

192 44 p 56
Ives Gandra da Silva Martins

**EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Emérito da Universidade Mackenzie e Paulista,
Presidente da Academia Internacional de Direito e
Economia e do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação
do Comércio do Estado de S. Paulo.

Para número da Revista de Processo, que está sendo preparada em homenagem ao eminente processualista Sálvio de Figueiredo, decidi, embora fora da minha área de atuação como jurista, --mas não como advogado-- discutir problema ainda não pacificado na doutrina ou na jurisprudência, ou seja, a eficácia das decisões da Suprema Corte em sede de controle concentrado ou difuso (1).

(1) Lembro-me que alguns autores no livro coordenado pelo eminente Ministro do STJ, Sálvio de Figueiredo, e

No controle difuso, a questão é mais tranquila, na medida em que apenas entre as partes o julgamento tem eficácia. A extensão da decisão a outros casos seria desaconselhável. Sempre há particularidades em cada caso que podem levar o juiz e os Tribunais a decidirem de uma forma que não repetiriam em outro caso, com tese semelhante e fatos diversos.

Nosso constituinte, da mesma forma canhesta dos anteriores, exige que a retirada da norma do mundo jurídico decorra de deliberação do Senado (Resolução), nos termos do artigo 52, inciso

intitulado "As garantias do cidadão na Justiça" (Ed. Saraiva, 1993) examinaram a questão. Escreveram para o livro: Ada Pellegrini Grinover, Adhemar Ferreira Maciel, Antonio Álvares da Silva, Antonio Augusto Cançado Trindade, Aristides Junqueira Alvarenga, Arruda Alvim, Athos Gusmão Carneiro, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Celso Agrícola Barbi, Ives Gandra da Silva Martins, Jaime Greif, Jorge Miranda, José Augusto Delgado, José Carlos Barbosa Moreira, José Carlos Moreira Alves, José Joaquim Gomes Canotilho, Kazuo Watanabe, Mauro Cappelletti, Ovídio A. Baptista da Silva, Paulo José da Costa Jr., Roberto O. Berizonce, Sacha Calmon Navarro Coelho, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Vassili Christianos.

X. Transfere, pois, a suspensão definitiva da eficácia da norma para outro Poder que não o Judiciário.

A própria terminologia utilizada pelo constituinte é duvidosa, na medida em que faz menção a "suspensão de execução", quando em rigor, por ser definitiva, traz, como consequência, a retirada do universo legal da norma que perde eficácia e vigência.

Está o referido dispositivo assim redigido:

"Art. 52 Compete privativamente ao Senado Federal:

...

X. suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; ...".

Aspecto que tem sido debatido é se seria a função do Senado apenas homologatória ou se teria a faculdade de não produzir a resolução, deixando

de suspender a eficácia da norma julgada inconstitucional pela Suprema Corte (2).

Há 3 correntes sobre a matéria. Aquela que

(2) Fábio Augusto Junqueira de Carvalho e Maria Inês Caldeira Pereira da Silva ensinam: "O exercício das funções do Poder Judiciário, em contra-partida, eventualmente carece de atuação dos órgãos do Poder Legislativo para alcançar plena eficácia. Assim, quando a lei viola implícita ou explicitamente a Constituição, sendo, pois, declarada inconstitucional por decisão irrecorrível do Supremo Tribunal Federal, ao Senado Federal, órgão componente do Congresso Nacional, que exerce o Poder Legislativo, é atribuída a função de suspender a sua execução, no todo ou em parte, conforme reza o inc. X do art. 52 da Constituição Federal de 1988: "Art. 52 Compete privativamente ao Senado Federal: ... X. suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF". Como se vê, a exemplo das Constituições de 1934, 1946 e 1969, o art. 52, X, objetiva tornar inoperantes e erga omnes as leis que o Poder Judiciário deixa de aplicar por veia de inconstitucionalidade. Não é devido ou facultado ao Senado o exame e apreciação do conteúdo da decisão proferida pelo STF, não só por este não possuir poderes para tanto, mas também pelo fato de, assim o fazendo, invadir competência alheia" (ILL - art. 35 da Lei 7713 - Suspensão de executoriedade pela Resolução 82 do Senado Federal - um caso de inconstitucionalidade, Revista Dialética de Direito Tributário nº 20, p. 27).

entende ser obrigatória a produção de uma Resolução, não cabendo nenhuma alternativa ao Senado senão produzi-la. Uma segunda, que dá ao Senado Federal a faculdade de editar a resolução, mas uma faculdade-obrigação, com o que tratar-se-ia, na verdade, de um poder-dever. Por esta corrente, sua função não seria meramente executória da decisão judicial, mas decorrente de convicção de que deveria assim agir (3). E, por

(3) Celso Bastos escreveu: "O problema básico que se coloca é saber-se da discricionariedade ou vinculação do Senado na expedição do ato de suspensão. Neste sentido, três são as soluções concebíveis. A primeira propugna pela existência de discricionariedade a favor do Senado, a qual lhe permitiria agir ou deixar de fazê-lo, segundo seu próprio entendimento, no sentido do cumprimento da sua missão. Esta posição esbarra com a seguinte dificuldade: para que entregar a Constituição ao Supremo o julgamento da inconstitucionalidade das leis, se pretende, a seguir, substituir tal pronúncia por uma decisão política do Senado?

Uma segunda corrente defende a ausência de qualquer margem de apreciação de sua parte. O Senado ficaria assim reduzido a mero órgão chancelador da decisão do Supremo, o que não dá explicação do motivo pelo qual foi o Senado escolhido para desempenhar essa função, posição essa, ao que parece, endossada por Lúcio Bittencourt, quando diz que a função do Senado é dar publicidade a tal decisão.

A mais correta decisão nos parece ser aquela que atribui significado ao papel do Senado, sendo este, contudo, meramente formal. Cabe, ao nosso ver, ao Senado examinar se ocorreram os pressupostos constitucionais para a

fim, há uma terceira corrente, que entende que o Senado pode ou não produzir a Resolução, pois sendo de seu poder produzi-la, também o é não veiculá-la (4).

declaração de inconstitucionalidade. Não nos parece merecer acolhida a alegação de se tratar de questões interna corporis do Supremo.

Ao Senado incumbe justamente o indagar do respeito a todos os requisitos constitucionais. Trata-se, pois, de atividade vinculada, de exame dos requisitos formais para a suspensão da lei ou ato.

O Senado, nestas condições, em exercendo função própria do legislativo, não se pode furtar à suspensão de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal desde que se tenham verificado os requisitos para tanto.

Em caso de suspensão, "não mais pode o STF, ou qualquer Tribunal, ou juízo, aplicá-la: não é eficaz; portanto, não incide" (Comentários à Constituição do Brasil, vol. 4, tomo I, Ed. Saraiva, p. 179).

(4) No RE-150.764-1-Pernambuco, o STF recusou a eficácia "erga omnes", assim justificando o relator Senador Amir Lando a recusa: "É inconstestável, pois, que a suspensão da eficácia desses artigos de leis pelo Senado Federal, operando "erga omnes", trará profunda repercussão na vida econômica do país, notadamente em momento de acentuada crise do Tesouro Nacional e de conjugação de esforços no sentido da recuperação da economia nacional. Ademais, a decisão declaratória de inconstitucionalidade do STF, no presente caso, embora configurada em maioria absoluta nos precisos termos do art. 97 da Lei Maior, ocorreu pelo voto de seis de seus membros contra cinco, demonstrando, com isso, que o entendimento sobre a questão não é pacífico".

Lembro interessante episódio --de resto realçado pelo Ministro Sydney Sanches em palestra que fizemos juntos no 7º Seminário sobre Direito Tributário, promovido pela IOB (6/11/98 - Hotel Maksoud de São Paulo)-- que ocorreu em relação ao Finsocial, cuja instituição se deu por meio do Decreto-lei 1940/82. O Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a majoração desse tributo, após o advento da Constituição, de 0,5% para 2,0% sobre o faturamento das empresas comerciais. Entretanto, em relação às prestadoras de serviço, veio depois a entender válido o referido aumento. Ora, isso só foi possível por que em face da decisão relativa às empresas comerciais, o Senado não editou Resolução para retirar do cenário jurídico o artigo 9º da Lei 7689/88.

Considero que a tese mais adequada é aquela que, na prática, tem sido adotada pelo Senado, que ora elabora Resolução, ora não, não tendo jamais, o STF, tomado qualquer medida para tornar

obrigatória a ação do Senado (5).

Ora, enquanto o Senado Federal não produz a Resolução, a decisão do STF faz apenas direito entre as partes envolvidas na relação processual julgada, continuando a lei a vigorar, com eficácia para todos os demais sujeitos do Direito não constantes do processo.

(5) Tanya Kristyane Kozicki esclarece: "Quanto às questões oriundas do exercício de tal competência que causam polêmica, e tendo em vista todas as anotações feitas no corpo da exposição, conclui-se, sucintamente: a) que, em que pese não haver prazo legal fixado para que o Senado se manifeste acerca da suspensão da lei inconstitucional, tal atividade tem caráter nimamente vinculado, já que a ele compete apenas a suspensão da execução lei uma vez verificados os requisitos constitucionais. O pronunciamento final acerca da constitucionalidade, ou melhor dizendo, a fiscalização concreta da constitucionalidade cabe ao Poder Judiciário, cujo órgão de cúpula é o STF; e b) que os efeitos de tal suspensão são "ex tunc", portanto retroativos, atingindo as situações sob a vigência da lei inconstitucional, tendo o condão de criar "as condições para eventual desfazimento ou regulação dessas situações" (Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº 17, doutrina, Ed. dos Tribunais, p. 273).

No controle concentrado, todavia, a questão é diversa. A suspensão da eficácia "ex nunc", mantém a lei vigente, mas sem eficácia --nos mesmos termos das leis tributárias, que devem respeitar o princípio da anterioridade; ganham vigência desde a publicação e eficácia apenas após o exercício em que foram publicadas ou 90 dias após a publicação, nos casos das contribuições sociais (6).

Entendo, por esta linha de raciocínio, que o restabelecimento da eficácia por cassação da medida liminar concedida cautelarmente em ações diretas de inconstitucionalidade não permite o retorno ao passado. Em matéria tributária, por exemplo, não permite a recuperação do tributo que

(6) Os artigos 195, § 6º, e 150, inciso III, letra "b", da Constituição Federal estão assim redigidos: "Art. 195 - § 6º As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos 90 dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b"; "Art. 150 Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: ... III. cobrar tributos: ... b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou".

teria vencido durante o período em que a eficácia da norma permaneceu suspensa pois, tal permissão de exigir tributo passado, tornaria o contribuinte indefeso, mormente nas imposições indiretas, em que por força da liminar ficou impedido de incluí-lo no preço e de repassar o respectivo encargo ao consumidor final.

Valem, todavia, a pena, algumas considerações adicionais sobre as hipóteses de eficácia "ex tunc" e "ex nunc" das decisões da Suprema Corte em controle concentrado.

O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido dos efeitos ex nunc das decisões cautelares exaradas em ação direta de inconstitucionalidade, a partir de julgado em que apreciava a validade de lei disciplinadora de vencimentos de funcionários públicos. Em face da suspeita de inconstitucionalidade da norma, a Corte Suprema, no exercício do poder cautelar, houve por bem suspender liminarmente a sua eficácia a partir de então, a fim de evitar prejuízos irreparáveis ao erário, uma vez que, dada a natureza alimentar da verba recebida, não

teriam, seus beneficiários, condições de devolvê-la, no caso de reconhecimento definitivo da invalidade da lei que autorizara o pagamento - o que acabou por ocorrer. De lá para cá, tem sido esta a orientação do Pretório Excelso, salvo raríssimas e justificadas exceções (7).

O problema é saber em que consiste o efeito ex nunc da suspensão da lei colocada sob suspeita de inconstitucionalidade.

(7) 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).

A resposta, a meu ver, tem que ser buscada a partir da essência, da natureza da cautelar, que é garantir a utilidade da prestação jurisdicional definitiva e impedir a lesão ou ameaça de lesão ao direito (8).

Sob essa ótica, é inquestionável que, projetando efeitos para o futuro, a suspensão da lei decretada cautelarmente, impede que novas situações jurídicas surjam sob sua égide.

É, também, fora de dúvidas que a eficácia ex nunc da decisão cautelar não autoriza que situações definitivamente consolidadas antes da suspensão da eficácia da norma, sejam desconstituídas, o que só será possível em face da decisão definitiva que decretar a inconstitucionalidade da lei sob a qual tais situações se consumaram. Assim, por exemplo, a suspensão cautelar da eficácia de uma norma tributária por suspeita de

(8) Vide parecer publicado na Revista do Tribunal Regional Federal - 1ª Região, vol. 7, número 2, abril/junho 1995, Brasília - DF, p. 97/98.

vício de inconstitucionalidade, não implica a restituição do que com base nela foi pago a título do tributo, embora a sinalização representada pelo provimento provisório do STF possa levar aquele que se sentiu prejudicado pelo pagamento efetuado antes da suspensão da lei, a pleitear o reconhecimento da inconstitucionalidade pela via do controle difuso e a conseqüente repetição.

O aspecto mais controvertido da eficácia ex nunc da cautelar, diz respeito às situações surgidas sob a égide da lei impugnada mas que se encontram pendentes no momento da suspensão de sua eficácia.

A meu ver, por ser da natureza da medida cautelar garantir a utilidade dos efeitos da prestação jurisdicional principal --e esta, em sede de controle concentrado, tem efeitos ex tunc-- todas as situações pendentes de consumação no momento da suspensão da lei suspeita de invalidade, assim devem permanecer até a decisão de mérito, inclusive para evitar a consumação de danos de difícil ou até mesmo de impossível ressarcimento,

em caso de procedência da ação (9).

Com efeito, em face de nosso ordenamento, não me parece possível ao Poder Público dar continuidade à cobrança de tributo instituído por lei cuja eficácia esteja suspensa por liminar concedida em ação direta de inconstitucionalidade, sob o fundamento de ser, a certidão de dívida, anterior a essa suspensão, estando a salvo dos efeitos da cautelar concedida, por se produzirem ex nunc e não impedirem a cobrança de débitos constituídos anteriormente e não liquidados.

Interpretação nesse sentido equivaleria a considerar, à semelhança do que ocorre no direito alemão, que a norma seria ao mesmo tempo constitucional e inconstitucional --vale dizer:

(9) Este foi, inclusive, o entendimento manifestado pelo Ministro Moreira Alves, na palestra proferida na abertura do 23º Simpósio Nacional de Direito Tributário (ocorrido em São Paulo, no dia 17/10/98, no Centro de Extensão Universitária) sustentando que até mesmo o Supremo Tribunal Federal fica vinculado à decisão cautelar proferida na ação direta de inconstitucionalidade, não podendo julgar recursos extraordinários que versem a mesma matéria, até final julgamento da referida ação.

constitucional até a decretação de sua suspensão e inconstitucional a partir dela-- uma espécie de norma material hermafrodita.

Aliás, se a mera suspensão da eficácia da norma com efeitos ex nunc por força de liminar, exteriorizasse a constitucionalização dessa norma para o passado, mesmo que por decisão definitiva a sua inconstitucionalidade viesse a ser reconhecida, não poderiam ser desconstituídas as situações consolidadas sob sua vigência, antes da suspensão, caindo por terra a eficácia ex tunc das decisões de mérito emanadas do controle concentrado, tantas vezes proclamada pela Suprema Corte.

Assim, exemplificadamente, se a lei instituidora de um pseudo tributo viesse a ser declarada inconstitucional por decisão definitiva em ação direta de inconstitucionalidade, aqueles que o tivessem pago não poderiam recuperar o indébito via controle difuso, visto que a liminar, ao suspender ex nunc os efeitos da norma, teria consolidado sua constitucionalidade para o passado - o que constituiria verdadeira aberração

no direito pátrio.

Nada me parece tão ilógico, em face de nosso ordenamento, do que sustentar tal exegese.

Creio, portanto, que, se a situação jurídica não estiver definitivamente constituída e completada no momento em que a lei que a gerou tiver sua eficácia suspensa por cautelar concedida em ação direta de inconstitucionalidade, à evidência, não poderá o Poder Público insistir em completá-la sob a alegação de que a eficácia da medida vale para futuro e que a norma lastreadora seu nascimento permaneceria constitucional para o passado, em face do efeito ex nunc da liminar.

Em tal hipótese, a conduta do Poder Público poderia até mesmo configurar litigância de má-fé, por pretender subverter os efeitos próprios da cautelar, ao tentar completar uma situação alicerçada em norma suspeita do vício maior de invalidade levantada pela Suprema Corte, consolidando danos e lesão a direitos, além de tornar, para muitos casos, inútil o provimento

principal, ao arrepio da garantia inserta no inciso XXXV do art. 5º da CF.

O entendimento de que a liminar impede a consumação de situações ainda não completadas, -- como, por exemplo, a cobrança de tributos com base em lei com eficácia suspensa, ainda que constituído o débito antes dessa suspensão-- é esposado pela Suprema Corte. É o que se vê do despacho do Ministro Octávio Gallotti, ao indeferir pedido de suspensão de liminar nº 726-2 formulado pelo Estado do Amazonas, em mandado de segurança impetrado por empresa de navegação aérea contra a exigência de ICMS, por estar suspensa a eficácia da legislação instituidora desse tributo sobre transporte aéreo, por força de liminar concedida na ADIN 1089-1:

"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 dispos 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 a repetição na hipótese, sem dúvida plausível, de vir a ser declarada a inconstitucionalidade de sua exigência, já provisoriamente admitida pelo Supremo Tribunal, ao conceder medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (ADIN nº 1.089, sessão de 4-8-94)

Indefiro o Pedido".

Por fim, a Suprema Corte tem admitido que, em casos excepcionais, a cautelar possa ser concedida com efeitos ex tunc, desde que o Tribunal expressamente lhe reconheça esses efeitos. É o que restou decidido na ADIN 1254-RJ, merecendo destaque o voto do Ministro José Celso

de Mello Filho (10):

"A medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, reveste-se, ordinariamente, de eficácia *ex nunc*, "operando, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal federal a defere" (RTJ 124/80). Excepcionalmente, no entanto, a medida cautelar poderá projetar-se com eficácia *ex tunc*, com repercussão sobre situações pretéritas (RTJ 138/86). A excepcionalidade da eficácia ex tunc impõe que o Supremo Tribunal Federal expressamente a determine no acórdão concessivo da medida cautelar.

A ausência de determinação expressa importa em outorga de eficiência *ex nunc* a suspensão cautelar de aplicabilidade da norma estatal impugnada em ação direta. Concedida a medida cautelar (que se reveste de caráter temporário), a eficácia *ex nunc* (regra geral) "tem seu início marcado pela publicação da ata da sessão de julgamento no Diário da Justiça da União, exceto em casos excepcionais a

(10) JUIS Jurisprudência Informatizada Saraiva.

serem examinados pelo Presidente do Tribunal, de maneira a garantir a eficácia da decisão" (ADIN 711-AM, (Questão de Ordem), Rel. Min. NERI DA SILVEIRA).

A declaração de inconstitucionalidade, no entanto, que se reveste de caráter definitivo, sempre retroage ao momento em que surgiu, no sistema de direito positivo, o ato estatal atingido pelo pronunciamento judicial (nulidade ab initio). E que atos inconstitucionais são nulos e desprovidos de qualquer carga de eficácia jurídica (RTJ 146/461)" (grifos meus).

Como se percebe, fora desses casos excepcionais, em que conste a expressa menção à eficácia extunc, a eficácia da cautelar há de ser sempre extunc (11).

(11) "RELATOR: Sepúlveda Pertence. SESSÃO: TP-Tribunal Pleno - Supremo Tribunal Federal.

DESCRIÇÃO: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Nº 1623 - JULGAMENTO: 25/06/1997.

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 2050, de 30 de dezembro de 1992, do Estado do Rio de Janeiro. Vedação de cobrança ao usuário de estacionamento em área privada. Pedido de liminar.

Já no tocante à decisão de mérito, somente a **impossibilidade material** pode justificar a alteração do alcance da eficácia do provimento definitivo.

No Brasil, uma vez declarada, via controle concentrado, a inconstitucionalidade, esse reconhecimento atinge a norma desde sua origem e, por força do princípio da segurança jurídica, a decisão tem efeito vinculante e erga omnes. Porém, diante da **impossibilidade material** de

*Tendo em vista o precedente invocado na inicial -
o da concessão de liminar na ADIN 1.472 que versa hipótese
análoga a presente - não há dúvida de que é relevante a
fundamentação jurídica do pedido, quer sob o aspecto de
inconstitucionalidade material (ofensa ao artigo 5º, XXII,
da Constituição federal, por ocorrência de grave afronta
ao exercício normal do direito de propriedade), quer sob o
ângulo da inconstitucionalidade formal (ofensa ao artigo
21, I da Carta Magna, por invasão de competência privativa
da União para legislar sobre direito civil).*

*Por outro lado, manifesta-se a conveniência da concessão
da liminar, inclusive pela possibilidade de aumento dos
distúrbios sociais que vem causando a aplicação dessa lei.
Medida cautelar deferida, para suspender, "ex nunc", a
eficácia da lei estadual em causa" (grifos meus).*

reconduzir as situações definitivamente constituídas, sob a égide da norma inválida, à situação pretérita, eliminando todos os efeitos do ato legislativo inválido, pode o Tribunal reconhecer à decisão de mérito, eficácia ex nunc (12).

(12) Gilmar Ferreira Mendes escreve: "No modelo tedesco, as consequências da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade não podem ser inferidas diretamente da Lei do *Bundesverfassungsgericht*. Apenas no âmbito do Direito Penal teve o legislador o cuidado de disciplinar expressamente essas consequências. Nos termos do § 79, (1), do referido diploma, é admissível a revisão da sentença penal condenatória fundada em lei declarada nula ou compatível com a Lei Fundamental. Essa disposição demonstra que o legislador partiu da idéia de que a lei inconstitucional --mas não nula-- não deve mais ser aplicada, sendo ilegítimos os atos singulares (sentença penal condenatória) praticados com base no diploma inconstitucional.

Pode-se depreender das primeiras decisões que o Tribunal considerava admissível a aplicação provisória da lei que teve a sua inconstitucionalidade declarada. Uma posição definitiva sobre a questão somente foi tomada na decisão relativa à nacionalidade dos filhos provenientes dos chamados "casamentos mistos", na qual *Bundesverfassungsgericht* houve por bem equiparar, no concernente à aplicação subsequente da lei inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronunciada nulidade à declaração de nulidade.

Segundo o entendimento firmado nessa decisão, a lei simplesmente inconstitucional (*unvereinbar*), mas que não teve a sua nulidade pronunciada, não mais pode ser

É o que ocorreu no julgado acima citado, em que Suprema Corte decretou a inconstitucionalidade de lei que lastreava pagamentos indevidos a funcionários públicos, a título de vencimentos. A natureza alimentar da verba percebida até o momento da suspensão da lei via cautelar, tornou impossível a sua devolução por aqueles que dela se haviam beneficiado, o que foi reconhecido pela Suprema Corte, no próprio julgado.

Um outro aspecto do tema das liminares que merece ser meditado, é o efeito de sua cassação por ocasião da decisão definitiva que, em sede de controle concentrado, venha a declarar a constitucionalidade da norma impugnada.

Entendo que, no campo da compatibilidade da lei com a Constituição, o particular nunca pode arcar

aplicada. Uma exceção a esse princípio somente seria admissível se da não-aplicação pudesse resultar vácuo jurídico intolerável para a ordem constitucional" (Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas nº 3, ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 31).

com os efeitos do ato legislativo viciado, nem com os da suspensão temporária da norma constitucional por suspeita de vício. E isso pela simples e boa razão de que não lhe cabe responsabilidade alguma pela má ou imperfeita produção legislativa.

O Estado, na qualidade de produtor de leis, é quem deve arcar com as conseqüências que os vícios ou imperfeições do ato legislativo projetam no mundo jurídico, até por força dos princípios insertos no caput do art. 37 da CF e em seu § 6º.

Assim, se, por exemplo, o Governador de um Estado da Federação ajuíza uma ADIN impugnando norma que institui o direito do contribuinte de manter créditos de ICMS, em determinadas operações, (como fez o Estado do Rio de Janeiro, contra Lei Complementar autorizando a manutenção de créditos de insumos aplicados e semi-elaborados destinados à exportação), obtém liminar e, depois, a constitucionalidade da lei vem a ser reconhecida, cabe, a meu ver, ao contribuinte, o direito de lançar e aproveitar extemporaneamente os créditos

relativos às operações praticadas no período em que esteve privado de assim proceder, por força da liminar suspensiva da eficácia da norma válida.

Se, entretanto, em hipótese diversa, da liminar concedida em ação direta decorre a impossibilidade de cobrança de tributo lastreado na norma cuja eficácia foi suspensa, uma vez reconhecida a improcedência da ação, nem por isso poderá o Poder Público exigir o tributo que deixou de ser exigível no período em que perdurou a suspensão da eficácia da lei.

É que, nesse caso, apesar do reconhecimento final de validade da lei, a concessão da liminar seria suficiente para denotar a existência de dúvida razoável quanto a constitucionalidade da lei, que teria levado à deflagração do controle concentrado.

Interessante, também, se afigura perquirir se, durante o período em que remanesce suspensa, por força de liminar, a lei submetida ao controle

concentrado, seria possível cogitar de revigoração do direito anterior.

A meu ver, sim. A suspensão operada na cautelar diz respeito à eficácia, e não à vigência da lei, que só fenece no momento da decretação da inconstitucionalidade da lei, pela decisão final da ação.

A lei, suspensa em sua eficácia, permanece, portanto, vigente, numa situação de *vacatio*, conforme ressaltado na parte inicial deste trabalho, e nesse período o direito anterior atua revigorado --não repristinado-- pela provisória perda de eficácia do direito novo (13). Se a

(13) Não se trata da repristinação a que se refere o artigo 2º da Lei de Introdução do Código Civil, assim redigido: "Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

liminar for cassada quando do julgamento de mérito, aquele período é inatingível pela nova lei julgada válida-naquilo que onerar o particular, como acima sustentado, pois a ausência de eficácia, com efeito vinculante, prevaleceu para toda a área de atuação da norma.

Se procedente a ação, o direito anterior, que já fora revigorado pela suspensão liminar dos efeitos da norma suspeita do vício de invalidade, se torna plenamente eficaz, já que a inconstitucionalidade da norma, que se propôs a revogá-lo, impede que esse efeito se configure.

Um exemplo pode bem ilustrar o meu pensamento, acerca desse tópico.

Imagine-se uma lei federal que, observando, sob o aspecto formal, os requisitos de sua produção, veiculasse norma alterando a pena prevista no art. 121 do Código Penal, estipulando-a em 100 anos de reclusão.

§ 3º. Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogada perdido a vigência".

Se a eficácia dessa norma --passível de impugnação via ação direta de inconstitucionalidade, por violar materialmente direitos fundamentais amparados pela Constituição-- viesse a ser suspensa por liminar concedida pelo STF, a pena para o homicídio continuaria a ser regulada pelo direito anterior, revigorado durante a vacatio da lei impugnada e, posteriormente, pelo reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Por fim, cabe a referência a um aspecto igualmente interessante das ações que se destinam ao controle da constitucionalidade em abstrato.

É que toda Ação declaratória de Constitucionalidade julgada improcedente produz efeitos de uma ação direta de inconstitucionalidade, e toda ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente se transforma em declaratória de constitucionalidade.

Essa matéria, longamente debatida no livro "Ação Declaratória de Constitucionalidade", que coordenei com Gilmar Mendes (14), está ainda, a merecer reflexão, motivo pelo qual acreditei valer a pena suscitá-la neste trabalho.

S.P., 03/12/1998.

IGSM/mos
arevproc

(14) Os seguintes autores debruçaram-se sobre a matéria: Ana Maria Scartezzini, Arnaldo Wald, Celso Ribeiro Bastos, Edvaldo Brito, Fátima Fernandes de Souza Garcia, Gilmar Ferreira Mendes, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins, José Rogério Cruz e Tucci, Marcelo Figueiredo, José Carlos Moreira Alves, José Néri da Silveira, Octávio Gallotti, Paulo Brossard, Carlos Mário Velloso, Marco Aurélio de Mello, Ilmar Galvão e Francisco Rezek (Ed. Saraiva, 1ª ed., 3ª tiragem, 1996).