculantes que produz). Por fim, encontra-se o Supremo Tribunal Federal condicionado pelo pedido, mas não pela causa de pedir. Ou seja, não constituindo processo inquisitivo, mas sim processo objetivo, não pode o STF iniciar ex officio o processo. Todavia, uma vez provocado, embora não possa ampliar o pedido, não está adstrito à fundamentação jurídica invocada pelo requerente.

Tem-se, portanto, no controle abstrato, um processo objetivo, voltado para a proteção do direito constitucional objetivo, ao qual o terceiro concretamente interessado não dispõe de acesso. Bem por isso, encontra-se, nessa sede, impedido de formular a defesa do eventual direito que tenha alcançado em face da aplicação da norma apontada como inconstitucional. Deste fato decorrem inúmeras conseqüências, como será demonstrado a seguir.

3.7 Os efeitos da decisão no controle abstrato de normas

A decisão do STF no controle abstrato produz coisa julgada oponível *erga omnes*, estendendo seu efeitos para além das partes (no sentido formal) residentes na relação processual objetiva; por isso é desnecessária a comunicação ao Senado Federal para os fins do art. 52, X, da Lei Fundamental da República. Em face da coisa julgada formal e material (oponível *erga omnes*) que a ela adere, a decisão de rejeição ou de pronúncia da inconstitucionalidade deve ser respeitada pelo próprio Supremo Tribunal Federal e pelos demais órgãos integrantes do Judiciário.

A coisa julgada, entretanto, não *congela* (engessa) de modo definitivo a jurisprudência do STF, já que a alteração das circunstâncias fáticas pode autorizar o deslocamento da compreensão



constitucional de dada matéria. Assim, declarada a constitucionalidade (mas não a inconstitucionalidade) de uma determinada lei, em virtude de sentença que julga improcedente a ação direta, não está impedido o Supremo Tribunal Federal de, mais tarde, uma vez alterado o sentido da norma paramétrica ou mesmo da normativa-objeto, e quando devidamente provocado, decretar a inconstitucionalidade do dispositivo atacado.

No caso de inobservância, pelos juízes e tribunais, da coisa julgada e tendo o Supremo decidido que descabe reclamação na medida em que a eficácia da decisão na ação direta, conforme ensina o Min. Moreira Alves (voto na *Ação Direta de Constitucionalidade 1*), se exaure na declaração de que o ato normativo é inconstitucional ou constitucional, às partes prejudicadas nos casos concretos, só restará, em recurso extraordinário, ver respeitada, pelo STF, sua decisão na ação direta de inconstitucionalidade sobre o ato normativo que dela foi objeto.

A coisa julgada não impede que o órgão legislativo volte a praticar inconstitucionalidade editando novo ato com o mesmo conteúdo do anterior (*RTJ*, 124/59). Para obviar esse inconveniente, inexistente nos Estados Unidos, em virtude do princípio do *stare decisis*, alguns países resolveram conferir às decisões das cortes constitucionais efeitos que constituem um plus, em relação à coisa julgada. Assim, por exemplo, a Constituição alemã confere força de lei às decisões da Corte Constitucional. Em outros ordenamentos se dispõe expressamente que as decisões do respectivo tribunal constitucional ou órgão equivalente são obrigatórias para todos os poderes públicos e autoridades ou entidades públicas (e privadas), ou para os restantes órgãos constitucionais do Estado e para todos os tribunais e autoridades administrativas. É o caso da Alemanha, mais vez, da Espanha, de Portugal e da França.

A EC 3/93 (LGL\1993\20) conferiu *efeito vinculante* às decisões de mérito proferidas pelo STF nas ações diretas de constitucionalidade. Talvez seja este o momento mais adequado para se estudar a extensão do efeito vinculante a todas as decisões de mérito do STF envolvendo matéria constitucional. Há projeto de emenda constitucional, tramitando no Congresso Nacional, com este propósito.

Encontra-se, hoje, superada a discussão a respeito dos efeitos produzidos pela decisão que declara a inconstitucionalidade de ato normativo, se *ex tunc* ou *ex nunc*. Influenciado pela doutrina e jurisprudência americanas, o Direito brasileiro acabou por definir que a inconstitucionalidade equivale à nulidade absoluta da lei ou ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade, pouco importa se em sede de fiscalização concentrada ou difusa, no Direito brasileiro, implica, portanto, salvo a hipótese de representação interventiva, a pronúncia da nulidade do ato atacado. A decisão judicial, segundo a doutrina consagrada, é declaratória e não constitutiva-negativa, conforme pretendia Pontes de Miranda. O ato judicial não desconstitui (puro efeito revocatório) a lei, tal como ocorre, por exemplo, no modelo austríaco, mas apenas reconhece a existência de um ato viciado. E, por esse motivo, a decisão, em princípio, produz efeitos *ex tunc*, retroagindo até o nascimento da norma impugnada.

Como sustenta BUZAID, Alfredo (*Da ação direta de inconstitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 131):

"O fundamento da doutrina americana e brasileira está, pois, em que, no conflito entre a lei ordinária e a Constituição, esta sempre prepondera sobre aquela. Se a lei inconstitucional pudesse adquirir validade, ainda que temporariamente, resultaria daí uma inversão na ordem das coisas, pois, durante o período de vigência da lei, se suspende necessariamente a eficácia da Constituição. Ou, em outras palavras, o respeito à lei ordinária significa o desacato à Constituição."

Segundo o pensamento do autor: "uma lei não pode, a um tempo, ser e deixar de ser válida. As leis inconstitucionais não recebem um tratamento diverso. Porém, até o julgamento pelo tribunal, elas são executórias, embora inválidas. Esposito observou que 'as leis inconstitucionais, até a proclamação da Corte, são executórias, mas não obrigatórias; têm eficácia, mas não têm validade'. Lei inconstitucional é, portanto, lei inválida, lei absolutamente nula. A sentença que decreta a inconstitucionalidade é predominantemente declaratória, não predominantemente constitutiva. A nulidade fere-a *ab initio*."

Conquanto a Constituição brasileira não disponha de modo expreso, como a portuguesa (art. 282), a respeito da consequência (sanção) decorrente da inconstitucionalidade, a nulidade (e não a anulabilidade) do ato normativo viciado assume a configuração de verdadeiro princípio constitucional



implícito.

Aliás, é necessário advertir que apenas a nulidade, e não a anulabilidade, pode autorizar a recusa, pelo Poder Público, embora sem prejuízo do exame posterior pelo Judiciário, de cumprimento de lei ou atos reputados inconstitucionais. Cuidasse, o inquinado, de ato anulável, então seria de observância obrigatória até o pronunciamento do órgão jurisdicional competente, despossuindo o Executivo qualquer fundamento para repudiar a lei. Coerente com seu entendimento a respeito da natureza do ato inconstitucional, o STF admite o descumprimento de tais atos, responsabilizando-se a autoridade, porém, pelas conseqüências de seu comportamento caso o Judiciário repute legítimo o ato inaplicado (*RTJ* 2/386 e 41/669).

Atente-se, também, para o fato de que apenas a nulidade e, pois, não a anulabilidade, pode autorizar os Poderes Executivo e Legislativo a invalidar seus próprios atos quando os considerem inconstitucionais (*RDA* 59/339). É que somente a nulidade pode autorizar o Legislativo a anular (não se trata de revogação, que produz, em princípio, efeito *ex nunc*) ato legislativo seu sob fundamento de inconstitucionalidade. Também apenas a nulidade pode autorizar o Executivo a anular ato seu por tratar-se de inconstitucional ou por tratar-se de ato derivado de outro inconstitucional.

Porque o ato inconstitucional, no Brasil é nulo (e não, simplesmente, anulável), a decisão judicial que assim o declara produz efeitos repristinatórios. É que, sendo nulo, do ato inconstitucional não decorre eficácia derogatória das leis anteriores. A decisão judicial que decreta a inconstitucionalidade atinge todos os efeitos da lei, inclusive a cláusula expressa ou implícita de revogação. Sendo nula a lei declarada inconstitucional, diz o Min. Moreira Alves, "permanece vigente a legislação anterior a ela e que teria sido revogada não houvesse a nulidade" (Representação 1.077-RJ, *RTJ* 101/503).

É evidente que o fato de a sentença judicial implicar a nulidade *ab initio* da normativa impugnada favorece a emergência de não poucos problemas. Inexistindo prazo para a pronúncia da nulidade - já que a argüição de inconstitucionalidade é imprescritível no Brasil -, considere-se que o caso de uma lei cuja ilegitimidade foi reconhecida após o decurso de longo lapso temporal, tendo inclusive prestigiado a consolidação de um sem-número de situações jurídicas. É indubitoso que nesses casos o dogma da nulidade absoluta deve sofrer certa dose de temperamento, sob pena de dar lugar à injustiça e à violação do princípio da segurança jurídica.

Preocupado com as situações consolidadas sob a égide de lei declarada inconstitucional, o então Min. Leitão de Abreu defendeu, no STF, em julgado onde figurou como relator, posição segundo a qual antes de nulo, o ato viciado seria apenas anulável. Acrescentou o Ministro naquela ocasião:

"Acertado se me afigura, também, o entendimento de que não se deve 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" (RE 79.343-BA, *RTJ* 82/791).

Não obstante, permaneceu o STF na linha de entendimento que, desde sempre, vem trilhando com apoio na tradição norte-americana. Em julgamento posterior, reconhecendo que tinha ficado vencido, o Min. Leitão de Abreu justificou que propunha, na verdade, "um temperamento ao dogma da retroatividade integral da decisão judicial, especialmente para o fim de deixar imunes as situações jurídicas formalmente constituídas com base em ato praticado de boa-fé sob lei que só posteriormente se declarou inconstitucional" (*RTJ* 97/1369).

Alguns temperamentos, todavia, têm sido admitidos pelo STF. Fazendo uso da teoria da aparência (funcionário de fato), o Supremo não invalida os atos praticados pelo funcionário investido, por força de lei inconstitucional, erro cargo público. Inexistindo prejuízo, protege-se a aparência de legalidade dos atos em favor da boa-fé de terceiros (*RTJ* 200/1086 e *RTJ* 71/570). Um segundo temperamento decorre do respeito à coisa julgada. Afigura-se como certo que a nulidade *ex tunc* não afeta a norma concreta contida na sentença ou no acórdão. Não há dúvida, assim, de que, decorrido *in albis* o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória, a superveniência da declaração de inconstitucionalidade já não mais logra afetar, de qualquer modo, a decisão judicial. A coisa julgada consiste em importante limite à eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade. É necessário, porém, excluir desse temperamento a coisa julgada das sentenças penais baseadas em norma geral desfavorável, pois a revisão criminal pode ocorrer, no Direito brasileiro, a qualquer



momento.

Não é demais lembrar que a vida é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias. E que, portanto, cumpre, sim, manter a coerência dos postulados teóricos e doutrinários, mas nem por isso está-se autorizado a desprezar as exigências e desafios que a experiência vai impondo às condutas humanas e às categorias jurídicas. Cabe à jurisprudência, e portanto ao Judiciário, a insubstituível tarefa de, observado os valores que o direito não pode descurar, atualizar o sentido dos preceitos legais e a utilidade das formulações teóricas, adaptando uns e outras aos renovados fatos que a vida oferece todos os dias.

3.8 O controle abstrato e as novas técnicas de decisão

As intensas discussões travadas no Brasil a respeito dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade seriam afastadas se a nossa Constituição, como a de Portugal, dispusesse a respeito.

Algumas constituições, para a solução dos inevitáveis problemas que a declaração de inconstitucionalidade suscita (*vazio legislativo*, inconstitucionalidade mais grave da norma reentrante, produção de injustiça e de prejuízos na solução de caos concretos etc.) conferiram, expressamente, aos tribunais constitucionais a faculdade de delimitarem, em certos termos, a eficácia temporal dessas decisões. É o caso, entre outros países, da Áustria e de Portugal. Neste, a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*. Todavia a Constituição (art. 282.4) autoriza o tribunal constitucional a fixar, por meio de decisão fundamentada, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com alcance mais restrito para satisfazer a segurança jurídica ou para atender a razões de equidade ou de interesse público de excepcional relevo. A Magna Carta austríaca, por sua vez (art. 140, VII), confere à Corte Constitucional ampla margem de discricção para dispor, mesmo em abstrato, sobre as conseqüências jurídicas de suas decisões. Na Áustria, pode a Corte Constitucional, inclusive, fixar um prazo para a cessação da vigência das normas declaradas inconstitucionais.

Em outros países, cujas constituições, como a brasileira, sobre silenciarem quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não contemplam os tribunais constitucionais com poderes para defini-los, busca-se solucionar os eventuais inconvenientes da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado através do desenvolvimento de criativas técnicas de decisão. É esse o caso, particularmente, das decisões apelativas e de mero reconhecimento da inconstitucionalidade do tribunal alemão e o expediente do protelamento da publicação da decisão, adotado às vezes pelo tribunal italiano.

A *simples declaração da incompatibilidade da norma com a Constituição sem a pronuncia da nulidade*, ou a declaração de norma ainda constitucional mas em trânsito para a inconstitucionalidade e a técnica do apelo ao legislador, configuram outros meios, adotados pela experiência alemã de solucionar, em abstrato, questões graves que emergirão no plano concreto. A multiplicidade das técnicas de decisão dá mostras da complexidade que o Direito Constitucional vai assumindo na atualidade. É indubitável que apenas o estudo aprofundado da disciplina e a alta sensibilidade dos juízes e operadores jurídicos possibilitarão a conquista de soluções ajustadas aos desafios que o fim de século está impondo aos cidadãos, em virtude da insegurança trazida, todos os dias, pelo inevitável fenômeno da inflação legislativa.

Em face da gravidade da situação, no contexto da reforma do Judiciário, o Ministério da Justiça elaborou proposta de Emenda Constitucional que será, oportunamente, discutida no Congresso Nacional, autorizando o STF a delimitar os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, permitida inclusive a fixação de meros efeitos *ex nunc*. Neste ponto, segundo a proposta de Emenda referida, nosso direito passaria a contar com previsão semelhante àquela da Constituição portuguesa. Trata-se, aliás, de proposta defendida inclusive por um dos mais notáveis Ministros do STF. Está-se a referir ao Min. VELLOSO, Carlos Mário (Revista Trimestral de Direito Público, n. 4/216. São Paulo: Malheiros, 1993), segundo o qual, "no que toca aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade na ação direta de inconstitucionalidade por ato comissivo, deve a Constituição prever a possibilidade de o STF emprestar efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade."

Em relação à previsão da Constituição portuguesa, assim se expressam CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital (Constituição da República Portuguesa anotada, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 110).



1993. p. 1042):

"Ao permitir que o TC proceda à limitação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade (n. 4), a Constituição permite-lhe manipular com certa amplitude os efeitos das sentenças, abrindo-lhe a possibilidade de exercer poderes tendencialmente normativos, embora vinculados aos pressupostos objetivos constitucionalmente fixados (segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo).

Os efeitos que o TC pode alterar (tornar de *alcance mais restrito*) são os previstos nos números 1 e 2, a saber: 1. os efeitos retroactivos (eficácia *ex tunc*); 2. os efeitos repristinatórios.

Conseqüentemente, o TC poderá emanar sentenças declarativas de inconstitucionalidade ou (ilegalidade): 1. sem efeitos *ex tunc*, mas sim a partir de um momento ulterior, por exemplo, a partir da data da declaração de inconstitucionalidade (ou ilegalidade) ou a partir da data de publicação do acórdão no DR; 2. sem efeitos repristinatórios, não se repondo em vigor as normas anteriores.

Resumindo, obtêm-se as seguintes conclusões quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (ou ilegalidade) com força obrigatória geral: 1. o regime-regra que nem sequer precisa de ser explicitado pelo TC e que vale na falta de qualquer declaração sobre o assunto é o de que os efeitos se produzem desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal (ou desde o momento em que ela se tornou supervenientemente inconstitucional (ou ilegal), salvo quanto aos casos julgados, que não são afectados; 2. o TC poderá ampliar os efeitos normais da declaração quanto à questão da ressalva dos casos julgados, excluindo dessa ressalva certos casos, nos termos do n. 3; 3. o TC pode restringir os efeitos da declaração, quanto a dois aspectos: eliminando, total ou parcialmente, o efeito repristinatório e protelando o início de produção dos efeitos da declaração (de todos ou de parte deles)."

3.9 As situações jurídicas consolidadas sob a égide da lei inconstitucional e sua desconstituição

No caso em estudo, o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 14 de ADCT da Constituição catarinense. Não há dúvida que a declaração implica, ainda que implicitamente, a pronúncia da nulidade do dispositivo em questão. A decisão, neste caso, e bem por isso, produz efeitos *ex tunc*.

A decisão do STF, proferida em processo objetivo, não importa, todavia na automática desconstituição das situações jurídicas consolidadas sob a sua égide. Sim, porque a decisão da Excelsa Corte opera efeitos, em princípio, em nível normativo. Quanto aos atos praticados sob a égide do ato normativo nulificado, a estes cumpre verificar, caso a caso, se merecem ou não sofrer desconstituição. O que importa em dizer que as situações jurídicas de vantagem consolidadas diante da incidência da lei inconstitucional não são desconstituídas imediatamente em face da decisão do STF. Esta, operando no plano abstrato, não interfere diretamente no seio das relações jurídicas concretas. Sim, porque *trata-se* de decisão declaratória de inconstitucionalidade de um ato normativo, e não constitutiva-negativa das relações que se firmaram sob seu fundamento. Se é verdade que a declaração de inconstitucionalidade importa na pronúncia da nulidade da norma impugnada; se é certo, ademais, que a declaração de inconstitucionalidade torna, em princípio, ilegítimos todos os atos praticados sob o manto da lei inconstitucional, não é menos certo que há outros valores e preceitos constitucionais, aliás residentes na mesma posição herárquica que o princípio constitucional implícito da nulidade das normas inconstitucionais, que exigem cumprimento e observância no juízo concreto. É dizer, não é possível aplicar-se um princípio constitucional a qualquer custo. Muito pelo contrário, é necessário desenvolver um certo juízo de ponderação a respeito das situações concretas nascidas sob a égide da lei inconstitucional, inclusive para o efeito de se verificar que, em determinados casos, razões de equidade e de justiça recomendam a manutenção de certos efeitos produzidos pelo ato normativo inconstitucional.

É oportuno, neste sítio, lembrar a advertência de POLETTI, Ronaldo (*Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 119): "as eventuais situações de fato geradas pelos efeitos práticos indevidos, emanados da lei inconstitucional antes da declaração judicial da inconstitucionalidade, devem ser resolvidas sem prejuízo da dogmática do controle da constitucionalidade. O fundamento para essa solução há de estar na própria ordem jurídica, a qual está, teoricamente, apta a resolver todos os casos, ainda que nela não explicitados. Assim é que há categorias jurídicas a aplicar àquelas situações, como a imperatividade da justiça, a certeza do direito provocada pela lei (não obstante inconstitucional), a segurança das relações jurídicas, a paz



social etc. Tais categorias devem ser utilizadas, e certamente acontece, pelos Tribunais na solução dos casos concretos em que a nulidade da lei possa gerar prejuízos à boa distribuição da justiça."

Talvez por isso, nos Estados Unidos que, como o Brasil admite o controle judicial sucessivo, difuso e incidental da constitucionalidade, implicando a declaração de inconstitucionalidade em pronúncia da nulidade do ato impugnado, ocorrem determinadas situações, nas quais a declaração de inconstitucionalidade haverá de produzir apenas efeitos prospectivos. Por exemplo, quanto à matéria tributária, a Suprema Corte americana não determina a devolução dos impostos já pagos. Conforme anota ENTERRÍA, Eduardo García de (*Justicia Constitucional*, la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. RFP 92:05-16, São Paulo, 1989):

"se multiplicaran las razones: el contribuyente há recibido los beneficios de los gastos públicos financiados con el dinero del impuesto, *disrupt governmental finance* (desorganización de las finanzas gubernamentales), sentido de la seriedad en las transacciones consumadas, que se requiere una intervención del legislativo para obligar al pago a um ente público etc. etc. Solo se admite la devolución a quien hubiese pagado bajo protesta o en via de ejecución forzosa. Field asegura que este criterio se há formado a través de cientos de casos en que impuestos nacionales o estatales han sido declarados inconstitucionales."

Por outro lado, na Espanha, onde, como no Brasil ou nos Estados Unidos, admite-se a eficácia retroativa da decisão de inconstitucionalidade, recentemente o tribunal constitucional (Sentencia, de 20 de fevereiro), como noticia ENTERRÍA, Eduardo García de (*op. cit.*, p. 14) seguindo a experiência americana, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal (tratando a respeito do imposto sobre a renda) mas, todavia, impondo apenas a produção de efeitos prospectivos.

Levando, certamente em consideração a complexidade da problemática, a jurista mineira ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (*Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991. p. 153) assim argumenta:

"É certo que, abstratamente posto o problema da declaração de inconstitucionalidade, não se pode deixar de considerar a impossibilidade de alegação correta sobre direitos nascidos em ato que não é de direito. Na prática, sabe-se bem, a questão é mais difícil e penosa em alguns casos. Nem sempre o simples e fulminante reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei significa que o igual e violento resultado de sua declaração com a subsequente declaração de invalidade de seus efeitos configura a melhor solução de justiça. A lei, que não nasceu - como, hoje, normalmente não nasce - da fonte direta do povo, incide sobre este, que age em perfeita consonância com ela. Depois de sua ação, e quando já consolidados os efeitos dela nascidos, mesmo que não de Direito, podem encontrar-se situações cujo desfazimento seja mais injusto que a própria manutenção dele, ainda que desconforme aos parâmetros a serem seguidos. Vejamos o exemplo de declaração de inconstitucionalidade de uma lei pela qual se tenha fixado a concessão de uma gratificação específica de entrega em uma única oportunidade, a servidores públicos do mais baixo nível remuneratório encontrado em determinado quadro da Administração Pública. Imaginemos que esta lei seja declarada inconstitucional por ser desconforme a princípios constitucionais que impeçam tal concessão, naquele sistema no qual se indaga, ou mesmo que ela tenha sido formalmente viciada. Paga a gratificação concedida a servidores que recebem remuneração ínfima, tempos depois é declarada a inconstitucionalidade da lei. Como exigir a devolução imediata de quem não teve qualquer participação no equívoco, de quem não tem o suficiente, muitas vezes, nos países como os da América do Sul, sequer para responder em cada mês pelas suas necessidades, de quem se tenha valido daquela parcela remuneratória para suprir despesas mínimas por vezes mesmo alimentícias? Pode ocorrer, pois, embora seja a hipótese excepcional e rara, que a aplicação da lei antes da declaração de inconstitucionalidade ou de sua suspensão liminar, tenha provocado situações cujo desfazimento comprometeriam mais amplamente a justiça material buscada:"

Como dito, antes, no Direito brasileiro, porque o STF não dispõe, no controle abstrato, de competência para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, resolvendo desde logo, *no exercício de um poder tendencialmente normativo*, com eficácia erga omnes, questões que emergirão no plano concreto, a decisão de inconstitucionalidade limita-se a reconhecer a nulidade da lei, ficando para o plano judicial concreto, a solução das situações em que eventualmente, a incidência de outros princípios constitucionais e valores (boa-fé, segurança, justiça, razoabilidade) aconselha a permanência, no plano concreto, de determinados efeitos já produzidos. As situações jurídicas consolidadas ou criadas sob a égide da lei ilegítima não são, por isso mesmo,



automaticamente desconstituídas, exigindo-se, antes, ocorrente situação jurídica de vantagem integrada ao patrimônio do particular, um procedimento de desconstituição no qual, assegurada ampla defesa e o exercício do contraditório, possa ser construído um juízo prudencial capaz de ponderar e, se possível, conciliar os valores constitucionais que eventualmente encontram-se em jogo.

Não há novidade alguma no que se está afirmando. A conclusão decorre inexoravelmente da distinção reconhecida entre o controle concreto e o controle abstrato de normas. O controle abstrato tem a finalidade precípua, reitera-se pela importância, de proteger a ordem jurídica objetiva. Por isso, a função jurisdicional neste caso se aproxima bastante de uma atividade legislativa de caráter negativo. As questões concretas, decorrentes da incidência da lei não são, no Direito brasileiro, levadas em consideração. Referidas questões somente serão objeto de apreciação judicial em sede de processo subjetivo.

Esta é a razão pela qual o STF não julga ação direta de inconstitucionalidade contra ato normativo revogado. Se o ato normativo foi revogado antes da propositura da ação direta, pouco importando se produziu efeitos concretos ou não, a ação não é conhecida. Na hipótese, todavia, de ter ocorrido a revogação da lei após a propositura da ação direta, entende o STF que é caso de extinção do processo por perda do objeto, pouco importando, mais uma vez, a realização de efeitos concretos. Em determinada ação direta de inconstitucionalidade (n. 870-DF, RTJ 151/423), a Excelsa Corte definiu de modo cristalino o seu pensamento, decidindo que "a revogação do ato normativo impugnado ocorrida posteriormente ao ajuizamento da ação direta, mas anteriormente ao seu julgamento, a torna prejudicada, independentemente da verificação dos efeitos concretos que o ato haja produzido, pois eles têm relevância no plano das relações jurídicas individuais, não, porém, no controle abstrato de normas." (gn)

Na ADIn 709 (RDA, 197/180), o pronunciamento do STF foi ementado da seguinte forma:

"Efeitos concretos da lei revogada, durante a sua vigência. Matéria que, por não constituir objeto da ação direta, deve ser remetida às vias ordinárias. A declaração em tese da lei que não mais existe transformaria a ação direta, em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concretas."

Nesta ação direta, o Min. Celso de Mello (*op. cit.*, p. 185) teve ocasião de considerar que:

" *a questão da repercussão jurídica das conseqüências decorrentes da aplicação da lei inquinada de inconstitucionalidade mostra-se irrelevante em face da natureza mesma do processo de fiscalização normativa abstrata*, que, por fazer instaurar relações processuais eminentemente objetivas, desconsidera, por isso mesmo, as situações concretas e individuais eventualmente emergentes do ato normativo questionado objeto de revogação superveniente."

Aliás, a posição acima transcrita encontra-se em consonância com aquela manifestada na *Representação n. 971-RJ*, pelo Min. Moreira Alves:

"A meu ver, a ação direta de declaração de inconstitucionalidade existe para tutelar a ordem jurídica objetiva, por isso nela se julga a inconstitucionalidade da lei em tese. Ela tutela a ordem jurídica vigente, e não a ordem jurídica passada, a ordem jurídica histórica. Os efeitos concretos que dela nasceram e que permanecem devem ser atacados em ação própria, e não indiretamente, por meio excepcional, que só se criou para fazer respeitar, no terreno do direito objetivo o princípio da hierarquia das leis. A não ser assim, e poderão ser intentadas ações diretas de declaração de inconstitucionalidade da lei em tese somente porque há efeitos remanescentes decorrentes da aplicação da lei revogada, o que aberraria do próprio fim a que visa a representação."

Nos termos do erudito voto do *Min. Celso Mello*, na ação direta antes citada, "a discussão sobre os efeitos remanescentes verificados in concreto, sob a égide da espécie normativa impugnada, deverá efetivar-se no âmbito dos processos de índole subjetiva, onde as situações individuais supostamente afetadas pela lei inconstitucional revogada, poderão merecer a tutela jurisdicional do Estado, fundada no controle incidental de constitucionalidade da norma editada pelo Poder Político" (*op. cit.*, p. 187).

E continua: "a questão referente à validade das relações jurídicas que se estabeleceram à luz do ato normativo argüido de inconstitucional há de ser, pois, analisada e resolvida mediante a instauração do controle difuso de constitucionalidade, acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e



de legitimidade (art. 3.º, CPC)."

Parece claro, portanto, que o controle concentrado de normas, instrumentalizado pela ação direta de inconstitucionalidade, produz efeitos no plano normativo, atuando como verdadeira *atividade legislativa negativa*, protegendo a ordem constitucional objetiva pela retirada, com efeitos *ex tunc*, na norma viciada. A decisão, todavia, porque não trata dos efeitos concretos virtualmente produzidos e, ainda, porque ignora a natureza das relações que nasceram sob a égide da lei fulminada, não é suficiente para desconstituir, automaticamente, por si só, as situações jurídicas de vantagem eventualmente instauradas.

É certo que em determinadas hipóteses, a simples decisão do STF é capaz de, sozinha, restaurar a integralidade da ordem jurídica, eis que incoerentes situações jurídicas consolidadas sob a sua égide. Em situações em que o Estado pautou sua ação (matéria tributária, por exemplo) na lei nulificada, não há dúvida que, de ofício e unilateralmente cabe ao Poder Público rever tais atos, devolvendo as quantias cobradas indebitamente, por exemplo. Em outros casos, em que relações privadas foram constituídas, parece evidente que as eventuais situações poderão ser desconstituídas seja por vontade mútua, seja ainda em virtude de pronunciamento judicial. No caso, porém, de atuação administrativa, envolvendo a criação de situações jurídicas de vantagem para o particular, é incontestável que a ação unilateral do Estado não é suficiente, devendo ser instaurado o devido processo legal (administrativo ou judicial) para a sua desconstituição. Processo este que, evidentemente, não discutirá a respeito da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da lei que fundamentou a emergência da situação constitutiva de seu objetivo, tratando-se esta de questão já decidida pelo Excelso Pretório. Cumprirá à Administração, entretanto, instaurando o processo, fazer observar o princípio constitucional do devido processo legal, segundo o qual *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal* (art. 5.º, LIV, da CF). Caberá, neste caso, ao detentor da situação jurídica decorrente de norma posteriormente invalidada, produzir sua defesa, inclusive levantando outros dispositivos constitucionais que merecem observância para a solução do caso concreto, a despeito do pronunciamento do STF.

É preciso deixar claro que para a solução dos casos concretos envolvendo a problemática dos efeitos de um ato administrativo ou legislativo passível de invalidação é necessário certa dose de criatividade (LLORENTE, F. Rubiof, *La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho. Revista Española de Derecho Constitucional*. 1988. n. 22, p. 36 et seq.). Por isso, ocorre neste ponto trazer à colação os ensinamentos de ZANCANER, Weida. Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 61-63).

"Os limites ao dever de invalidar surgem do próprio sistema jurídico-positivo, pois, como todos sabemos, coexistem com o princípio da legalidade outros princípios que devem ser levados em conta quando do estudo da invalidação.

Claro está que o princípio da legalidade é basilar para a atuação administrativa, mas como se disse, encartados no ordenamento jurídico estão outros princípios que devem ser respeitados, ou por se referirem ao Direito como um todo, como, por exemplo, o princípio da segurança jurídica, ou por serem protetores do comum dos cidadãos, como por exemplo, a boa-fé, princípio que também visa protegê-los quando de suas relações com o Estado.

Assim, em nome da segurança jurídica, simetricamente ao que referimos quanto à convalidação, o decurso de tempo pode ser, por si mesmo, causa bastante para estabilizar certas situações fazendo-as intocáveis. Isto sucede nos casos em que se costuma falar em prescrição, a qual obstará a invalidação do ato viciado. Esta é, pois, uma primeira barreira à invalidação.

Por sua vez, o princípio da boa-fé assume importância capital no Direito Administrativo, em razão da presunção da legitimidade dos atos administrativos, presunção esta que só cessa quando esses atos são contestados, o que coloca a Administração Pública em posição sobranceira com relação aos administrados.

Ademais, a multiplicidade das áreas de intervenção do Estado moderno na vida dos cidadãos e a tecnicização da linguagem jurídica tornaram extremamente complexos o caráter regulador do Direito e a verificação da conformidade dos atos concretos e abstratos expedidos pela Administração Pública com o direito posto. Portanto, a boa-fé dos administrados passou a ter importância imperativa no Estado Intervencionista, constituindo, justamente com a segurança jurídica, expediente



indispensável à distribuição da justiça material. É preciso tomá-lo em conta perante situações geradas por atos inválidos.

Com efeito, atos inválidos geram conseqüências jurídicas, pois se não gerassem não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles. Com base em tais atos certas situações terão sido instauradas, e na dinâmica da realidade podem converte-se em situações merecedoras de proteção, seja porque encontrarão em seu apoio alguma regra específica, seja porque estarão obrigadas por algum princípio de Direito. Estes fatos posteriores à constituição da relação inválida, aliados ao tempo, podem transformar o contexto em que esta se originou, *de modo a que fique vedado à Administração Pública o exercício do dever de invalidar*, pois fazê-lo causaria ainda maiores agravos ao Direito, por afrontar a segurança jurídica e a boa-fé." (grifo nosso)

Desse entendimento participam outros juristas de nomeada, como BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (*Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 238) e, embora em relação aos contratos administrativos, e FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Extinção dos contratos administrativos. São Paulo: RT, p. 92).

Por outro lado, em relação à matéria, é clássica a lição de REALE, (*Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 28-9), segundo a qual a doutrina e a jurisprudência vêm:

"...admitindo, de um lado, a possibilidade de haver-se como legítimo um ato nulo ou anulável, em determinadas e especialíssimas circunstâncias, bem como a constituição, em tais caso, de direitos adquiridos, e, de outro, considerando-se exaurido o poder revisional *ex officio* da Administração, após um prazo razoável.

No primeiro sentido, Olivier Dupeyroux, expondo e adotando a tese de De Soto, sobre os limites da revisão *ex officio* dos atos administrativos singulares, assim conclui: 'A solução do Conselho de Estado consiste, em suma, em admitir, de um lado, que nenhum direito subjetivo pode, em princípio, nascer de uma decisão irregular da Administração, mas, de outro lado, que o decurso de certo tempo cria uma confiança legítima no espírito dos particulares e transforma uma situação de fato em uma situação jurídica, em direito subjetivo. Haveria, desse modo, uma espécie de prescrição aquisitiva de um direito subjetivo à manutenção do ato.'"

Para o jurista, na obra citada, "é impossível desconhecer o valor adquirido por certas situações de fato constituídas sem dolo, mas eivadas de infrações legais a seu tempo não percebidas ou decretadas."

FIGUEIREDO, Lúcia Valle (*Extinção...*, op. cit., p. 78-79) anota que a invalidação deve ocorrer, em princípio, quando haja vício no ato administrativo. Haverá, porém, "hipótese em que situações passadas não podem ser reconstituídas por obstáculos de outras normas jurídicas, não apanhando, de conseguinte, os efeitos já consumados."

4. Os atos administrativos consumados e a jurisprudência

Lembra VITTA (Direito Administrativo. 1949. v. 1, p. 438) que o ordenamento jurídico não deixa de respeitar fatos ocorridos há tempo, muito embora não conformes à lei. Cabe ao operador jurídico, neste caso, decidir sopesando valores com vistas à produção de uma decisão justa. A questão do tempo decorrido, então, consiste, segundo REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 73, em "matéria que se deve conter dentro dos critérios da prudência e da equidade, que devem nortear as decisões da autoridade administrativa e as da Justiça."

O Judiciário brasileiro não vem descurando essa verdade. Cite-se, como exemplo, julgado do *E. TRF da 4.ª Região* (Ap. em MS 89.04.00775-5-RS; Rel.: Juiz Passos de Freitas) com a seguinte ementa:

"Direito administrativo. Concurso público. Fato consumado. Fim social da lei.

Tendo sido assegurado por liminar no ano de 1987, confirmada por sentença, o direito da impetrante participar de concurso, no qual foi aprovada e nomeada para o cargo, inclusive depois tendo sido promovida, impõe-se confirmar a sentença que julgou procedente a ação mandamental, em obséquio à segurança das relações jurídicas e com vistas ao fim social da lei (Lei de Introdução ao Código. Art. 5.º)."



Na mesma direção, aceitando as situações consumadas pelo tempo, cumpre citar, junto ao C. STJ, o REs 5.720-RS (sessão de 20.05.1991), onde figurou como relator o Min. Hélio Mosimann, onde firmou-se o entendimento seguinte:

"Mandado de Segurança. Ensino Superior. Exame vestibular. Matrícula. Fato consumado por força da concessão de liminar. Situação consolidada.

Se a matrícula na Faculdade de Medicina, após exame vestibular prestado há mais de três anos, foi assegurada em cumprimento a decisão judicial, tornando o fato consumado pelo decurso do tempo, sem prejuízo de terceiros, merece respeito a situação já consolidada."

O Excelso Pretório, igualmente, em vários julgados tem-se mostrado sensível à questão do decurso do tempo. No RE 85.179 (Estado do Rio de Janeiro versus Lindalva Medeiros de Garrido e outros), onde atuou como Relator o saudoso Min. Bilac Pinto, decidiu a E. Corte que o decurso de tempo e, no caso, tratava-se de pouco mais de 2 (dois) anos "pode consolidar nomeação feita em virtude de medida liminar em mandado de segurança." O precedente se ajusta com perfeição ao presente caso. Com efeito, concluiu o Supremo, no caso em tela, que "criou-se situação de fato, que o tempo acabou por consolidar," aliás, em casos semelhantes o Supremo tem se orientado no sentido de "atender a tais situações cuja excepcionalidade aconselha encarar o problema mais sob o aspecto da finalidade social das leis do que de uma severa interpretação literal dos textos" (RMS 17.444; RTJ 45/589).

Na mesma linha, mas também considerando outros valores constitucionais (*boa-fé*, inexistência de prejuízo para o Poder Público, paz jurídica, segurança jurídica etc). decidiu o STJ em Mandado de Segurança envolvendo questão que pode ser aproveitada para o presente parecer (RMS 407; RDA 184/113-118). O acórdão, rico em doutrina e sopesando valores, deu provimento a recurso interposto para evitar desconstituição de concurso e das conseqüentes nomeações. No acórdão, aliás, ficou clara a impossibilidade de decretação da nulidade de ato administrativo quando inócua lesão ao patrimônio público.

Convém trazer à colação pequena parte da rica exposição desenvolvida pelo *Min. Gomes de Barros*, digno Relator do caso em comento:

"Merece destaque no primoroso trabalho do e. Subprocurador da República, a segura reportagem, nele desenvolvida, da evolução doutrinária, em tema de revisão dos atos administrativos. Bastava a alegação de que o tal malsinado padecia de nulidade.

Mais tarde, surgiu a preocupação de se compatibilizar o princípio da auto tutela da Administração com aqueles outros relativos à segurança das relações jurídicas, no resguardo da *boa-fé* e do próprio interesse público.

Envolvidas nesta preocupação, a doutrina e a jurisprudência desenvolvem constantes pesquisas, em busca da solução de compromisso, capaz de instaurar o equilíbrio, como bem observam *Ericksen e Martens*:

'O princípio da legalidade da administração constitui apenas um dos elementos do postulado do Estado de Direito. Tal postulado contém igualmente os princípios da segurança jurídica e da paz jurídica, dos quais decorre o respeito ao princípio da *boa-fé* do favorecido. Legalidade e segurança jurídica constituem dupla manifestação do Estado de Direito, tendo por isto, o mesmo valor e a mesma hierarquia. Daí resulta que a solução para um conflito concreto entre matéria jurídica e interesses há de levar em conta todas as circunstâncias que o caso possa eventualmente ter'. (trad. do Prof. Gilmar F. Mendes - cf. n. 361 destes autos)." (grifo nosso).

Em outro julgado, onde mais uma vez figurou como Relator o digno *Min. Gomes de Barros* (REsp. 6.518. Recte.: Estado do Rio de Janeiro; Recda.: Ana Lúcia de Abreu Gomes), o E. Superior Tribunal de Justiça reiterou seu caminhar nessa direção, definindo que "a estabilidade da ordem jurídica depende de que se prestigiem entidades, como a *boa-fé* e a segurança das relações jurídicas. Em lenta e segura evolução, a doutrina e a jurisprudência aproximaram-se de uma solução de equilíbrio entre aqueles valores simétricos."

O STJ, nesse julgado, teve ocasião de definir de maneira absolutamente feliz - pela voz do Eminentíssimo Ministro Relator que:



"Em tema de nulidade do ato administrativo, é necessário temperar a rigidez do princípio da legalidade formal, para que ele se coloque em harmonia com outros valores essenciais à perpetuação do Estado de Direito."

Aliás, esse tipo de ponderação de valores constitui orientação professada pelo C. STF. Com efeito, no RE 122.202 (JRP\1994\1193) (RDA 202/161-298), a E. Corte decidiu que:

"Recurso Extraordinário. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade em tese pelo STF. Alegação de direito adquirido.

Acórdão que prestigiou a Lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de 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."

Em caso em tudo semelhante ao acima transcrito, RE 105.789-MG (JRP\1986\611), rel. Min. Carlos Madeira. RTJ 118:300), o STF decidiu que:

"Magistrado. Garantia constitucional da irredutibilidade de vencimento.

A nova qualificação do tempo de serviço, anos depois de averbado e de haver produzido efeitos pecuniários em favor do magistrado, mal fere a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, que toma intangível o direito que já nasceu e não pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as prerrogativas que suportam o seu cargo. Recurso conhecido e provido."

No caso referido pela ementa acima transcrita, tendo o STF declarado inconstitucional, em sede de controle abstrato (representação 861 - RTJ 61/592), determinado dispositivo da Constituição de Minas Gerais que autorizava, quanto aos magistrados, peculiar forma de cômputo do tempo de serviço anteriormente prestado, aceitou, depois, em sítio de processo subjetivo (mandado de segurança), que a garantia de irredutibilidade dos vencimentos dos beneficiários supera o *efeito ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade da norma, pois a averbação (de tempo de serviço) não se deu apenas para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade, como previa o dispositivo da Constituição do Estado, mas para o de adição de vantagem pecuniária genérica por cada quinquênio de permanência no cargo. Aqui, tendo o interessado formulado pedido, que foi indeferido pelo Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, para que o tempo de serviço anteriormente prestado continuasse averbado, não obstante a decisão em ação direta proferida pelo Supremo Tribunal Federal, impetrou mandado de segurança que, em sede recursal, foi concedido pela Excelsa Corte.

Convém citar, por derradeiro, decisão do *Tribunal de Justiça do Estado do Paraná* que, em 2 (dois) casos, reconhecendo a incidência de motivos suficientes para a consolidação de atos de provimento, especialmente o transcurso do tempo e a boa-fé dos beneficiados, concedeu writ of mandamus impetrado para impugnar decreto editado pelo Chefe do Executivo que, pretendendo dar cumprimento à decisão (de mérito) com efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, proferida em ação direta de inconstitucionalidade, anulou os atos de provimento de cargos decorrentes da lei declarada inconstitucional. No MS 54/ 87, de Curitiba, a Suprema Corte paranaense considerou que o tempo de exercício dos cargos cujos provimentos os atos impugnados desfizeram, e a boa-fé dos impetrantes reconhecida pelo próprio Estado, constituem relevantes fundamentos para o acolhimento das pretensões deduzidas no mandamus. Do mesmo modo decidiu-se no MS 2368-5, de Curitiba. Em ambos figurou como relator o e. Des. Ronald Accioly.

As citadas decisões, a orientação da doutrina, os princípios constitucionais, tudo somado, conforme está-se a considerar, contribui para a demonstração da necessidade de serem consideradas outras razões, trazidas certamente pelos prejudicados, para efeito de desconstituição das situações jurídicas de vantagem criadas em face de relações mantidas pela Administração Pública com o particular, mesmo decorrentes de lei declarada inconstitucional em sede de controle abstrato.

Cumpre, neste ponto, trazer à colação as ricas considerações levantadas pelo *Min. Leitão de Abreu* no Recurso Extraordinário 79343 (RTJ 82/791-795), no qual figurou como relator:

"Tenho que procede a tese consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o *Corpus Juris*"



Secundum, de que a lei inconstitucional é de fato eficaz, ao menos antes da determinação de inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela de 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."

Se é certo que a tese do Min. Leitão de Abreu não foi a vencedora, se é certo ademais que o STF tem como pacífico que a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei, nomeadamente em sede de controle abstrato, implica a produção de efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, é certo, igualmente, que o próprio STF entende que os efeitos do controle abstrato não implicam, no plano concreto, a imediata destruição de relações jurídicas constituídas sob a égide da lei inconstitucional, todavia com apoio na boa-fé, da segurança jurídica, na presunção de legitimidade do ato legislativo. Pelo contrário, deixou claro que, a atenuação dos efeitos da decisão, que em face do sistema constitucional atual não pode ser feita em sede de controle abstrato, pode, eventualmente, e caso a caso, ser feita, sim, em face de outro tipo de pronunciamento judicial. Afinal, se, no reino do controle abstrato, o Supremo se limita a verificar a compatibilidade da norma impugnada com a Constituição, por meio de outro processo, nomeadamente, por meio do processo subjetivo, caberá ao Judiciário e, inclusive, ao Supremo diante da interposição de recurso cabível (ordinário ou extraordinário), sopesar valores, conciliar princípios e normas constitucionais, para construir uma decisão judicial comprometida com a justiça, com a equidade e com a razão.

É preciso, então, neste ponto, deixar absolutamente transparente que a declaração de inconstitucionalidade não afeta todos os atos singulares praticados com fundamento na lei inconstitucional, destruindo-os desde logo. Sim, é verdade que o Direito brasileiro aceita genericamente a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de ilicitude (RMS 17.976, rel. Min. Amaral Santos. *RTJ* 55/744). Todavia, o Direito brasileiro concede proteção ao ato concreto (ato singular) praticado com fundamento na lei nulificada, procedendo-se, como se tem argumentado neste parecer, à distinção entre o efeito da decisão no plano normativo (abstrato) e o efeito da decisão no plano normado (concreto). No primeiro plano, a decisão produz eficácia *ex tunc*. No segundo plano, em princípio, também sim. Há, todavia, que se proceder, quando possível (por vezes há fórmulas impeditivas; a coisa soberanamente julgada em matéria civil, por exemplo), a desconstituição do ato singular de ofício. Neste caso, a Administração deve providenciar a invalidação do ato singular de ofício. Outras vezes, criadas situações jurídicas de vantagem, há a necessidade de instauração do devido processo legal (administrativo ou judicial), onde, com a garantia da ampla defesa e do contraditório, um juízo prudencial merece ser feito, atendendo-se a outros valores, regras e princípios constitucionais que não é lícito ao Poder Público descurar.

4.1 O controle abstrato e a processualidade administrativa

Como foi, antes, demonstrado, o STF julgou procedente a ação direta da inconstitucionalidade aforada contra o art. 14 do ADCT da Constituição de Santa Catarina. No momento em que foi concluído o referido processo objetivo de tutela e guarda da Constituição, a norma constitucional estadual encontrava-se já com sua eficácia esgotada. Com efeito, tinha proporcionado já todos os efeitos a que se destinava. Sua carga eficaz encontra-se esgotada, de modo que os titulares das situações de vantagem criadas pela referida norma já haviam, devido ao ato do Poder Público, sido investidos nos cargos relativos às respectivas serventias.

O contencioso concentrado de inconstitucionalidade, como foi já insistentemente demonstrado, configura verdadeiro processo objetivo, de modo que os terceiros concretamente interessados, mesmo que venham a ser atingidos pela decisão judicial, estão impedidos de ingressar no feito, inclusive para produzir a defesa do ato impugnado, seja na qualidade de litisconsortes ou de assistentes. Por outro lado, encontram-se, os terceiros concretamente interessados, impedidos também de interpor recurso contra a decisão proferida pela Corte Suprema em matéria de controle abstrato. De modo que, impedidos de formular defesa, possuindo direito ao devido processo legal, não podem ser impedidos de, por ocasião da iniciativa da desconstituição dos atos administrativos decorrentes da lei inconstitucional que os investiu nas serventias que ora estão a ocupar, formular defesa dos interesses legítimos que possuem.

Não cabe, portanto, à Administração, no caso ao Poder Judiciário, como seria pensável a partir de



um raciocínio menos elaborado, apenas baixar provimentos invalidando (declarando a nulidade dos) os atos singulares e concretos dos quais nasceram as relações jurídicas que ainda hoje se renovam envolvendo os serventuários beneficiados pela normativa constitucional impugnada e o Poder Público. Pelo contrário: a) porque outras questões podem ser suscitadas, e que não têm lugar no controle abstrato e, mais; b) porque os interessados não puderam ainda produzir a defesa de suas posições, sendo certo que no Estado de Direito criado pela Constituição de 1988; c) o princípio do devido processo legal é um dos mais caros, incidindo inclusive sobre o território típico da Administração, mesmo quando exercitada pelo Poder Judiciário, a anulação os atos singulares de investidura (nomeação) dos serventuários, praticados em decorrência do permissivo constitucional invalidado, não poderá ocorrer em face de manifestação unilateral do Poder Público, sendo indispensável a instauração do competente processo administrativo ou, então, a provocação da função jurisdicional típica por meio do órgão que representa judicialmente o Estado de Santa Catarina (Procuradoria-Geral do Estado). Nesta última hipótese, caberá ao Poder Judiciário/Administração encaminhar à Procuradoria-Geral do Estado expediente solicitando o aforamento da competente ação judicial perante o Poder Judiciário/Jurisdição.

Em obra que ainda não foi, por sua excelência, suficientemente louvada, MEDAUAR, Odete (*A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993, p. 81-82), discorrendo a respeito do princípio do devido processo legal, previsto no art. 5.º, LIV e LV, CF/88, insiste, com inteira razão, em que ele incide também sobre o território administrativo. Não pensam de outro modo notáveis juristas como SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de (O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 39-40 e 319), GRINOVER, Pellegrini Ada (Garantias do contraditório e ampla defesa, *Jornal do Advogado*, seção de São Paulo, n. 175, nov. 1990, p. 9) e BERBERT FONTES, Ana Lúcia (Garantia do devido processo legal - Princípio constitucional da Administração Pública. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado da Bahia*, 14, jul./dez. 1990, p. 95).

Segundo esta última autora, o devido processo legal torna-se um princípio da Administração Pública:

"na medida em que a Constituição instituiu um Estado Democrático de Direito e estendeu esse princípio aos processos administrativos. A partir da Constituição de 1988, esse postulado é, portanto, garantia do cidadão, do administrado e do servidor nas suas relações com a Administração Pública. Assim, estando essa garantia inserida no âmbito da Administração Pública, o que da essência dela se extrai vigora nessa esfera."

Comentando a passagem escrita por *Ana Lúcia Berbert Fontes, Odete Medauar* (op. cit., p. 82) assevera que o inc. LIV do art. 5.º da Constituição:

"impõe a realização do processo administrativo. com as garantias do contraditório e ampla defesa, nos casos de controvérsia e ante a existência de acusado. No âmbito administrativo, desse modo, o devido processo legal não se restringe somente às situações de possibilidade de privação de liberdade e de bens, mas abrange as hipóteses de controvérsia ou conflito de interesses e de existência de acusados."

No concernente aos sujeitos, o devido processo legal significa o conjunto de garantias que lhes são propiciadas para tutela de posições jurídicas ante a Administração. Sob o ângulo do poder público, consiste na obrigatoriedade de atuar mediante processo em determinadas situações.

A combinação dos incs. LIV e LV do art. 5.º resulta na imposição de processo administrativo que ofereça aos sujeitos oportunidade de apresentar sua defesa, suas provas de contrapor seus argumentos e outros, enfim, a possibilidade de influir na formação do ato final. O devido processo legal desdobra-se, sobretudo, nas garantias do contraditório e ampla defesa, aplicadas ao processo administrativo."

Convém, ainda, trazer à tona exposição a respeito da matéria feita pela mesma autora em outro lugar (*Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 1995. p. 191-2):

"a leitura do citado inc. LV suscita a questão do significado do termo 'litigantes' na perspectiva do processo administrativo. Diferentemente do passado, as correntes doutrinárias contemporâneas já trabalham com a idéia de multiplicidade de interesses, de diversidade de pontos de vista, de controvérsias a respeito de direitos no âmbito da atuação administrativa. Daí merecer acolhida a



diretriz aventada por Ada Pellegrini Grinover ao examinar o sentido do termo 'litigantes' na esfera administrativa: 'O litigante surge em razão de uma controvérsia, em razão de um conflito de interesses... Haverá litigantes sempre que houver um conflito de interesses, sempre que houver uma controvérsia.'

"A exigência de processo administrativo abrange, portanto, situações em que dois ou mais administrados apresentam-se em posição de controvérsia entre si, perante uma decisão que deva ser tomada pela Administração; p. ex.: nas licitações, concursos públicos, licenciamento ambiental. *Abrange também* os casos de controvérsias entre administrados (particulares ou servidores) e a Administração; p. ex.: licenças em geral, recursos administrativos em geral, reexame de lançamento (processo administrativo tributário)." (grifo nosso)

Os dados doutrinários acima referidos são mais do que suficientes para demonstrar que, após a promulgação da Constituição de 1988, os cidadãos dispõem, em face da Administração Pública, de uma garantia constitucional de observância compulsória, qual seja a decorrente do princípio do devido processo legal (art. 5.º, LIV e LV, da CF). De modo que, ocorrente situação de vantagem, o poder/dever da Administração Pública invalidar ato praticado com fundamento em lei inconstitucional, mesmo após a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato pelo STF, deve ser exercitado, todavia, observando-se, inexoravelmente, o princípio constitucional do devido processo legal.

No que se refere concretamente à situação dos serventuários nomeados em virtude do disposto no art. 14, do ADCT, da Constituição do Estado de Santa Catarina, a invalidação dos atos singulares de investidura, assim como a desconstituição da relação jurídica envolvendo o serventuário e o Poder Público em decorrência daqueles atos, não pode ser feita de modo unilateral, exigindo-se antes a observância do devido processo judicial ou administrativo, onde poderá o serventuário atingido produzir a sua defesa, inclusive levantando pontos que, insuscetíveis de apreciação na ação direta de inconstitucionalidade, serão, eventualmente, suficientes para autorizar a restrição de alguns efeitos produzidos pela declaração de inconstitucionalidade em homenagem a outros valores e princípios também agasalhados no texto da Constituição Federal de 1988.

4.2 Conclusões

Do que foi exposto até aqui, é possível extrair as seguintes conclusões:

1. O Brasil experimenta o controle judicial da constitucionalidade das leis desde a primeira República. A Constituição de 1891 foi a primeira a aceitar o controle judicial sucessivo, incidental e difuso da constitucionalidade.
2. A ação direta interventiva, instituída pela Constituição de 1934, aperfeiçoada pela de 1946, e mantida pela de 1988, como instrumento de defesa dos *princípios constitucionais sensíveis*, configura a primeira aproximação do Direito brasileiro com o modelo continental europeu de controle da constitucionalidade. Com efeito, a ação direta interventiva constituiu o primeiro passo, adotado pelo Direito brasileiro, no sentido de experimentar um controle concentrado da constitucionalidade das leis.
3. A partir da Emenda Constitucional 16/65, o Brasil adotou a ação direta de inconstitucionalidade, mecanismo de controle concentrado e abstrato da legitimidade das leis, cuja competência foi atribuída, privativamente, ao STF.
4. Desde, então, não obstante as novidades trazidas pela Constituição de 1988 e pela EC 3/93 (LGL\1993\20), o Brasil desenvolve um modelo complexo de controle de constitucionalidade dos atos normativos do Poder Público, que implica a convivência do controle difuso-incidental com o concentrado-principal.
5. Devido ao exposto, o modelo brasileiro de controle da constitucionalidade, sobre ser um dos mais complexos, é também um dos mais completos do mundo. Deveras, soma as vantagens de um modelo com aquelas provenientes do outro.
6. Configura verdadeiro princípio constitucional implícito, no Direito brasileiro, o dogma da nulidade dos atos inconstitucionais. Devido a isso, encontra-se superada, hoje no Brasil, a discussão a respeito dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.



7. Seja no controle difuso-incidental, seja no controle concentrado-principal, a decisão judicial implica a pronúncia da nulidade do ato inquinado, com a produção de efeitos *ex tunc* e *inter partes*, no primeiro caso, e *ex tunc* e *erga omnes*, no segundo caso.

8. Compete ao Senado suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, na forma do que especifica o art. 52, X, da Lei fundamental da República. Hoje, todavia, está estabelecido que a competência do Senado é exercitada apenas em face da declaração da inconstitucionalidade de lei, pronunciada pelo Excelso Pretório, em matéria de controle difuso-incidental. Não obstante, conquanto a decisão do Supremo proferida no sítio do controle abstrato não fique na dependência de providência normativa tomada por outro Poder, incumbe ao órgão que promanou o ato normativo invalidado, tomar as providências necessárias para recompor a ordem jurídica objetiva. No caso em análise, esta providência deve ser tomada pela Assembléia Legislativa catarinense.

9. O controle abstrato de normas implica a emergência de um processo objetivo, no qual inexistem lide e parte (salvo num sentido meramente formal). Isto ocorre porque o STF exercerá nesse sítio uma atividade mais distante da jurisdicional típica e mais próxima da legislativa de caráter negativo. Neste caso, pode-se construir uma imagem segundo a qual o *Legislativo propõe e a Excelsa Corte revoga*.

10. Os efeitos produzidos pela decisão no controle abstrato residem no plano normativo. Por isso os atos singulares praticados com fundamento direto na lei reputada inconstitucional, não são automaticamente desconstituídos pela decisão do STF. Os efeitos dessa sentença, reitere-se, repousam no plano da norma e não no plano do fato constituído pelo ato singular ou concreto praticado sob seu fundamento.

11. Por isso, os atos singulares, se após a decisão do Supremo em território de controle abstrato presumem-se ilegítimos, quando praticados pelo Poder Público, devem ser invalidados de ofício, na hipótese de incoerência de situação ou de posição jurídica de vantagem (exemplo: servidor nomeado em virtude de lei inconstitucional) outorgada ao particular ou ao servidor. Neste último caso, há a necessidade da instauração do devido processo administrativo, exigido pela nova ordem constitucional facultando-se a produção, pelo interessado, de ampla defesa com todos os seus consectários.

12. Porque no processo desenvolvido no STF em decorrência da ação direta da inconstitucionalidade, não há lugar para a produção de defesa pelo terceiro concretamente interessado, sendo certo que a nossa Constituição não tolera qualquer agressão ao direito integrante do patrimônio do cidadão sem o devido processo legal, caberá à Administração, ocorrente ato singular de outorga de posição vantajosa ao particular, instaurar o competente processo administrativo para a sua invalidação, ou antes, se assim preferir, propor a conseqüente ação judicial anulatória.

13. A doutrina e o Judiciário brasileiro, mesmo o STF em determinadas hipóteses, admite, no juízo concreto, homenageando as situações consolidadas pelo tempo, a boa-fé, a aparência de legitimidade do ato impugnado e a ocorrência de injustiça ainda maior com a fulminação do ato singular ou concreto praticado em decorrência da norma inconstitucional, a possibilidade de restrição de alguns efeitos produzidos pela declaração de inconstitucionalidade.

14. Isto é possível na medida em que o dogma da nulidade dos atos inconstitucionais, tratando-se de princípio constitucional implícito, configura apenas um dos princípios plasmados na Constituição. Ora, a Lei Fundamental dispõe de outras normas, preceitos ou princípios, e valores que não podem ser descurados e que, em determinadas circunstâncias, podem prevalecer sobre a eficácia *ex tunc* do julgado. Afinal, como ninguém desconhece, a Constituição realiza um todo harmônico e sistêmico, exigindo interpretação holística e integral, razão pela qual nenhum princípio deve ser aplicado a qualquer custo, exigindo-se antes, em sede de manifestação judicial concreta, o desenvolvimento de um juízo prudencial e harmonizador que leve em conta os efeitos e a conseqüências concretas, historicamente inafastáveis, produzidas pelo ato nulificado.

15. As questões referidas no item precedente, devem ser levantadas pelo particular no processo administrativo ou judicial instaurado com o objetivo de alcançar provimento invalidatório dos atos singulares. Tratando-se de questões de superlativa importância, e que não podem ser levantadas pelos implicados no processo objetivo desencadeado pela ação direta de inconstitucionalidade, e



sendo certo que este país pretendeu erigir, com a nova Constituição, um Estado de Direito, não há dúvida que podem e devem ser levantadas, como matéria de defesa, pelos atingidos, no processo instaurado pelo Poder Público para desconstituir as situações jurídicas criadas por *ato singular e normado* praticado em decorrência da norma invalidada em sede de controle concentrado.

16. Desatendendo, o Poder Público (no caso, o Poder Judiciário/Administração), esta elementar exigência constitucional, não há dúvida que podem os prejudicados provocar a atuação do Estado-Juiz (neste caso: Judiciário/Jurisdição), em face do *princípio da inafastabilidade da apreciação judicial*, insculpido no art. 5.º, XXXV, da Lei Fundamental da República, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Neste caso, importa advertir, a coisa julgada alcançada com o processo objetivo não impede a reconsideração da matéria, tendo em conta outros fundamentos, em sede de processo subjetivo, exatamente porque sendo impossível ao prejudicado produzir defesa no instrumento de controle abstrato poderá, em face da ordem constitucional, produzi-la em outra sede. Neste ponto, está fora de dúvida que haverá, satisfeitas as devidas condições, de ser pronunciado provimento judicial capaz de restringir alguns efeitos da inconstitucionalidade, especialmente com o propósito de, garantindo a observância de outros princípios e valores constitucionais, produzir sentença pautada pela racionalidade, justiça, e pelo respeito aos fatos que a invalidade da norma, e mercê da eficácia realizada, não foi capaz de impedir ingressassem, definitivamente, no curso da história.

4.3 Resposta aos quesitos

Cumpra, neste ponto, responder aos quesitos objetivamente formulados pelo ilustrado consultante. Ao *primeiro quesito*, cumpre referir que a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc* e *erga omnes*. Os efeitos retrospectivos operados pela decisão da Excelsa Corte, neste ponto, é preciso lembrar, operam-se no plano dos atos normativos e, não, no plano dos atos singulares, concretos ou normados, a não ser indiretamente. De modo que, com esta observação cumpre responder ao segundo quesito. Se a decisão do STF é capaz de definir a ilicitude do ato singular praticado com fundamento em dispositivo invalidado, não é, por outro lado, suficiente para, desde logo, e por si só, desconstituir referidos atos singulares, que desafiam a edição de ato administrativo com essa finalidade. No caso em discussão no presente parecer, os atos singulares de nomeação não poderão ser revistos, salvo mediante a instauração do devido processo administrativo ou da provocação do Poder Judiciário, de sorte que estão a salvo de desconstituição sem a preliminar manifestação do direito de defesa dos implicados.

Este é o Parecer, s.m.j.