LEI — DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE — EFEITOS

— A declaração de inconstitucionalidade atinge a lei desde o seu nascimento, retirando-lhe qualquer efeito.

PARECER

I

Os requerentes — entre os quais figuram dois ilustres companheiros — obtiveram, com base na Lei n.º 824/65, apostilas em que se lhes assegurava a incoporação de vencimentos de cargos em comissão.

A administração, no entanto, sob o fundamento de que aquela lei era inconstitucional pela ausência da indispensável iniciativa do Governador, suspendeu os efeitos dessas apostilas e deu início ao processo de declaração direta da inconstitucionalidade do aludido diploma legal. Esse procedimento veio, afinal, a ser acolhido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal (representação n.º 699-GB), para considerar dita lei inconstitucional.

Alguns dentre os atingidos pelo cancelamento das apostilas — que são os peticionários — voltam, agora, para pleitear a manutenção dos mesmos atos, e o fazem estribados nas razões seguintes:

a) que a Lei n.º 824/65 "teve eficácia e produziu efeitos";

b) que "o acolhimento da representação n.º 699-GB não implicou *nulidade* da Lei n.º 824, mas em sua *revogação*, sendo assim *válidos* e *eficazes* todos os atos praticados com base naquela lei, *enquanto vigente e até a data de sua revogação*".

Ainda em apoio à tese que defendem, os interessados indicam a lição de C. A. Lúcio Bittencourt, que seria favorável ao critério segundo o qual o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei opera como revogação, com efeitos, portanto, *ex nunc*, de onde se concluiria que teve ela validade e produziu efeitos enquanto não foi assim *revogada*.

Por fim, citam doutrina e jurisprudência onde se diz que as leis são presumidamente válidas *até* que os tribunais decidam o contrário.

II

Primeiramente, cabe dizer-se que não é merecedor de censura o ato do Executivo que antecipando-se, no caso, ao reconhecimento judicial da inconstitucionalidade, suspendeu os efeitos de apostilas calcadas em *lei elaborada em total desconformidade com os ditames da Constituição*.

Veja-se a lição da Corte Suprema quando diz que:

— "É lícito aos Poderes Legislativo e Executivo anularem os próprios atos, quando inconstitucionais" (rec. extr. n.º 61.342, Rel. Min. Eloy da Rocha, *in Rev. de Dir. Administrativo*, v. 93, p. 191-3);

— "Os Poderes Legislativo e Executivo podem anular seus próprios atos quando os considerem inconstitucionais. Entretanto, a palavra derradeira, a respeito, caberá ao Poder Judiciário, sempre que oportunamente provocado" (rec. de mand. de segurança n.º 7.243, Rel. Min. Luís Gallotti, *Rev. de Dir. Adm.*, v. 59, p. 338-53).

Confiram-se mais os seguintes arestos do Excelso Pretório: rec. em mand. de seg. n.º 2.497, *in Rev. de Direito Adm.*, v. 42, p. 230; rec. em mand. de seg. n.º 4.221, *in Rev. Trim. de Jurisprudência*, v. 2, p. 386; representação n.º 542, do Rio Grande do Norte, *D.J.* de 26/9/63, p. 910-1.

O mesmo entendimento foi assentado pela Consultoria-Geral da República, em parecer que tem a ementa seguinte: "A tese de que o Poder Executivo pode e deve negar cumprimento a leis que julgar inconstitucionais é francamente vitoriosa" (*Rev. de Dir. Adm.*, vl. 82, p. 358-64).

III

O ponto nodal da questão é, porém, outro: o de se verificar a exatidão do que dizem os requerentes quanto à extensão e aos efeitos da declaração da inconstitucionalidade da lei; se esse resultado (o da inconstitucionalidade) tivesse efeitos *ex nunc*, seriam subsistentes aquelas apostilas declaratórias do suposto direito a eles conferido pela malsinada lei.

Nesse problema dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, há que se pôr desde logo em destaque a existência, no direito constitucional, de dois grandes sistemas:

1.º) de tipo europeu, das chamadas constituições flexíveis, em que à lei inconstitucional se reconhece existência e são garantidas as suas conseqüências jurídicas até a constatação de sua inconstitucionalidade, que opera *ex nunc*;

2.º) o sistema norte-americano, em que uma vez reconhecida a inconstitucionalidade da lei, tem essa declaração, necessariamente, efeitos *ex nunc*, pois

a lei expedida em contravenção com a Constituição não existe para o direito e nenhum resultado produz.

Aliás, não consta que nos Estados Unidos se venha pondo em dúvida, pelo menos neste século, que ato do Legislativo, expedido em desacordo com a Lei Maior, possa ter outro efeito que o *ex tunc*: "Hoje *ninguém* ousaria ali contestar esse axioma, sobre o qual assenta a harmonia dos poderes políticos na Constituição americana" (Buzaid. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 129).

A lição da doutrina e da jurisprudência norte-americanas, nesse passo, constitui até monótona reiteração desde o clássico voto de Marshall no caso Marbury *v.* Madison (v. *Decisões Constitucionais*, 1903, trad. de Américo Lobo, p. 1-29), até os intérpertes que se lhes seguiram. Veja-se por exemplo, Cooley: "When a statute is adjudget to be unconstitucional, it is as if it had never been. Rights cannot be built up under it; contracts which depend upon it for their consideration are void; it constitutes a protection to no one who has acted under it, and no one can be punished for having refused obedience to it before the decision was made" (*Constitutional Decisions*, 1890, p. 222).

Willoughby, no seu magistério, demonstra, inclusive, que quando a lei é declarada inconstitucional não se a está, em rigor, anulando, porque isso seria aditir-se degraus de validade legal. Pensar de modo diverso — dizia ele — constituiria um ilogismo, pois o ato impugnado seria lei e ao mesmo tempo não o seria; por isso, a corte, quando repele o texto viciado, está "... simply declared never to have been law at all, never to have been, in fact..." (*On the Constitution*, v. 1.º, 1910, p. 10).

E o grande constitucionalista invoca a definição do Juiz Fields no caso Norton *v.* Selby Co.: "An unconstitutional act is not a law, it confers no rights, it imposes no duties, it affords no protection, it creates no office; it is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed" (idem, ibidem).

IV

O sistema constitucional brasileiro, como é de trivial sabedoria, filia-se, desde as origens da República, ao dos Estados Unidos, cujos princípios marcaram profundamente a Constituição de 1891, como fruto da doutrinação de Rui Barbosa, e se repetiram nas Cartas de 1946 e 1964.

No que toca particularmente ao problema da declaração da inconstitucionalidade de lei, a lição da doutrina e jurisprudência pátrias sempre se orientou, tranqüilamente, para o mesmo entendimento dos grandes publicistas americanos no sentido de jamais negar efeitos *ex tunc* àquela declaração, mormente quando esse resultado se obtém por via do *instituto da representação e a inconstitucionalidade decorreu exatamente durante o processo legislativo.*

Já Rui Barbosa invocava a lição de Marshall, para mostrar que o admitir-se efeitos à Lei inconstitucional implicaria em se negar vigência, no mesmo período, à Constituição Federal, cujas regras ela havia contraditado.

Verifique-se Alfredo Buzaid, quando mostra, nesse passo, a identidade dos sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano: "O que afirma, em suma, a doutrina americana e brasileira é que a *lei inconstitucional não tem eficácia*, desde o seu berço, e não a adquire jamais com o decurso do tempo" (*Da Ação Direta da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 130).

Mas é no ensinamento lapidar do saudoso Francisco Campos, que se encontra o último desses princípios: Um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na reali-

dade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexiste de direito ou é para o Direito como se nunca houvesse existido" (*Direito Constitucional*, v. I, p. 30).

Adiante, na mesma obra, esclarece ele que quando os tribunais reconhecem a inconstitucionalidade de uma suposta lei, não a estão *anulando* ou *vetando*, e apenas declarando a sua *inexistência*. E esclarece que o efeito dessa declaração é exatamente de evitar não somente conseqüências futuras, *como de apagar todas as conseqüências já produzidas pelo ato inconstitucional*.

Aponte-se, por fim, mais uma vez o entendimentos de Buzaid: "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*. Embora executória até o pronunciamento definitivo do poder judiciária, a sentença retroage os seus efeitos até o berço da lei, valendo, pois, *ex tunc*. (idem, p. 132).

V

Na espécie, a Lei n.º 824/65 — nula desde o nascedouro, pois no seu processo legislativo faltou requisito essencial (inicativa) — jamais existiu na ordem legal, era coisa nenhuma para o direito e não teve nem produziu efeitos no mundo jurídico. Admitir-se, como fazem os ilustres requerentes, que ela teve validade até ser declarada a sua inconstitucionalidade implicaria como autêntica *contradictio in adjecto*: o ato do Legislativo seria e não seria lei, e mais, durante a sua presumida vigência, a Constituição por ele transgredida, estaria, curiosamente, com os seus efeitos suspensos, pois não poderiam coexistir os dois textos: o da Lei Maior e do ato inconstitucional que a ela se opunha.

A declaração de inconstitucionalidade da Lei n.º 824/65 operou-se, portanto, com os efeitos inerentes a esse processo, vale dizer atingindo-a no seu nascedouro, de tal sorte que nenhum resultado ela realmente produziu.

É certo que os dignos postulantes citam em seu prol escólio da obra de Lúcio Bittencourt (*Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*), em que aquele publicista teria afirmado que a declaração da inconstitucionalidade implica em revogação.

Evidentemente, os interessados não atentaram para o texto de onde foi pinçada a citação. Lucio Bittencourt eximanava então coisa totalmente diversa, a saber: "... quando a lei, tachada de incompatível com a Constituição, *já se achava em vigor* por ocasião do advento desta" (idem, p. 131).

Aí, é curial que se trata de *revogação*, como conseqüência de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, vale dizer, a partir da entrada em vigor da nova Carta Política.

Ora, aqui, no caso em plana, bem outra é a situação, pois a lei declarada inconstitucional foi expedida em 1965, contrariando normas da Constituição de 1946. Na referência de Lúcio Bittencourt, a lei preexistente antagonizou-se com a nova Constituição, foi *revogada* por infringir preceitos dessa última; aqui, a Constituição já determinava requisitos para o procedimento legislativo que não foram obedecidos na elaboração da lei: declarou-se a sua inconstitucionalidade, a sua inanidade no mundo do Direito a partir do momento mesmo em que ela surgiu.

O ponto de vista de Lúcio Bittencourt, aliás, ao contrário do que dizem os peticionários, não discrepa do pensamento dos demais juristas brasileiros. E ele o diz na mesma bora que os dignos reclamantes pretenderam trazer em abono de sua argumentação: "Tem lugar a *inexistência da lei quando na sua elaboração não foram obedecidas ou observadas as formalidades constitucionais prescritas para o processo legislativo*. O assunto já consti-

tuiu objeto de nosso estudo, em capítulo anterior, onde mostramos a inconsistência da teoria que procura distinguir as cláusulas constitucionais em mandatórias e declaratórias, evidenciando que a *inobservância das fórmulas estabelecidas pela Constituição para a feitura das leis determina a sua inconstitucionalidade, e, em conseqüência, a sua inexistência.* A lei, no caso, não é nula ou ineficaz, mas, simplesmente, inexiste como lei" (idem, p. 133).

Quanto à doutrina e à jurisprudência trazidas à colação no requerimento em exame, em nada melhoram a posição dos requerentes. Diz-se, naquelas remissões, que a lei se presume válida *até* que os tribunais decidam o contrário. Na hipótese, aquele advérbio, que garantiria a presunção da validade da lei, não pode mais ser invocado porque o Supremo Tribunal Federal já decidiu em contrário, afirmando a inconstitucionalidade da lei, e, portanto, a sua inexistência.

Diante do exposto, entendo que o pedido deve ser denegado por absoluta falta de qualquer amparo legal.

Se aprovado este parecer, e com a finalidade de melhor resguardar os interesses da administração, sugiro que a ele se dê caráter normativo, tanto mais que se trata de tese jurídica de aplicação genérica.

É o meu parecer, s.m.j. Rio de Janeiro, 26 de maio de 1971. *Petrônio de Castro Souza,* Procurador do Estado da Guanabara.