

DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL EFICÁCIA DAS DECISÕES

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Tive oportunidade de participar da Comissão de juristas que elaborou o projeto da lei 9.882/99, que dispõe sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do artigo 102 §1º da Constituição Federal¹.

Embora, as decisões tomadas pela Comissão tenham sido quase sempre consensuais, em um ponto divergi de meus ilustres colegas Arnaldo Wald, Celso Bastos, Oscar Corrêa e Gilmar Mendes, qual seja, na extensão dada ao artigo 11, que reproduzo neste trabalho:

“Art. 11 — Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Não me parece possa ser o texto mencionado tido por constitucional, na medida em que adota princípio do direito alemão de não possível hospedagem pelo direito brasileiro.

Embora tenha sido voto vencido na Comissão, passo a expor as razões de minha inteligência sobre o dispositivo.

A norma admite que uma lei considerada inconstitucional pela arguição de descumprimento de preceito fundamental, possa ter eficácia “ex nunc” ou mesmo dilatada por tempo posterior à declaração².

O vício, portanto, da inconstitucionalidade não prevaleceria “ex tunc”, maculando a lei “ab-initio”, visto que por decisão de 2/3 de seus integrantes, o Supremo Tribunal Federal poderia “constitucionalizar” e “desconstituciona-

lizar” o mesmo texto legal, admitindo sua “inconstitucionalidade com eficácia de constitucionalidade” até a decisão, para depois declarar uma “inconstitucionalidade sem eficácia da constitucionalidade”, a partir do novo espaço temporal determinado pelo Pretório Excelso.

O dispositivo, a meu ver, fere claramente o já disposto pela Suprema Corte na ADIN 25/600, em que foi relator o Ministro Paulo Brossard.

Em seu voto, S. Exa. declara:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 21/600.

Origem: Distrito Federal — Relator: Min. Paulo Brossard — Requerente: Fed. Nac. dos Estabelecimentos de Ensino — FENEN — Requerido: Presidente da República.

Ementa: Constituição. lei anterior que a contrarie. revogação. inconstitucionalidade superveniente. impossibilidade.

A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária.

Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária.

Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido” (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, D.J. 21/11/1997, Ementário 1892-01).

Pela exegese da referida decisão, toda a lei é constitucional ou não o é e, se não o for, sua existência no mundo jurídico fica definitivamente prejudicada desde o seu surgimento.

É de se esclarecer que não se trata, no presente caso, de questionar, por exemplo, os efeitos “ex nunc”, das decisões em medidas cautelares nas ações direta de inconstitucionalidade.

Nestas liminares, que veiculam um juízo provisório da Suprema Corte, a eficácia “ex nunc”, na maioria das vezes, exterioriza o fato de, a partir daquele momento e até a decisão final, a norma ter sua eficácia suspensa. A própria

suspensão da eficácia não se confunde com *supressão da eficácia*, que ocorre só ao final³.

Não obstante, a eficácia “*ex nunc*” das decisões liminares, que, portanto, não afetam as relações já constituídas, tem a Suprema Corte entendido que nas relações, anteriores à decisão, ainda não completadas, a eficácia é “*ex tunc*”.

Escrevi neste sentido:

“O primeiro diz respeito à liminar concedida no processo cautelar da ação direta de inconstitucionalidade. Por ser da natureza dessa medida garantir os efeitos definitivos da achou — visto que no processo cautelar garante a liminar a utilidade do provimento decorrente de prestação jurisdicional principal, ao contrário da liminar em mandado de segurança, que garante o próprio direito lesado ou ameaçado — tem o S.T.F. entendido desde a Representação 1391/CE, que os efeitos da liminar são “*ex nunc*” e não “*ex tunc*”.

A primeira vista, poder-se-ia admitir, numa aproximação menos avisada, que tais efeitos permitiriam a existência de uma dupla interpretação, semelhante ao direito alemão, isto é, de que a norma seria constitucional e inconstitucional, sendo constitucional até a decretação de sua suspensão e inconstitucional a partir dela. Seria uma espécie de norma material hermafrodita, com duplo e simultâneo perfil de constitucionalidade e inconstitucionalidade, durante a vigência da liminar.

Em outras palavras, numa visão mais apressada, aquela decisão tem sido interpretada *como se a norma material — não a processual — fosse constitucional e inconstitucional no tempo, valendo sua constitucionalidade anterior na plenitude até a declaração de sua inconstitucionalidade.*

Meridianamente, não foi isto que a Suprema Corte decidiu naquela ocasião.

O que tem decidido a Suprema Corte, nas liminares concedidas contra o Poder Público no processo cautelar de ações diretas, é que a liminar suspende a eficácia e a vigência da norma, mas não desconstitui ainda as relações jurídicas *constituídas e completadas*. Em outras palavras, as relações jurídicas já constituídas, à luz de um direito tido por constitucional, não serão desconstituídas por força da medida liminar, mas apenas pela decisão definitiva ou pela discussão em sede de controle difuso.

Se a mera suspensão da vigência e eficácia da norma com efeitos “*ex nunc*” exteriorizasse a constitucionalização desta norma no tempo pretérito, atingido estaria o próprio direito à discussão da relação jurídica conformada pela norma, via controle difuso, visto que ao declarar, o Supremo Tribunal Federal, a norma inconstitucional, para o futuro, *consolidaria* a sua constitu-

cionalização da norma para o tempo pretérito, aberração inadmissível no direito pátrio.

E, à nitidez, fosse correta esta exegese, a eficácia “ex nunc” e o efeito vinculante teriam, de forma absoluta, assegurado a inconstitucionalidade futura, vedando ao Poder atuar de acordo com a norma, e garantido ao Poder Público a constitucionalidade pretérita, sem qualquer direito do cidadão, seja via controle difuso, seja pela negativa de cumprimento de lei ou ato não constitucional, de opor-se à norma tida por violadora da lei suprema.

Nada seria tão ilógico quanto ofertar esta visão de hermafroditismo jurídico, com dupla conformação da norma, a de ser e não ser constitucional no tempo.

Há, portanto, que distinguir os dois efeitos da liminar, ou seja, o primeiro de suspender a vigência e eficácia da norma a partir daquele momento e o segundo, o de considerar aquela norma inconstitucional desde o início, não se admitindo existência ou não do vício, à luz do enfoque temporal.

E, à nitidez, se há suspensão da eficácia e vigência “ex nunc”, a desconstituição de situações definitivas só se dará após a decisão definitiva na ação principal.

O que em nenhum momento, em face dos elementos atrás apresentados, pode-se admitir, é a complementação de relação ainda não definitivamente constituída ou completada, após o julgamento da medida cautelar em sentido contrário.

Neste ponto, há de se considerar uma dupla face do mesmo assunto.

Se, à luz do direito tido por inconstitucional, tiver sido relação jurídica constituída e completada, nem por isto, em sede de controle difuso de constitucionalidade, estará o prejudicado pela constituição impedido de contestar tal situação, correndo o processo judicial seu caminho normal para que se manifeste o Poder Judiciário sobre a materialidade do direito para o que há de se levar em consideração —sem ainda estar obrigado de forma vinculada— a sinalização da Suprema Corte.

Se, todavia, a relação jurídica não tiver sido definitivamente constituída e completada, à evidência, não poderá o Poder Público tentar completá-la sob a alegação de que a eficácia da medida vale para o futuro e que a norma que lastreou seu pedido seria constitucional para o passado.

Nesta hipótese, à evidência, poderá o Poder Público ser tido por litigante de má-fé, visto que pretende completar uma relação jurídica —ainda não constituída ou completada— lastreada em norma tida por inconstitucional pela Suprema Corte, isto é, pretende exigir o cumprimento de uma norma tida por inconstitucional, no seu aspecto material.

Visualizo, com notável clareza, uma nítida distinção entre a norma tida por inconstitucional “ex tunc” e os efeitos da liminar sobre as relações constituídas e completadas que são “ex nunc”, sem prejuízo de sua contestação, via controle em concreto.

Cristalinamente, todavia, relação jurídica não constituída ou não completada à luz do direito pretérito, não poderá, após a decretação da inconstitucionalidade de norma, mesmo em sendo de medida liminar, ser constituída ou completada, como se vigente fosse ainda aquele direito.

Não há como confundir a estruturalidade da norma, que é ou não é constitucional “ex tunc”, com a suspensão de sua vigência e eficácia, que se dá só para estes efeitos “ex nunc”⁴.

Quando da liminar concedida para suspender a eficácia do Convênio 66/88 quanto as companhias de navegação aérea, houve por bem o Supremo Tribunal Federal decidir que, as execuções ajuizadas anteriormente ao provimento cautelar, deveriam restar suspensas não podendo os Estados exigir o ICMS até a decisão do mérito da ADI, nada obstante a liminar ter eficácia “ex nunc”.

O Ministro Octávio Gallotti, com pertinência, ao decidir o caso das companhias aéreas, em que o governo do Amazonas solicitou cobrança do ICMS anterior, após a concessão da liminar da ADIN 1089/92 proposta pela Procuradoria Geral da República, declarou:

“Suspensão de segurança nº 726-2/amazonas

Reqte.: Estado do Amazonas

(Advs.: Oldeney Sá Valente e outro).

Reqdo.: Relator do Mandado de Segurança nº 29400700-8 do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

Impte.: Viação Aérea São Paulo S/A — VASP

(Advs.: Ives Gandra da Silva Martins e outro).

Despacho: — 1. Pela liminar ora atacada, foi suspenso o pagamento de parcelas da dívida fiscal, referente ao ICMS incidente sobre transporte aéreo.

2. Reconheço o relevo da tese do Estado requerente, quando invoca o princípio constitucional da garantia do ato jurídico perfeito, no caso representado pelo acordo, judicialmente homologado, que dispôs sobre o parcelamento.

3. Em termos, porém, de juízo de suspensão de liminar, não posso considerar satisfeito o pressuposto da grave lesão à economia pública, pelo simples adiamento da arrecadação de um tributo sujeito à repetição na hipótese, sem dúvida plausível, de vir a ser declarada a inconstitucionalidade de sua exigên-

cia, já provisoriamente admitida pelo Supremo Tribunal, ao conceder medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (ADIn nº 1.089, sessão de 4-8-94).

Indeferido o pedido. Publique-se.

Brasília, 19 de dezembro de 1994.

Ministro Octavio Gallotti — Presidente”.

Como se percebe, não há, na “suspensão provisória” de eficácia de lei suspeita de inconstitucionalidade, a aceitação da tese de que a lei pode ser inconstitucional para o futuro e ter “eficácia de ato legislativo constitucional” para o passado, apesar de violadora da Lei Maior.

O artigo 11, portanto, nitidamente afronta a tradição do direito brasileiro de que a norma ou é constitucional ou não o é.

Sendo dedicado a disciplinar à declaração final de inconstitucionalidade — pois se refere ao processo de arguição de preceito fundamental — o dispositivo fere o direito brasileiro e a própria orientação da Suprema Corte de que ou as normas são constitucionais e têm eficácia, ou são inconstitucionais e não têm eficácia ⁵.

Se uma norma tiver sido afastada do cenário jurídico nacional pelo vício maior da inconstitucionalidade, não há como considerar seus efeitos válidos, como se constitucional fosse no passado ou — o que é pior — mantê-los com validade ainda por um certo período de tempo, como ocorre no direito germânico, de conformação diversa do direito brasileiro.

Apesar de, nos casos de prestações de natureza alimentar tenha a Suprema Corte outorgado eficácia “ex-nunc” a decisões definitivas, proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade, o fato decorreu da teoria da impossibilidade material, isto é, da impossibilidade de devolução dos benefícios, por quem os recebeu.

Neste caso, prevalece não a eficácia da norma anterior, tida por inconstitucional, mas os efeitos irreversíveis que provocou, à luz da impossibilidade material de devolução do recebido.

Fora desta hipótese de irreversibilidade de “fato criado” não há como admitir, no direito brasileiro, que norma inconstitucional tenha eficácia de norma constitucional, por determinação da Suprema Corte.

Parece-me, pois, inconstitucional o artigo 11, que pretende, contra a jurisprudência da Suprema Corte e toda a tradição do direito brasileiro, dar eficácia de norma constitucional à lei declarada definitivamente inconstitucional, atribuindo efeito “ex nunc” à decisão que declara a inconstitucionalidade ou ainda postergando tal efeito para o futuro⁶.

É matéria que merece reflexão.

NOTAS

1. Celso Ribeiro Bastos escreve: “A atual Constituição criou, na regra sob comento, a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. Inicialmente, essa regra estava prevista no parágrafo único do art.102. Após a Emenda Constitucional nº 3/93 passou a vigorar no § 1º desse mesmo dispositivo. Sem dúvida nenhuma, o novo instituto é mais um componente do sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade, mais precisamente, situado na seara da inconstitucionalidade por omissão.

Descumprir um mandamento constitucional significa tanto um não atuar, como um atuar de forma insuficiente, ou desobediente.

Para Oscar Dias Corrêa, “Cabe exclusiva e soberanamente ao STF conceituar o que descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, porque promulgado o texto constitucional é ele o único, soberano e definitivo intérprete, fixando quais os preceitos fundamentais, obediente a um único parâmetro — a ordem jurídica nacional, no sentido mais amplo. Está na sua discricção indicá-los” (A Constituição de 1988, contribuição crítica, 1ª ed., Forense Universitária, 1991, p.157).

O Texto Constitucional consagra como princípios fundamentais (art. 1º): a forma federativa do Estado; o voto direito, secreto, universal e periódico; a separação de poderes; os direitos e garantias individuais, vedando a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir qualquer um desses princípios (art. 60, § 4º), vigas-mestras do Estado democrático brasileiro. Deles defluem, naturalmente, outros princípios, também fundamentais, na medida em que asseguram a estabilidade da ordem jurídica nacional, como, por exemplo: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa, o pluralismo político, a distribuição de competências entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, as garantias da ordem econômica e financeira, a proteção à criança, à velhice, aos menos afortunados” (Comentários à Constituição do Brasil, 4º volume, Tomo III, 2ª ed., Ed. Saraiva, 2000, p. 239).

2. André Tavares em sua tese de doutoramento “Da argüição de descumprimento de preceito fundamental”, no prelo, às páginas 239 escreve: “A decisão proferida em sede de controle concentrado produz coisa julgada oponível *erga omnes*, ou seja, seus efeitos estendem-se para além das partes envolvidas no processo.

Mas a coisa julgada, por si só, não tem o condão de impedir que o Legislativo ou mesmo o Poder Judiciário edite novo ato normativo (ou comportamento) anteriormente declarado (reconhecido) inconstitucional (ou descumpridor da Constituição) em controle concentrado de constitucionalidade.

Daí estabelece-se o efeito vinculante, inclusive para a argüição, na qual está em jogo preceito constitucional fundamental. Neste caso, a adoção do referido efeito é medida que se impõe pela natureza das coisas”.

3. No momento da decisão final, como ensina Gilmar Ferreira Mendes: “Como observado, é possível que o Tribunal reconheça a improcedência da ação declaratória de constitucionalidade. Nesse caso, terá de declarar a inconstitucionalidade da norma objeto da ação.

Em face dos termos expressos do texto constitucional, não subsiste dúvida de que a decisão de mérito — reconheça ela a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade — é dotada de eficácia contra todos. Significa dizer que, declarada a inconstitucionalidade de uma norma, na ação declaratória de constitucionalidade, deve-se reconhecer, *ipso jure*, a sua imediata eliminação do ordenamento jurídico.

Eventual aplicação dessa norma após a declaração de inconstitucionalidade equivaleria à aplicação de cláusula inexistente” (Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ed. Saraiva, 1994, p. 98).

4. (Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nº 2, volume 7, abril/junho 1995, p. 97/98).

5. Gilmar Ferreira Mendes, lembra as origens do projeto final que resultou na lei: “Esse projeto foi submetido à apreciação do Professor Celso Bastos, que entendeu que já havíamos evoluído bastante na formulação do novo instituto. Afigurava-se recomendável que o tema fosse submetido a uma Comissão de especialistas. A sugestão foi levada à consideração do Ministro Íris Resende, da Justiça, que, em 4 de julho de 1997 editou a Portaria nº 572, publicada no D.O.U de 7 de julho de 1997, instituindo comissão destinada a elaborar estudos e anteprojeto de lei que disciplinasse a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Foram designados, para compor esta comissão: o Prof. Celso Ribeiro Bastos (Presidente), o autor deste artigo, o Prof. Arnoldo Wald, o Prof. Ives Gandra Martins e Prof. Oscar Dias Corrêa. Após intenso debate realizado em São Paulo, a comissão chegou ao texto final do anteprojeto. Assim, encerrados os trabalhos da comissão, o Prof. Celso Bastos encaminhou o anteprojeto, acompanhado de relatório, ao Ministro da Justiça.

A proposta de anteprojeto de lei cuidou dos principais aspectos do processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos e para os efeitos do disposto no § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Estabeleceu-se o rito perante o STF, elencando-se os entes com legitimidade ativa, fixando-se os pressupostos para suscitar o incidente, bem como estabelecidos os efeitos da decisão proferida e sua irrecorribilidade.

Tendo em vista que os disciplinamento do instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental afetava as atribuições do STF, resolveu-se colher a opinião do Tribunal, em 4 de maio de 1998, mediante o aviso nº 0624, do Ministério da Justiça, dirigido ao presidente, Ministro Celso de Mello, que respondeu o referido aviso em 7 de maio de 1998, por meio do Ofício nº 076/98, informando ter encaminhado cópias do texto do anteprojeto para todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Em 30 de junho de 1998, o trabalho realizado pela comissão Celso Bastos foi divulgado e, artigo publicado na Revista Consulex nº 18, ano II, vol. I, p. 18/21, sob título “Preceito fundamental: arguição de descumprimento”.

6. Volto a lembrar que a eficácia “ex nunc” das liminares em controle concentrado de sua “suspensão” e não da “eliminação” da norma, como decidiu a Suprema Corte. A ementa do acórdão é a seguinte: “Representação nº 1.391/CE. (Questão de Ordem). (Tribunal Pleno). (Liminar na RTJ 121/904).

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Moreira Alves.

Representante: Procurador-Geral da República.

Representados: Governador e Assembléia Legislativa do Estado do Ceará.

Representação de inconstitucionalidade. Questão de ordem.

A eficácia da liminar, que, em representação de inconstitucionalidade, suspende a vigência da lei argüida como inconstitucionalidade, é tão-somente ex-nunc, operando, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere.

Questão de ordem que se decide com a declaração de que é “ex nunc” a eficácia de liminar concedida em representação de inconstitucionalidade” (Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 124, 1988, p. 80).