

## A NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL E SEUS EFEITOS:

CONSIDERAÇÕES SOBRE A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
PROFERIDA NO RE n° 122.202

**Gilmar Ferreira Mendes**

Procurador da República. Professor da Universidade de Brasília.

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília.

Doutor em Direito pela Universidade de Münster – RFA.

### SUMÁRIO

1. Introdução 2. A Nulidade da Lei Inconstitucional 3. A nulidade *ipso jure e ex tunc* 4. A nulidade da lei e os atos singulares praticados com base na lei inconstitucional 5. Conclusão  
Bibliografia

## 1 INTRODUÇÃO

Em acórdão recém-publicado, o Supremo Tribunal Federal vem de afirmar que a retribuição de servidor público declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período da validade inquestionada da lei, tal como se lê na ementa do acórdão:

*“Recurso Extraordinário. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade em tese pelo Supremo Tribunal Federal. Alegação de Direito Adquirido. Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência do pagamento de gratificação mesmo após a decisão erga omnes da Corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade*

*inquestionada da lei de origem – mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário provido em parte<sup>1</sup>”.*

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

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

A decisão mais recente, também relativa à remuneração de magistrados, retrata entendimento no sentido de que “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<sup>3</sup>”.

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

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

## 2 A NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL

O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas<sup>4</sup>. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual “*the unconstitutional statute is not law at all*”<sup>5</sup>,

1 RE nº 122.202. Relator: Ministro Francisco Rezek, DJ 08.04.94.

2 RE nº 105.789. Relator: Ministro Carlos Madeira. RTJ nº 118, p. 301.

3 RE nº 122.202. Relator: Ministro Francisco Rezek, DJ 08.04.94.

4 Barbosa, Rui. Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo. in: *Trabalhos Jurídicos*. p. 70-71; Idem. *O Direito do Amazonas ao Acre Septentrional*, vol. I, p. 103; Campos, F. *Direito Constitucional*, 1956, vol. I, p. 430-431; Buzaid, A., *Da Ação Direta*, p. 130-132; Nunes, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, p. 589.

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

significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se em favor da equiparação entre *inconstitucionalidade e nulidade*. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição<sup>6</sup>.

A recepção da doutrina americana não contribuiu significativamente para o desenvolvimento de uma teoria da nulidade da lei inconstitucional no Direito brasileiro. Também a fundamentação dogmática da chamada nulidade de pleno direito *ou ipso jure* jamais se afigurou precisa entre nós. Assim, constatou Lúcio Bittencourt que os constitucionalistas brasileiros não lograram fundamentar nem a eficácia *erga omnes*, nem a chamada retroatividade *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal<sup>7</sup>.

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

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

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

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

<sup>6</sup>Cf. Buzaid, Alfredo, Da Ação Direta, p. 128-132.

<sup>7</sup>Bittencourt, Controle Jurisdicional da Constitucionalidade, p. 141.

<sup>8</sup>Cf. Bittencourt, Carlos Alberto Lúcio, Controle Jurisdicional da Constitucionalidade, p. 140-141.

Sem dispor de um mecanismo que emprestasse *força de lei* ou que, pelo menos, conferisse caráter vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal para os demais tribunais tal como o “*stare decisis*” americano, contentava-se a doutrina brasileira em ressaltar a evidência da nulidade da lei inconstitucional<sup>9</sup> e a obrigação dos órgãos estatais de se absterem de aplicar disposição que teve a sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup>. O constituinte de 1934 introduziu a chamada *suspensão de execução da lei* através do Senado Federal (art. 91, inciso IV) com o propósito inequívoco de emprestar força normativa às declarações de inconstitucionalidade proferidas incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal<sup>11</sup>. Esse instituto foi incorporado à Constituição de 1946 (art. 64), à Constituição de 1967/69 (art. 42, VII), e mantido na Constituição de 1988 (art. 52, X). Esse ato do Senado Federal conferia eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida no caso concreto<sup>12</sup>.

Não se contemplou, inicialmente, a possibilidade de se conferir eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal, no controle abstrato de normas<sup>13</sup>. O Tribunal limitava-se, tal como no controle incidental, a informar o Senado Federal sobre a declaração de inconstitucionalidade também no processo de controle abstrato de normas. A este caberia decidir sobre a definitiva suspensão da aplicação da lei declarada inconstitucional<sup>14</sup>.

Posteriormente, passou o Tribunal a admitir que as decisões de inconstitucionalidade proferidas no processo de controle abstrato de normas ti-

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

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

11 Cf., a propósito, Prado Kelly, *Discurso na Assembléia Constituinte*, in: Alencar, Ana Valderes Ayres Neves de, *A Competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*, *Revista de Informação Legislativa* n° 57, 1978 (Janeiro-Março), p. 260; v., também, MS n° 16.512, Relator: Oswaldo Trigueiro, RTJ n° 38, p. 23, 28, 81.

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

13 A Proposta de emenda à Constituição n° 16, de 1965, continha cláusula que outorgava eficácia *erga omnes* às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – *As disposições de lei ou ato de natureza normativa consideradas inconstitucionais em decisão definitiva, perderão eficácia, a partir da declaração do Presidente do Supremo Federal publicada no órgão oficial da União* (Proposta de emenda, art. 5°). Essa disposição não foi, todavia, aprovada pelo Congresso Nacional, subsistindo, pois, a necessidade de que se encaminhassem as declarações de inconstitucionalidade ao Senado Federal para que se efetivasse a suspensão de execução do dispositivo declarado inconstitucional.

14 R.p. n° 933 (liminar), Rel.: Ministro Thompson Flores, RTJ n° 76, p. 342 (343).

nam eficácia *erga omnes*, deixando, assim, de submetê-las ao Senado Federal<sup>15</sup>.

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

Somente em 1977 deixou assente o Supremo Tribunal Federal que, ao contrário da decisão proferida na *representação interventiva*, a pronúncia de inconstitucionalidade no processo de controle abstrato de normas era dotada de eficácia *erga omnes*<sup>16</sup>. Essa orientação foi fixada de forma definitiva em 1975, em resposta a uma consulta formulada pelo Senado Federal<sup>17</sup>. Segundo a orientação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, a eficácia *erga omnes* da pronúncia de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato de normas estava vinculada, fundamentalmente, à natureza do processo e, independia, portanto, de qualquer fundamento legal<sup>18</sup>.

Desde então, não mais se coloca em dúvida, na doutrina<sup>19</sup> e na jurisprudência, a eficácia *erga omnes* da pronúncia de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato de normas<sup>20</sup>. Uma alteração posterior do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal deixou assente que, apenas na hipótese de decisão proferida no controle incidental de normas (art. 178)<sup>21</sup>, estava a Corte obrigada a informar o Senado Federal sobre a declaração de inconstitucionalidade.

15 Parecer do Ministro Rodrigues Alckmin, Sessão Administrativa de 19.06.1974, DJ de 16.05.1977, p. 3124; Parecer do Ministro Moreira Alves, de 11.11.1975, DJ 16.05.1977, p. 3123; Ver. também, Bandeira de Mello, O. A. Teoria das Constituições Rígidas, 1980, p. 213. Em 18 de abril de 1977, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Thompson Flores, determinou que as comunicações ao Senado Federal, para os fins do art. 42, VII, da Constituição de 1967/69, se restringissem às declarações de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum* (Cf. Alencar, A Competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos inconstitucionais, Revista de Informação Legislativa nº 57, 1978, p. 260 (305).

16 Parecer do Ministro Rodrigues Alckmin, de 19 de junho de 1974, in: DJ de 16.05.1977, p. 3124.

17 Parecer do Ministro Moreira Alves, de 11 de novembro de 1975, in: DJ de 16.05.1977, p. 3123; v. também Bandeira de Mello, O. A., Teoria das Constituições Rígidas, p. 213.

18 Parecer do Ministro Moreira Alves, de 11 de novembro de 1975, in: DJ de 16.05.1977, p. 3123.

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

20 Cf., a propósito, Silva, J. A. da, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 52-53.

21 Regimento Interno do STF na versão de 15.10.80.

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

### 3 A NULIDADE *IPSO JURE E EX TUNC*

Se o Supremo Tribunal Federal chegar à conclusão, no processo de controle abstrato de normas, de que disposições do direito federal ou do direito estadual revelam-se incompatíveis com a Constituição, então ele as declarará inconstitucionais. A fórmula de censura vem expressa normalmente nos seguintes termos:

*“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar procedente a Representação, declarando-se a inconstitucionalidade do art.... da Lei...”*<sup>23</sup>.

Ou ainda:

*“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos. (...) julgar procedente a Representação”*<sup>24</sup>.

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

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

22 Silva, J. A. da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 52; Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, p. 33-35.

23 Cf., também, Rp. n° 1305. Relator: Ministro Sydney Sanches, RDA n° 170, p. 46.

24 Cf. Rp. n° 971. Relator: Ministro Djaci Falcão, RTJ n° 87, p. 758.

25 Rp. n° 971. Relator: Ministro Djaci Falcão, RTJ n° 87, p. 758; RE n° 93.356, Relator: Leitão de Abreu, RTJ n° 97, p. 1369; Rp. n° 1016, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n° 95, p. 993; Rp. n° 1077. Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n° 101, p. 503.

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

Consoante essa orientação, admite-se que todos os atos praticados com base na lei inconstitucional estão igualmente eivados de iliceidade<sup>27</sup>. Essa orientação, que já era dominante antes da adoção do controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro<sup>28</sup>, adquiriu, posteriormente, quase o significado de uma verdade axiomática<sup>29</sup>.

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

É interessante registrar a síntese da argumentação desenvolvida pelo eminente Magistrado:

*“Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo ab initio ato legislativo que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta nulidade. Como, entretanto, em princípio, os*

27 Recurso de MS nº 17.076, Relator: Ministro Amaral Santos, RTJ nº 55, p. 744.

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

29 Cf., também, Recurso de MS nº 17.076, Relator: Ministro Amaral Santos, RTJ nº 55, p. 744; RE nº 103.619, Relator: Ministro Oscar Corrêa, RDA nº 160, p. 80.

30 RE nº 79.343, Relator: Ministro Leitão de Abreu, RTJ nº 82, p. 791 (795).

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

32 RE nº 79.343, Relator: Ministro Leitão de Abreu, RTJ nº 82, p. 791 (795).

33 RE nº 79.343, Relator: Ministro Leitão de Abreu, RTJ nº 82, p. 791 (795).

*efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos de orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere a **Corpus Juris Secundum**, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação de inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo”<sup>34</sup>.*

Essa orientação não provocou qualquer mudança no entendimento anterior relativo à nulidade *ipso jure*<sup>35</sup>, até porque, consoante orientação do Supremo Tribunal Federal, o princípio da supremacia da Constituição não se compadece com uma orientação que pressupõe a validade da lei inconstitucional<sup>36</sup>. O reconhecimento da validade de uma lei inconstitucional – ainda que por tempo limitado – representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição<sup>37</sup>. A lei inconstitucional não pode criar direitos, nem impor obrigações, de modo que tanto os órgãos estatais como o indivíduo estariam legitimamente autorizados a negar obediência às prescrições incompatíveis com a Constituição<sup>38</sup>.

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

Na Assembléia Constituinte de 1986-88, foi proposta a introdução de dispositivo que autorizava o Supremo Tribunal Federal a determinar se a lei que teve sua inconstitucionalidade declarada no controle abstrato de normas

34 Cf. RE nº 79.343. Relator: Ministro Leitão de Abreu, RTJ nº 82, p. 791 (795).

35 Cf. RE nº 93.356. Relator: Ministro Leitão de Abreu, RTJ nº 97, p. 1369.

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

37 Rp. nº 980, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ nº 96, p. 496 (508).

38 Rp. nº 980, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ nº 96, p. 496 (508).

39 Cf. RE nº 103.619, Relator: Ministro Oscar Corrêa, RDA nº 160, p. 80 s.



haveria de perder eficácia *ex tunc*, ou se a decisão deixaria de ter eficácia a partir da data de sua publicação<sup>40</sup>. Esse projeto, que observava, em linhas gerais, o modelo estabelecido no art. 282, § 4º, da Constituição Portuguesa<sup>41</sup>, foi rejeitado<sup>42</sup>.

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

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

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

O poder de que dispõe qualquer juiz ou tribunal para deixar de aplicar a lei inconstitucional a um determinado processo (Constituição, arts. 97 e 102, inciso III, "a", "b" e "c") pressupõe a invalidade da lei e, com isso, a sua nulidade. A faculdade de negar a aplicação à lei inconstitucional corres-

40 O Projeto do Senador Maurício Corrêa estabelecia, *verbis*:

"Art. 127 .....

§ 2º Quando o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, determinará se eles perderão eficácia desde a sua entrada em vigor, ou a partir da publicação da decisão declaratória" (Cf. a propósito, Silveira, José Néri da, *A Dimensão Política do Judiciário*, in: *Arquivos do Ministério da Justiça* n° 173 (1988), p. 46 (55); Falcão, Djaci, *O Poder Judiciário e a Nova Carta Constitucional*, in: *Arquivos do Ministério da Justiça* n° 173, p. 25 (29).

41 O art. 282 (4), da Constituição portuguesa:

"Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n° 1 e 2".

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

43 Cf., a propósito, MI n° 107, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n° 133, p. 11 s.

ponde ao direito do indivíduo de recusar-se a cumprir a lei inconstitucional, assegurando-se-lhe, em última instância, a possibilidade de interpor o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal contra decisão judicial que se apresente, de alguma forma, em contradição com a Constituição (art. 102, III, "a")<sup>44</sup>.

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

Nessa medida, é imperativo concordar com a orientação do Supremo Tribunal Federal que parece reconhecer *hierarquia constitucional* ao postulado da nulidade da lei incompatível com a Constituição<sup>45</sup>.

#### 4 A NULIDADE DA LEI E OS ATOS SINGULARES PRATICADOS COM BASE NO ATO NORMATIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL

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

Embora a ordem jurídica brasileira não contenha regra expressa sobre o assunto e se aceite, genericamente, a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de iliceidade<sup>47</sup>, concede-se proteção

44 Cf., a propósito, Rp. nº 980. Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ nº 96, p. 496 (508).

45 Cf., a propósito, Rp. nº 980. Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ nº 96, p. 496 (508); RE nº 103.619. Relator: Ministro Oscar Corrêa, RDA nº 160, p. 80 s.

46 § 79 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*:

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

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

47 Cf., a propósito, RMS nº 17.976. Relator: Ministro Amaral Santos, RTJ nº 55, p. 744.

ao ato singular, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (*Normebene*) e no plano do ato singular (*Einzelaktebene*) através das chamadas *fórmulas de preclusão*<sup>48</sup>.

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

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

Nos termos do art. 621 do Código de Processo Penal, a revisão pode ser proposta a qualquer tempo se a sentença condenatória for contrária a texto expresso da lei penal. Esse fundamento abrange, inequivocamente, a sentença penal condenatória proferida com base na lei inconstitucional<sup>50</sup>.

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

Assim, enquanto no modelo consagrado pelo § 79, (2), da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, admite-se a possibilidade de que a execução de sentença calcada em lei inconstitucional seja impugnada mediante embargos à execução (Código de Processo Civil Alemão, § 767), a impugnação de sentença trântisa em julgado, no sistema brasileiro, somente há de se verificar por via de ação rescisória.

Em julgado de 13 de setembro de 1968, explicitou-se essa orientação:

*“A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo impróprio o mandado de segurança (...).”*<sup>52</sup>.

48 Ipsen, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Normen und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, p. 174 s.

49 Cf. RE nº 86.056, Relator: Ministro Rodrigues Alckmin, Diário da Justiça de 01.07.1977.

50 HC nº 45.232, Relator: Ministro Themístocles Cavalcanti, RTJ nº 44, p. 322 s.

51 MS nº 17.976, Relator: Ministro Amaral Santos, RTJ nº 55, p. 744 s.; RE nº 86.056, Relator: Ministro Rodrigues Akckmin, DJ de 01.07.1977.

52 RMS nº 17.076, Relator: Ministro Amaral Santos, RTJ nº 55, p. 744.

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

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

## 5 CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

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

---

53 RE nº 86.056. Relator: Ministro Rodrigues Alckmin, Diário da Justiça de 01.07.1977.

54 Reclamação nº 148. Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ nº 109, p. 463.

55 Cf., a propósito, RE 122.202. Relator: Ministro Francisco Rezek, DJ 08.04.94.

56 RE nº 103.619. Relator: Ministro Oscar Corrêa, in: RDA nº 160, p. 80 s.

Nem se pretenda afirmar que, na espécie, as vantagens eventualmente ingressas no patrimônio do servidor já teriam sido até mesmo despendidas<sup>55</sup>.

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

Nesse caso, todavia, tem entendido o Supremo Tribunal Federal que, *“declarada a inconstitucionalidade (...), não se pode admitir a eficácia da cobrança feita, impondo-se a repetição do cobrado indevidamente”*<sup>56</sup>. Ressalte-se que no precedente referido recusou o Supremo Tribunal entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, segundo o qual, *“se houve (...) uma prestação de serviços, fazer com que eles se tornem gratuitos, retroativamente, implicaria enriquecimento sem causa, à custa, afinal, de outros munícipes”*<sup>57</sup>.

A essa objeção respondeu o Supremo com os seguintes argumentos:

*“Se (...) a simples atuação estatal não autoriza ou convalida a cobrança ou o pagamento do tributo, fazendo necessária a imposição de taxa através de lei, não se pode reconhecer ao poder público o direito de retenção das importâncias indevidamente cobradas sob o fundamento de uma eventual prestação de serviço. Em verdade, reconhecer tal direito de retenção ao ente tributante é fazer tabula rosa do princípio da reserva legal”*<sup>58</sup>.

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

## BIBLIOGRAFIA

ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa* nº 57, 1978 (janeiro-março), p. 223 s.

57 Cf. RDA nº 160, p. 81.

58 Cf. RDA nº 160, p. 84.

- BARBOSA, Rui. Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo (reimpressão), Rio de Janeiro, 1962.
- . O Direito do Amazonas ao Acre Septentrional, vol. I, Rio de Janeiro, 1910.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis, Rio de Janeiro, Forense, 1968.
- BUZAID, Alfredo. Da Ação Direta da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, São Paulo, 1958.
- CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. Direito Constitucional, vol. I., Rio de Janeiro, 1956.
- COOLEY, Thomas M. Treatise on the Constitutional Limitations, 4ª ed., Boston, 1878.
- DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
- MI nº 107, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ nº 133, p. 11.
- Rp nº 933, Relator: Ministro Thompson Flores, DJ, 16.05.77, p. 3124.
- Rp nº 971, Relator: Ministro Djaci Falcão, RTJ nº 87, p. 758.
- Rp nº 980, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ nº 96, p. 496.
- Rp nº 1016, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ nº 95, p. 993.
- Rp nº 1077, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ nº 101, p. 503.
- Rp nº 1305, Relator: Ministro Sidney Sanches, RDA nº 170, p. 46.
- MS nº 16.512, Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro, RTJ nº 38, p. 23.
- RMS nº 17.076, Relator: Ministro Amaral Santos, RTJ nº 55, p. 744.
- RE nº 79.343, Relator: Leitão de Abreu, RTJ nº 82, p. 791.
- RE nº 93.356, Leitão de Abreu, RTJ nº 97, p. 1369.
- RE nº 103.619, Relator: Ministro Oscar Corrêa, RDA nº 160, p. 80.
- RE nº 105.789, Relator: Ministro Carlos Madeira, RTJ 118, p. 301.
- RE nº 122.202, Relator: Ministro Francisco Rezek, DJ, 08.04.94.
- Parecer do Ministro Rodrigues Alckmin, de 19 de junho de 1974 (sessão administrativa), in: DJ de 16.05.1977, p. 3124.
- Parecer do Ministro Moreira Alves, de 11.11.1975 (sessão administrativa), DJ 16.05.77, p. 3123.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 17ª ed., São Paulo, 1988.
- IPSEN, Jörn. Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden, 1980.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. Teoria das Constituições Rígidas, 2ª ed., São Paulo, 1980.
- NERY FERRARI, Regina Maria Macedo. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, 3ª ed., São Paulo, 192, p. 98.
- NUNES, José de Castro. Teoria e Prática do Poder Judiciário, Rio de Janeiro, 1943.

- POLLETTI, R. Controle de Constitucionalidade das Leis, Rio de Janeiro, 1985.
- SILVA, J. A. da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 1988.
- SILVEIRA, J. Néri da. A Dimensão Política do Judiciário in: Arquivos do Ministério da Justiça nº 173 p. 7.
- WILLOUGHBY, W. W. The Constitutional Law of the United States, vol. II. New York, 1910.

## O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Luiz Roberto Mendes Gonçalves, Doutor  
em Direito Constitucional,  
Prof. Doutor em Direito,  
Faculdade de Direito da USP

### O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

#### Evolução Histórica

A análise à implementação do desenvolvimento, em decorrência da diversidade de condições existentes em países e regiões diferentes, implica significativas modificações. As variações da ideia de progresso se fundamentam na teoria de KANT da auto-realização do homem na sociedade, que evolui gradualmente em uma federação mundial, até a visão da liberdade de HEGEL, como a realização progressiva da liberdade, entendida na perspectiva marxiana, e à noção de história de MARX, como um processo contínuo de luta entre as sempre mutáveis condições de classes, a repressão da classe oprimida e a eventual ascensão da sociedade feudal.

O momento atual, portanto, é marcado por uma grave crise mundial, que vê o bem-estar proporcionado a uma minoria, parte da população mundial, e seu contraste na situação de pobreza e miséria da maioria das sociedades humanas (sem distinção de sexo, cor, raça, religião, nacionalidade, orientação de gênero).

19 Mello, Celso de Albuquerque. Curso de Direito Constitucional, vol. 2, 1984, p. 114.

20 Spiegel, Henry William. Revista Brasileira de Direito Constitucional, 2, jul./ago. de 1992. Teoria de Desenvolvimento Econômico.