

O SIGNIFICADO DA EFICÁCIA DA MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE SOBRE OS ATOS JURÍDICOS APERFEIÇOADOS COM BASE NO ATO NORMATIVO IMPUGNADO

Flávio Jaime de Moraes Jardim[†]

Sumário: 1. Introdução. 2. A Possibilidade de Concessão de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. 3. O Entendimento Jurisprudencial e a Previsão Legal dos Efeitos das Liminares concedidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. 4. As conseqüências de a decisão liminar ter sido concedida com efeitos *ex nunc*. 4.1. Suspensão da vigência ou da eficácia do ato normativo? 4.2. A circunstância de a concessão da liminar com efeito *ex nunc* implicar a ausência de eficácia retroativa. 4.3. As conseqüências de a decisão liminar ser deferida sem eficácia retroativa. 4.3.1. Os efeitos da retroatividade das normas. 4.3.2. A pertinência da aplicação da teoria da retroatividade das normas para o exame da retroação do efeito *ex nunc* da medida cautelar deferida em ADI. 4.3.3. O que significa a ausência de retroatividade dos efeitos da medida cautelar deferida em ADI. 4.3.4. Análise do emprego da teoria da retroatividade das normas a precedentes do STF que abordaram o efeito da concessão de medidas cautelares em ADI. 4.4. Análise crítica ao que decidido pelo plenário no julgamento da questão de ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 711/AM. 5.

[†] O autor é mestre em Direito Americano pela Universidade de Boston, Procurador do Distrito Federal, advogado inscrito na OAB-DF e na Appellate Division (*Third Judicial Department*) do Estado de Nova York, EUA, membro do Escritório de Advocacia Sergio Bermudes e aluno do curso de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público. flaviojardim@bermudes.com.br

Conclusão.

Resumo: O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça Estaduais do Brasil, nos julgamentos de ações diretas de inconstitucionalidade, possuem competência para conceder medidas cautelares que implicam a suspensão da vigência do diploma legal impugnado. A liminar pode ser deferida com efeito *ex nunc* ou *ex tunc*. A atribuição de eficácia *ex nunc* implica a impossibilidade de retroação dos efeitos da medida. A atuação do órgão judicial no exercício de controle se assemelha à de um legislador negativo, sendo pertinente o emprego da teoria da retroatividade das leis, consagrada na jurisprudência do Supremo brasileiro, para compreender os efeitos causados pelo deferimento da liminar na ação direta sobre os atos jurídicos aperfeiçoados com fundamento no diploma normativo suspenso. Afigura-se seguro afirmar, assim, que o significado da cautelar concedida com eficácia *ex nunc* é que o provimento jurisdicional não poderá retroagir para (i) desconstituir atos praticados com base no diploma objeto da ação (retroatividade máxima) e (ii) atingir efeitos pendentes e futuros dos atos praticados com fulcro no ato normativo suspenso (retroatividade média e mínima).

Palavras-Chave: ADI. Medida cautelar. Eficácia *ex tunc* e *ex nunc*. Retroatividade.



1. INTRODUÇÃO

Um tema que desperta debates nos julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade no Brasil, quer pelo Supremo

Tribunal Federal quer por Cortes de Justiça Estaduais, é o da eficácia das decisões proferidas em relação aos atos jurídicos aperfeiçoados com fulcro na lei declarada inconstitucional.

É que, em razão da incorporação ao direito brasileiro do princípio da nulidade da lei inconstitucional, se tem a percepção de que todos os atos praticados com fundamento no diploma impugnado são inválidos, salvo se houver a modulação dos efeitos da decisão.

Entretanto, tal entendimento já foi afastado pela nossa Suprema Corte. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 217.141-AgR/SP¹, o Ministro Gilmar Mendes destacou que *“no direito brasileiro, jamais se aceitou a idéia de que a nulidade da lei importaria na eventual nulidade de todos os atos que com base nela viessem a ser praticados. [...] Os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade”*.

Sem adentrar no tema da incidência das chamadas fórmulas de preclusão², as quais, pela jurisprudência do STF, podem impedir a desconstituição de atos jurídicos praticados com amparo na lei inconstitucional, verifica-se que, em determinados casos, o direito constitucional brasileiro tolera a permanência, no mundo jurídico, de atos aperfeiçoados com amparo em diplomas que apresentam desconformidade com a Constituição Federal ou com Constituições Estaduais³.

¹ STF – Segunda Turma – RE n. 217.141-5- AgR/SP – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJU 4.8.2006.

² Segundo o que consignou o Ministro Gilmar Mendes no voto proferido no AgR no RE nº 217.141-5/SP, *“concede-se, porém, proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da declaração no plano normativo (Normebene) e no plano do ato singular (Einzelaktebene) mediante a utilização das chamadas fórmulas de preclusão.”* (grifo nosso) Um exemplo é o que previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/99, com a seguinte redação: *“Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.”*

³ Isso se dá também mediante a aplicação da técnica de modulação dos efeitos

Cumpra, então, indagar se isso ocorreria também em relação aos atos jurídicos aperfeiçoados com base em leis suspensas por medidas cautelares⁴ deferidas em ações diretas de inconstitucionalidade. Os atos praticados com fulcro no diploma normativo suspenso também seriam, em regra, nulos e deveriam ser desconstituídos de pronto? O tema apresenta maior complexidade, sobretudo em razão de o julgamento da liminar ser precário e efêmero, não havendo decisão final de mérito.

O escopo do presente trabalho é justamente tentar esclarecer os efeitos que decorrem da concessão de liminares nas ações diretas sobre os atos jurídicos praticados com fundamento nas leis suspensas pelas decisões.

2. A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

O Supremo Tribunal Federal do Brasil, em mais de uma oportunidade, já consignou que “*o poder de acautelar é imanente ao de julgar*”⁵. É que, como destaca o Ministro Celso de Mello, “*os provimentos de natureza cautelar acham-se instrumentalmente vocacionados a conferir efetividade ao julgamento final resultante do processo principal, assegurando, desse modo, plena eficácia à tutela jurisdicional de conhecimento ou execução, inclusive às decisões que emergem do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade*”⁶.

É certo que o deferimento do pedido de liminar para

prevista no art. 27 da Lei n. 9.868/1999.

⁴ Os vocábulos ‘cautelar’ e ‘liminar’ são utilizados como sinônimos no presente artigo.

⁵ STF – Plenário – ADC n. 4-MC/DF – Rel. Min. Sydney Sanches – j. 11.2.1998 - DJU 21.5.1999.

⁶ Idem.

suspender a vigência de ato normativo sofreu alguma resistência no Supremo em regimes de Constituições anteriores⁷. A controvérsia apenas foi pacificada com a edição da Emenda n. 7, de 1977, a qual inseriu a alínea ‘p’ ao inciso I do art. 119 da antiga Carta⁸, atribuindo à Corte a competência para julgar o “*pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador Geral da República.*”

Com o advento da nova Constituição Federal, a possibilidade de concessão de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade ficou expressamente delineada na alínea ‘p’ do inciso I do art. 102, com a seguinte redação:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;”

Da mesma forma, a Lei n. 9.868/99, a qual foi editada com o escopo de disciplinar o processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade no âmbito do Pretório Excelso, regulamenta, em sua Seção II, a concessão das medidas cautelares na ADI.

As Constituições Estaduais e leis de organização de Cortes de Justiça brasileiras, em geral, contemplam dispositivos semelhantes.

No que diz respeito ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, por exemplo, o inciso III do art. 8º da Lei n. 11.697/2009 estabelece que, “*somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou de seu órgão especial, poderá o*

⁷ Ver Rp n. 94, Rel. Min. Castro Nunes – DJU 11-7-1949. Citada por Mendes, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva. p. 12-13.

⁸ Na redação da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969.

Tribunal de Justiça declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Distrito Federal ou suspender a vigência em decisão de medida cautelar.”

Porém, é relevante afirmar que medidas dessa natureza poderiam ser deferidas pelo Poder Judiciário, ainda que não existissem dispositivos específicos autorizando o exercício do poder geral de cautela nos julgamentos das ações diretas. Isso já havia ocorrido em precedentes decididos antes da promulgação da Emenda n. 7/1977⁹. E, já no advento da nova ordem constitucional, verificou-se, por exemplo, com a apreciação da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4-MC/DF¹⁰, quando, mesmo sem a competência constitucional expressa, o Supremo Tribunal Federal deferiu a medida liminar num processo de ação declaratória de constitucionalidade, por considerá-la necessária para assegurar a eficácia do futuro julgamento do mérito.

Assim, é inconteste a competência do STF e dos Tribunais de Justiça Estaduais brasileiros para conceder cautelares de forma a determinar a suspensão de atos normativos impugnados via ação direta de inconstitucionalidade, dada (i) a circunstância de o poder geral de acautelar ser imanente ao de julgar; e (ii) a existência de dispositivos constitucionais e legais que autorizam o deferimento das medidas.

3. O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL E A PREVISÃO LEGAL DOS EFEITOS DAS LIMINARES CONCEDIDAS NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Conforme acima destacado, num primeiro momento, não havia previsão legal ou constitucional acerca da possibilidade

⁹ STF – Rp n. 933-MC/RJ – Rel. Min. Thompson Flores - DJU 17.12.1975.

¹⁰ Vide nota 5.

do STF deferir medidas cautelares nos processos de controle abstrato de normas, tampouco existia qualquer enunciado normativo que tratasse da eficácia que eventuais medidas dessa natureza teriam.

Cabia, assim, ao Judiciário, no momento do deferimento da medida, indicar o efeito aplicável. Como destaca o Ministro Gilmar Mendes, “*sob o império da Constituição de 1967/1969, chegou-se a sustentar que a decisão proferida em sede de cautelar seria dotada de eficácia retroativa*”.¹¹ Essa óptica foi defendida pelo Ministro Célio Borja, no julgamento a Representação n. 1.391¹². Prevaleceu, entretanto, a tese sustentada pelo Ministro Moreira Alves, no sentido de que a decisão cautelar proferida em ação direta tem efeito *ex nunc*.

Note-se que, posteriormente, o Supremo admitiu a possibilidade de atribuição de eficácia *ex tunc* à decisão cautelar¹³. Contudo, isso se deu em situações excepcionais, em que a Corte se defrontou com diplomas legais que tiveram os seus efeitos exauridos logo após a sua entrada em vigor, nas hipóteses em que a concessão da medida sem efeito retroativo seria inócua.

Dessa forma, a orientação consolidada na jurisprudência do STF foi a de que a concessão da liminar que suspende a vigência do ato impugnado possui, em geral, efeito *ex nunc*, sendo excepcionais os casos em que a Corte a defere com efeito *ex tunc*.

Esse entendimento veio a ser positivado no art. 11, § 1º, da Lei n. 9.868/1999, nos seguintes termos: “*A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.*”

Nesse sentido, é de se concluir que, relativamente à

¹¹ Mendes, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 16.

¹² STF – Rp n. 1391-QO/CE – Rel. Min. Célio Borja – Red. p/acórdão Min. Moreira Alves – DJU 11.12.1987.

¹³ STF – ADI n. 596-MC/RJ – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 7.5.1993.

concessão de medidas cautelares nos julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade, a regra é que os efeitos das liminares são *ex nunc*, sendo possível a concessão de efeitos *ex tunc*, caso a Corte assim os determine.

4. AS CONSEQUÊNCIAS DE A DECISÃO LIMINAR TER SIDO CONCEDIDA COM EFEITOS *EX NUNC*

Ciente do enunciado do texto legal que disciplina a atribuição de efeitos às medidas cautelares, cumpre analisar o que significa a concessão de liminar com eficácia *ex nunc* na ação direta de inconstitucionalidade.

4.1. SUSPENSÃO DA VIGÊNCIA OU DA EFICÁCIA DO ATO NORMATIVO?

A primeira premissa que se deve assentar é a de que a suspensão da vigência da lei impugnada é feita mediante a concessão da medida cautelar, seja ela deferida com efeitos *ex nunc* ou *ex tunc*.

Veja-se que, antes mesmo da edição de normas legais sobre o tema, a Suprema Corte brasileira já havia sedimentado o entendimento de que a liminar no controle concentrado *suspende a vigência* do ato impugnado:

“EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Escolha de membros do Tribunal de Contas estadual pelo Governador. Arguição de inconstitucionalidade dos incisos I e II do par. 3. do artigo 80 da parte permanente e dos incisos I e II do artigo 24 das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul. Pedido de liminar. - Relevância jurídica do pedido, tendo em vista o decidido pelo Plenário da Corte quando do julgamento do mérito

da ADIN 219. - Conveniência da suspensão da vigência dos dois dispositivos ora atacados. Pedido de liminar deferido”¹⁴. (grifou-se)

Essa premissa foi depois confirmada com a edição de diplomas legais sobre o tema. Isso se verifica, por exemplo, a partir da leitura do inciso III do art. 8º da Lei n. 11.697/2009, o qual prevê que “*somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou de seu órgão especial, poderá o Tribunal de Justiça declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Distrito Federal ou suspender a vigência em decisão de medida cautelar*”¹⁵.

Vale destacar, ainda, a existência de precedentes no âmbito da Corte em que se consignou que o efeito do deferimento da liminar seria a *suspensão da eficácia* da lei:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar deferida. Questão de Ordem. 2. A decisão que concede medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, possui eficácia, ‘ex nunc’. Com a concessão da liminar, o ato normativo impugnado fica com sua eficácia suspensa, até o julgamento final. (...)”¹⁶. (grifou-se)

Pode parecer que aqui há uma contradição entre os referidos acórdãos do STF e o texto do dispositivo legal direcionado à atuação do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no que diz respeito à consequência do provimento cautelar de suspensão da norma: se suspenderia a vigência ou a eficácia do dispositivo legal.

De fato, a doutrina aponta uma distinção entre *vigência* e *eficácia* da norma. Nessa linha, é pertinente conferir o que leciona Marcos Bernardes de Mello:

“Se a norma existe com vigência e é válida,

¹⁴ STF – Plenário – ADI n. 1.043-MC/MS – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 20.5.1994.

¹⁵ Grifou-se.

¹⁶ STF – Plenário – ADI n. 711/AM – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 5.8.1992.

ou sendo inválida, ainda não teve sua nulidade decretada por quem, dentro do sistema jurídico, tenha poder para tanto, poderá ser eficaz desde que concretizem no mundo os fatos que constituem seu suporte fático. Se os fatos previstos pela norma como seu suporte fático não se materializarem, integralmente, no plano das realidades, a norma jamais será eficaz (= não incidirá); existirá com vigência, porém sem eficácia. A eficácia da norma jurídica (= incidência) tem como pressuposto essencial a concreção de todos os elementos descritos como seu suporte fático (= suporte fático suficiente).

Por aí se vê que, enquanto não realizada no mundo dos fatos por ela previstos, a norma jurídica, mesmo com vigência, constitui mera proposição referente a hipóteses, não podendo falar em geração de qualquer consequência jurídica. Está-se no plano lógico da normatividade, não no mundo do direito, que somente se compõe a partir dos fatos juridicizados.”¹⁷

Sem querer adentrar em detalhes no tema relativo às diferenças entre *vigência* e *eficácia*, fato é que ambos os institutos são congruentes em dois aspectos: não se confundem com o plano da existência e nem com o plano da validade da norma.

Com efeito, ao suspender a vigência ou a eficácia da norma mediante o deferimento de uma cautelar, não está a Corte definindo a questão da validade da norma, o que apenas ocorrerá com o julgamento de mérito da ação direta.

O que a cautelar acarreta é a impossibilidade de a norma produzir novos efeitos a partir de sua concessão. Suspenderá

¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da Eficácia. 1ª parte*. São Paulo: Saraiva. p. 18.

sim a vigência da norma. Ante essa consequência, caso um determinado fato previsto no ato normativo como seu suporte fático, no plano das realidades, se materialize, a norma, porquanto com a vigência suspensa, não incidirá, não tendo também eficácia.

Assim, em termos práticos, no que tange à análise dos efeitos da liminar sobre atos praticados com fundamento na norma suspensa, a qual é o objeto do presente artigo, pouco importa a terminologia empregada na decisão de suspensão cautelar da norma, se esta acarreta a interrupção da vigência ou eficácia.

Por questão de apego à técnica jurídica, entendo que melhor seria que sempre constasse na decisão que a vigência da norma está suspensa¹⁸. Isso porque a eficácia apenas estará suspensa no momento em que o suporte fático se materializar e o enunciado legal não puder incidir, o que foge ao controle do julgador na ocasião da concessão da liminar.

Entretanto, empregada esta ou aquela terminologia (*vigência* ou *eficácia*), o que importa é que a norma ainda existirá no mundo jurídico e não terá tido a sua constitucionalidade definitivamente apreciada.

4.2. A CIRCUNSTÂNCIA DE A CONCESSÃO DA LIMINAR COM EFEITO *EX NUNC* IMPLICAR A AUSÊNCIA DE EFICÁCIA RETROATIVA

Nos termos do art. 11, § 1º, da Lei n. 9.868/1999, “a liminar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito ex nunc, salvo se o Conselho Especial conceder-lhe eficácia retroativa.”

Desse modo, a circunstância de a cautelar ter sido

¹⁸ Pode-se defender que a suspensão da eficácia da norma, ou invés da vigência desta, poderia gerar efeitos em relação à aplicação da legislação anterior acaso existente, em consonância com o § 2º do art. 11 da Lei n. 9.868/99. Este tema, contudo, não é objeto do presente artigo.

deferida com efeitos *ex nunc* não significa que a norma não esteja suspensa. Pelos termos dos referidos dispositivos, a suspensão da norma ocorre independentemente da eficácia atribuída à liminar, seja *ex nunc* ou *ex tunc*.

Desta forma, não importa o efeito atribuído à decisão, em quaisquer dos casos o efeito imediato da suspensão cautelar da norma é a impossibilidade de aplicação da lei aos fatos surgidos após a sua concessão.

Agora, é relevante indagar: quais são as conseqüências do deferimento da cautelar em relação aos atos jurídicos aperfeiçoados durante o período em que o diploma legal não esteve suspenso? Pelo simples deferimento da medida, que tem caráter precário e efêmero, haverá a desconstituição dos atos amparados pelo diploma normativo suspenso? Poderão os atos já constituídos continuar produzindo efeitos, ainda que a vigência da lei que lhes dá fundamento tenha sido interrompida?

É indubitável que as respostas para as questões acima serão dadas com a análise dos efeitos que foram atribuídos pela Corte à referida decisão, ou seja, *ex nunc* ou *ex tunc*.

Logicamente, haverá diferenças nas conseqüências da concessão da liminar no que tange aos atos já aperfeiçoados, caso a eficácia atribuída à medida seja *ex nunc*, e não *ex tunc*.

Nessa linha, constata-se, mediante nova leitura do art. 11, § 1º, da Lei n. 9.868/99, que a atribuição de eficácia *ex nunc* à decisão cautelar *significa que esta não terá* eficácia retroativa:

“Art. 11 da Lei n. 9.868/99.

[...]

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. (*grifou-se*)

Logo, é pertinente afirmar que a ausência de retroatividade é, justamente, a conseqüência de a decisão

liminar ter sido concedida com efeitos *ex nunc*.

Conclui-se, portanto, que, pelas regras aplicáveis, a cautelar deferida com efeitos *ex nunc* suspende a vigência da lei, sem que, contudo, a ela seja atribuída eficácia retroativa.

4.3 AS CONSEQÜÊNCIAS DE A DECISÃO LIMINAR SER DEFERIDA SEM EFICÁCIA RETROATIVA

Não é simples delimitar o que vem a ser eficácia retroativa da medida cautelar na ação direta. Para tentar solucionar a questão, será necessário analisar, primeiramente, ensinamentos acerca da retroatividade das normas, os quais já foram exaustivamente abordados em precedentes do STF.

Porém, antes de mais nada, é necessário definir o que vem a ser retroatividade.

Matos Peixoto atesta que “*retroagir (retro -/- agere) significa agir para trás.*”¹⁹ Daí concluir o autor que “*leis retroativas devem ser as que atuam sobre o passado[...], modificando os fatos pretéritos ou as suas conseqüências, de tal maneira que a situação seja, tanto quanto possível, a mesma que existiria se a lei preexistisse a si mesma.*”²⁰

Desse modo, uma medida cautelar que suspenda uma lei com eficácia retroativa, deve atuar sobre o passado, modificando fatos pretéritos e/ou as suas conseqüências.

4.3.1. OS EFEITOS DA RETROATIVIDADE DAS NORMAS

Ainda a respeito da retroatividade das leis, vale, mais uma vez, recorrer à lição de Matos Peixoto, assentada no artigo “*Limite temporal da Lei*”:

¹⁹ PEIXOTO, Matos. *Limite Temporal da Lei*. Revista Forense comemorativa, 100 anos: tomo III, direito civil. Coordenador: Sylvio Capanema de Souza. Rio de Janeiro: Forense. 2007. 184.

²⁰ Idem p. 184-185.

“Dá-se a retroatividade máxima (também chamada restituitória, porque em geral restitui as partes ao status quo ante”), quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados (transação, pagamento, prescrição). Tal é a decretal de Alexandre III que, em ódio à usura, mandou os credores restituírem os juros recebidos [...]

A retroatividade é média quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela, exemplo: uma lei que limitasse a taxa de juros e não aplicasse aos vencidos e não pagos. [...]

Enfim, a retroatividade é mínima (também chamada de temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor. [...] exemplo: o Decreto-Lei n. 22.626, de 7 de abril de 1933, que reduziu a taxa de juros e se aplicou, “a partir da sua data, aos contratos existentes, inclusive aos ajuizados (art. 3º).”²¹

À luz dos conceitos acima traçados, é de se destacar as seguintes premissas:

- haverá retroatividade máxima se uma lei pretender aplicar-se aos fatos passados;
- haverá retroatividade se a lei pretender ser aplicada a situações em curso. Isso ocorrerá se a lei nova atingir efeitos de situações aperfeiçoadas anteriormente à modificação da legislação. Se a lei nova atingir os efeitos pendentes dos atos jurídicos constituídos antes da sua entrada em vigor, haverá retroatividade média. Se a lei nova atingir apenas os efeitos dos atos anteriores, verificados após a data em que ela entrou em vigor, haverá

²¹ Idem. p. 190.

retroatividade mínima;

- não haverá retroatividade, por óbvio, se a lei for aplicada somente a fatos futuros.

Veja-se que a lei que rege a causa (fato jurígeno), rege também os seus efeitos²². Assim, uma lei disciplinará tanto critérios de formação do ato, como os efeitos futuros que ele irá produzir. Se os efeitos futuros ainda estão sendo verificados e uma nova lei vem a incidir sobre o fato, caso pretenda desconstituir estes efeitos, será retroativa. Isso porque, para não haver retroatividade, não pode a lei nova pretender aplicar-se às conseqüências dos atos ou dos fatos jurídicos anteriores a ela.

A tese da retroatividade mínima, média e máxima foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro em precedentes nos quais se abordou a possibilidade de retroação dos efeitos de leis, além de dispositivos constitucionais estaduais e federais.

Em regra, atos normativos podem retroagir para alcançar situações passadas, desde que não afetem o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Essa conclusão é extraída a partir da interpretação do inciso XXXVI do art. 5º da Lei Maior.

Assim, pelo que ficou sedimentado na jurisprudência do STF, somente as normas constitucionais federais podem ter algum tipo de eficácia retroativa, caso prejudiquem situações consolidadas no passado que beneficiem os cidadãos. Estas, por terem aplicação imediata, “*alcançam os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima), e se expressamente o declararem podem alcançar até fatos consumados no passado (retroatividades média e máxima).*”²³

É importante notar que, embora não tenha ficado

²² Idem. p. 187.

²³ STF - Primeira Turma – AI n. 258.337 AgR/MG – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 4.8.2000.

devidamente esclarecida a possibilidade de, sob o atual regime constitucional, normas constitucionais oriundas do poder constituinte derivado terem eficácia retroativa média e máxima, a Corte, sob a égide da Carta anterior, já se pronunciou nesse sentido:

“Ementa: MAGISTRADO. INCIDÊNCIA IMEDIATA DA PROIBIÇÃO CONTIDA NO ARTIGO 144, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 7/77. – Não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do Poder Constituinte Originário, ou do Poder Constituinte Derivado. Precedentes do S.T.F. Recurso Extraordinário conhecido e provido.”²⁴

Contudo, segundo o Ministro Gilmar Mendes, a aplicação dessa teoria no âmbito da nova ordem constitucional é controvertida, encontrando-se vozes tanto no sentido de que o poder de revisão não pode desnaturar, nos casos concretos, os direitos já incorporados ao patrimônio jurídico dos seus titulares, como no sentido de que isso não é possível²⁵.

Assim, inclusive, já decidiu o STF, no julgamento do Mandado de Segurança n. 24.875/DF²⁶, quando entendeu que membros aposentados da Corte, que recebiam quantia superior ao teto salarial extraído da Emenda Constitucional n. 41/2003, tinham direito a continuar recebendo a parte que superava o teto, até que a quantia excedente viesse a ser absorvida pelos reajustes do subsídio²⁷. Assim, para a hipótese, foi reconhecido o direito adquirido em face do que dispôs a emenda

²⁴ STF – Tribunal Pleno – RE n. 94.414/SP – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 19.4.1985. negritou-se.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira e OUTROS. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. p. 227.

²⁶ STF – Plenário – MS n. 24.875/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 6.10.2006.

²⁷ Idem. p. 228.

constitucional.

Em relação aos diplomas de hierarquia legal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 493/DF, relatada pelo Ministro Moreira Alves, o Plenário firmou o entendimento de que “*o disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva.*”

Acerca da possibilidade de retroatividade das normas constitucionais estaduais, o STF entende que estas estão também submetidas às limitações do inciso XXXVI do art. 5º da Lei Maior, inclusive à retroatividade mínima:

“EMENTA: - Agravo regimental. - As normas constitucionais federais é que, por terem aplicação imediata, alcançam os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima), e se expressamente o declararem podem alcançar até fatos consumados no passado (retroatividades média e máxima). Não assim, porém, as normas constitucionais estaduais que estão sujeitas à vedação do artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna Federal, inclusive a concernente à retroatividade mínima que ocorre com a aplicação imediata delas. Agravo a que se nega provimento”²⁸.

Dessa forma, segundo a jurisprudência do STF, qualquer lei, seja de direito público, de direito privado, de ordem pública ou dispositiva, ou mesmo uma norma constitucional estadual, não pode retroagir para prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, ainda que a retroatividade seja mínima. Apenas os dispositivos da Constituição Federal podem retroagir com esse propósito.

²⁸ STF - Primeira Turma – AI n. 258337 AgR/MG – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 4.8.2000. grifou-se.

4.3.2. A PERTINÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA RETROATIVIDADE DAS NORMAS PARA O EXAME DA RETROAÇÃO DO EFEITO *EX NUNC* DA MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA EM ADI

O Professor Francisco Segado, analisando os trabalhos de Hans Kelsen, destaca que para o autor austríaco a anulação de uma lei pela Corte Constitucional não consiste em sua mera desaplicação ao caso concreto, como ocorre na *judicial review* americana.

Para Kelsen, anular uma lei significa afastar uma norma geral, porquanto a anulação tem o mesmo caráter de generalidade que possui a elaboração do diploma. Assim, o Tribunal converte-se em um órgão do Poder Legislativo, agindo como um *legislador negativo*²⁹.

Segado destaca que “*em definitivo, a decisão do Tribunal de anular uma lei tem o mesmo caráter de uma lei ab-rogativa de outra norma geral. É um ato de legislação negativa.*”³⁰

O instituto da ab-rogação, no direito civil, acarreta que uma norma seja completamente revogada por outra.

Logo, com base na doutrina kelsiana, atesta-se que o efeito da declaração de inconstitucionalidade de uma lei é idêntico ao de uma revogação de um diploma legal.

Cabe lembrar que, para Kelsen, a declaração de inconstitucionalidade se equivalia à função legislativa, porquanto (i) a ela se outorgava eficácia *erga omnes*, e (ii) a decisão não tinha força retroativa, produzindo apenas efeitos *ex nunc*³¹. Assim, sob a óptica que defendia, de fato, não havia qualquer distinção entre os efeitos da atuação do Poder

²⁹ SEGADO, Francisco Fernández. *La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional*. IDP. Revista de Direito Público n. 2 – Out-Nov-Dez/2003. p. 63

³⁰ Idem. p. 71. Tradução livre.

³¹ Idem.

Legislativo e a atuação da Corte Constitucional, no que diz respeito aos efeitos da revogação de uma norma e aos efeitos do exercício do controle de constitucionalidade.

Contudo, uma vez adotada no país a teoria da nulidade, os efeitos da revogação e da declaração de inconstitucionalidade apresentam distinções. É que, como há, em geral, eficácia *ex tunc* na declaração, se busca afastar do mundo jurídico as situações jurídicas que a norma produziu.

E isso não ocorre em relação à revogação de uma lei por outra, já que os efeitos da lei revogada ficam garantidos pelo período em que ela permaneceu vigente, salvo se a norma revogadora não for retroativa e, nesse caso, haverá a limitação do inciso XXXVI do art. 5º da Carta Magna.

Porém, no que diz respeito aos efeitos da liminar concedida em ADI com efeito *ex nunc*, a concessão da medida se assemelha à revogação de uma norma, pelas seguintes razões:

- em ambos os casos, há atuação de um órgão como legislador negativo, que altera o diploma normativo que rege determinadas situações jurídicas. Note-se que, no caso da cautelar, em geral, suspende-se a vigência do ato normativo impugnado e, ante o que previsto no § 2º do art. 11 da Lei n. 9.868/99, se torna aplicável a legislação anterior acaso existente. No caso da entrada em vigência da lei, o novo diploma passa a reger as situações jurídicas.
- nas duas hipóteses, não há, comumente, eficácia retroativa, não tendo a norma que passa a reger a situação jurídica a pretensão de disciplinar situações pretéritas, tendo a lei a limitação adicional de não poder atingir o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido.

Dessa forma, cumpre assentar a pertinência da adoção da teoria da retroatividade das leis na identificação da retroatividade dos efeitos da medida cautelar. Até porque, “*sendo o direito uma verdadeira ciência, impossível é*

confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel”³².

Logo, o vocábulo retroatividade possui um sentido técnico em direito, quer no caso da aplicação de leis, quer no caso de aplicação dos efeitos de medida cautelar.

4.3.3. O QUE SIGNIFICA A AUSÊNCIA DE RETROATIVIDADE DOS EFEITOS DA MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI³³

Assentada a premissa de que a concessão de uma medida cautelar em ADI com efeito *ex nunc* produz efeitos idênticos ao da revogação de uma lei e, assim, a pertinência da adoção da teoria da retroatividade das normas na identificação dos efeitos do deferimento liminar, passa-se a analisar os efeitos da ausência de retroatividade da medida liminar na ação direta.

Como destacado anteriormente, com base no que previsto no § 1º do art. 11 da Lei n. 9.868/99, a consequência de a decisão liminar na ADI ser concedida com efeitos *ex nunc* é justamente a ausência de eficácia retroativa.

Nesse sentido, por não ter eficácia retroativa, a medida liminar na ADI com efeitos *ex nunc*, a qual suspende o diploma legal impugnado na ação, não poderá: (a) alcançar efeitos futuros de atos jurídicos aperfeiçoados com fundamento na lei suspensa, caso contrário terá retroatividade mínima; (b) alcançar efeitos pendentes de atos jurídicos aperfeiçoados com fulcro na lei suspensa, caso contrário terá retroatividade média; e (c) desconstituir os atos jurídicos aperfeiçoados com base na

³² STF - Primeira Turma - RE n. 590.779/ES - Rel. Min. Marco Aurélio - DJU 26.3.2009.

³³ A sigla que o Supremo Tribunal Federal atribui às ações direta de inconstitucionalidade é ‘ADI’. Como haverá várias referências a esta ação, optamos por utilizar a sigla para evitar repetições que cansariam a leitura, tal qual já havíamos procedido nas notas de rodapé.

lei suspensa, caso contrário terá retroatividade máxima.

Destarte, mediante o emprego da teoria da retroatividade das leis, constata-se que o efeito *ex nunc* da medida liminar na ADI é justamente a impossibilidade de os efeitos da suspensão da norma retroagirem, ainda que minimamente.

4.3.4. ANÁLISE DO EMPREGO DA TEORIA DA RETROATIVIDADE DAS NORMAS A PRECEDENTES DO STF QUE ABORDARAM O EFEITO DA CONCESSÃO DE MEDIDAS CAUTELARES EM ADI

É de extrema relevância a análise de precedentes do STF em que debatidos os critérios empregados pela Corte para a definição dos efeitos atribuídos à medida cautelar nas ações diretas, de forma a avaliar a pertinência da aplicação da teoria da retroatividade das leis às conseqüências geradas pelo deferimento da liminar.

Ao apreciar o pedido de liminar na ADI n. 1.342/SP, a qual tinha por escopo a impugnação de lei paulista que tratava do enquadramento de categorias de servidores públicos civis -- engenheiro, arquiteto e engenheiro agrônomo -- em certos cargos, o Plenário entendeu que a medida cautelar deveria *“apenas impedir novos enquadramentos, sem prejuízo, até o julgamento final da ação, dos enquadramentos já efetuados e seus efeitos financeiros.”*

Eis o texto de parte da ementa do acórdão:

“[...]3. Tendo, porém, a medida cautelar de suspensão de normas jurídicas, eficácia apenas "ex nunc" (e não "ex tunc"), segundo pacífica jurisprudência da Corte, a medida, no caso, é de ser deferida, apenas para impedir novos enquadramentos, sem prejuízo, até o julgamento final da ação, dos enquadramentos já efetuados e

de seus efeitos financeiros [...]”³⁴.

Mediante a leitura do excerto, constata-se que o Supremo, mesmo deferindo a liminar na ação direta, permitiu a manutenção da situação jurídica dos servidores enquadrados anteriormente ao deferimento da medida, não os prejudicando, inclusive em relação aos efeitos financeiros.

Isso decorreu da circunstância de a liminar ter sido deferida com eficácia *ex nunc*. Caso a medida tivesse sido deferida com eficácia *ex tunc*, ou seja, com eficácia retroativa, as conseqüências poderiam ter sido as seguintes:

- se tivesse sido atribuída eficácia retroativa mínima, os enquadramentos seriam desconstituídos a partir da concessão da medida, sendo respeitados os efeitos produzidos até o seu deferimento (ex: seriam tolerados os pagamentos feitos aos servidores no período em que permaneceram enquadrados);
- se tivesse sido atribuída eficácia retroativa média, os enquadramentos seriam desconstituídos a partir da concessão da medida e seriam alcançados também eventuais efeitos pendentes dos atos jurídicos aperfeiçoados (ex: seriam tolerados os pagamentos feitos aos servidores no período em que permaneceram enquadrados, mas, em tese, eventuais benefícios, ainda pendentes de percepção, não poderiam ser quitados³⁵);
- se tivesse sido atribuída eficácia retroativa máxima, os enquadramentos seriam desconstituídos a partir da edição da lei, assim como se almejaria anular todos os efeitos produzidos (ex: em tese, não seriam tolerados quaisquer

³⁴ STF – Plenário – ADI n. 1.342-MC/SP – Rel. Min. Sydney Sanches – DJU 15.3.1996.

³⁵ Não se pode afirmar, ao certo, qual seria a decisão num caso concreto sobre o tema, uma vez que outro fundamento poderia ser utilizado pelo julgador para autorizar o pagamento de benefícios pendentes, como o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa. Um exemplo de precedente em que este princípio foi aplicado: STF - Segunda Turma - AI n. 680.939 AgR/RS - Min. Rel. Eros Grau - DJU 1.2.2008.

benefícios³⁶).

Assim, dada a circunstância de a liminar ter sido concedida com eficácia *ex nunc* e, portanto, sem eficácia retroativa, os enquadramentos antes aperfeiçoados não foram atingidos, tendo sido apenas impedidos, a partir da medida, novos enquadramentos.

Em outro caso, no julgamento da ADI n. 596/DF, o qual impugnava dispositivo de emenda à Constituição do Estado do Rio de Janeiro que tornava sem efeito os atos praticados pela Corte Estadual de Contas dos Municípios no período em que esteve em pleno funcionamento, o Ministro Moreira Alves assim se manifestou:

“[...] 2. Sucede, porém, que, em face da jurisprudência desta Corte, a concessão de liminar que suspende a eficácia da norma impugnada como inconstitucional produz apenas efeito ex nunc, o que tornaria inócuo o deferimento da cautelar com relação a normas – como a presente – cuja eficácia, por ser retroativa, se exaure logo após a sua entrada em vigor.

É preciso, no entanto, convir que essa orientação jurisprudencial se firmou em casos em que a norma cuja eficácia foi liminarmente suspensa se destinava a produzir efeitos futuros, hipótese em que se considerou que, além de se criarem situações altamente delicadas com relação aos efeitos já produzidos antes da concessão da liminar (assim, por exemplo, desconstituições provisórias de nomeações), o periculum in mora ou a conveniência, inclusive administrativa, que

³⁶ Em virtude da jurisprudência que preconiza que “*não há que se impor a restituição pelo servidor de quantias percebidas de boa-fé e por equívoco do erário*”, não é possível afirmar que as parcelas indevidamente recebidas deveriam ser devolvidas. Nesse sentido: STJ – Quinta Turma – RMS n. 24.715-AgR/ES – Rel. Min. Napoleão Maia Filho- DJU 13.9.2010.

justificavam a concessão da liminar só diziam respeito aos atos a praticar e não aos fatos passados. [...]”³⁷

Veja que, para o Ministro Moreira Alves, as razões legitimadoras que justificam a concessão de medida liminar em ação direta somente dizem respeito “aos atos a praticar e não aos fatos passados”. Daí ser oriunda do Ministro a tese acatada pelo Plenário do STF que, em regra, os efeitos da liminar em ação direta são *ex nunc* e não *ex tunc*.

Contudo, o caso em questão apresentava uma situação peculiar. O dispositivo de emenda à Constituição fluminense impugnado tornava sem efeito, desde o momento da sua edição, os atos praticados pelo Conselho Estadual de Contas dos Municípios, em prejuízo da competência fiscalizatória do órgão³⁸. Nesse sentido, o artigo tinha a sua eficácia exaurida logo após a sua entrada em vigor, produzindo todos os seus efeitos naquele determinado momento e não tendo quaisquer conseqüências futuras.

Desse modo, a concessão de liminar com efeito *ex nunc*, sem eficácia retroativa, não teria qualquer resultado, pois a norma, ao desconstituir todos os atos no momento em que fora editada, não tinha qualquer aplicação futura.

Assim, diante desse quadro de excepcionalidade, o Ministro Moreira Alves justificou a atribuição de eficácia *ex tunc* à medida cautelar, que ensejou retroatividade máxima à medida. Retroatividade máxima pois o provimento concedido atingiu fatos passados, constituídos antes do seu deferimento, ou seja, alcançou a lei desde o momento em que passou a vigor e a impediu de tornar sem efeito os atos praticados pela Corte Estadual de Contas dos Municípios durante o período em que esteve em pleno funcionamento.

³⁷ STF – Plenário – ADI n. 596-MC/RJ – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 7.5.1993.

³⁸ Eis o texto do dispositivo: “Art. 5º. Ficam sem efeito os atos emanados com amparo nos artigos modificados ou suprimidos por essa lei.”

O terceiro caso a ser analisado é a Reclamação n. 3.309-AgR/ES, em que se argüiu o desrespeito ao que decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar na ADI n. 2.409/ES. Em tal precedente, a Corte firmou o entendimento de que nos Tribunais de Contas Estaduais, compostos por sete membros, três devem ser nomeados pelo Governador (um dentre membros do Ministério Público, um dentre Auditores, e um de livre escolha) e quatro pela Assembléia Legislativa, e suspendeu dispositivos da Constituição capixaba que estabeleciam critérios distintos.

Na reclamação, argüiu-se o desrespeito à decisão do STF no tocante à indicação da Conselheira Elcy de Souza, porquanto a nomeação feita pelo Governador não seguira as regras acima e se encontrava amparada nos dispositivos que vieram a ser suspensos.

O Ministro Celso de Mello entendeu incabível a reclamação e a indeferiu liminarmente. Segundo o magistrado, não ocorreu ofensa ao que decidido pelo Plenário, pois a cautelar fora deferida apenas com eficácia *ex nunc* e produziu efeitos apenas a partir da publicação da ata de julgamento no Diário de Justiça da União.

Cumprido, por oportuno, verificar a seqüência cronológica dos atos de nomeação da Conselheira e do julgamento da medida cautelar na ação direta pelo Plenário da Corte, transcrita na decisão do Ministro Celso de Mello, a qual motivou o convencimento do magistrado:

“1. indicação de Elcy de Souza, para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas estadual, aprovada pela Assembléia Legislativa, mediante Decreto Legislativo nº 02, de 06/03/2002 (DOE de 08/03/2002);

2. medida cautelar deferida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 2.409/ES, em sessão de 13/03/2002;

3. nomeação de Elcy de Souza, pelo Governador do Estado, mediante Decreto de 14/03/2002 (DOE de 15/03/2002);

4. posse de Elcy de Souza, como Conselheiro do Tribunal de Contas local, em 15/03/2002 (às 08:30h);

5. comunicação, pelo Supremo Tribunal Federal, do deferimento da medida cautelar, mediante telex expedido em 15/03/2002 (às 18:36h);

6. publicação, no DJU de 20/03/2002, da ata da sessão de julgamento em que outorgado o provimento cautelar referido (ADI 2.409/ES)”.

Como se denota pela cronologia dos fatos, os atos de indicação, nomeação e posse da Conselheira Elcy de Souza ocorreram em momento anterior à publicação no Diário de Justiça da ata da sessão do julgamento do Plenário do STF, que implicou a suspensão da eficácia³⁹ dos dispositivos da Constituição Estadual que davam amparo à prática dos referidos atos pelo Governador.

Assim, como a eficácia atribuída à liminar foi *ex nunc*, não foi permitida a ocorrência de qualquer eficácia retroativa, seja

- mínima, o que implicaria o resguardo dos atos praticados pela Conselheira até o momento em que a decisão passou a operar, sendo atingida a sua nomeação a partir da data em que publicada a ata da sessão de julgamento no Diário de Justiça;
- média, o que implicaria o resguardo dos atos praticados pela Conselheira até o momento em que a decisão passou a

³⁹ Eis a parte dispositiva do voto do Ministro Sydney Sanches, que atuou como relator, cujo voto foi seguido pelos demais integrantes da Corte: “4. Isto posto, defiro a medida cautelar, para suspender a eficácia das alíneas “a”, “b”, “c”, “d” e “e” do § 2º do art. 74 da Constituição do Estado do Espírito Santo, com a redação que lhes foi dada pela Emenda Constitucional n. 26, de 13 de abril de 2000.”

operar, sendo atingida a sua nomeação a partir da data em que publicada a ata de julgamento no Diário de Justiça, assim como os efeitos pendentes dos atos que praticou enquanto permaneceu no cargo;

- máxima, o que implicaria a desconstituição de todos os atos de indicação, nomeação e posse da Conselheira Elcy de Souza, assim como os atos praticados no exercício do cargo.

É importante frisar que o Supremo poderia ter atribuído eficácia retroativa máxima, caso assim desejasse, por mais que essa medida não fosse tecnicamente adequada, dado que o ato de nomeação de um Conselheiro não é um tipo de ato cujos efeitos exaurem no momento da edição da norma. Pelo contrário, a circunstância de o Conselheiro permanecer no cargo durante determinado período permite concluir que se trata de ato que produz efeitos contínuos e futuros.

Portanto, o precedente em questão revela a pertinência da adoção da tese da retroatividade das normas para a concessão da liminar em ADI com efeito *ex nunc* demonstrando, ainda, que o deferimento da medida implica, apenas, a suspensão cautelar da norma, sem que isso enseje na imediata desconstituição de todas as conseqüências futuras dos atos passados.

Sem dúvida, há situação em que o ordenamento jurídico tolera, mesmo que até o julgamento final da ação, a existência, no mundo jurídico, de ato aperfeiçoado com fundamento em dispositivo que aparenta apresentar desconformidade com a Constituição Federal.

4.4. ANÁLISE CRÍTICA AO QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO NO JULGAMENTO DA QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 711/AM

Na sessão realizada em 5 de agosto de 1992, o Plenário do Supremo apreciou questão de ordem na ADI n. 711/AM⁴⁰, suscitada pelo Governador do Estado do Amazonas, para esclarecer qual era a extensão do pronunciamento da Corte que implicou o deferimento, com eficácia *ex nunc*, de medida cautelar para suspender a eficácia do § 10 do art. 111 da Constituição do Estado do Amazonas. Tal dispositivo instituía, em favor do servidor público aposentado por invalidez irreversível, abono mensal permanente, igual a um salário mínimo por quinquênio de efetivo exercício.

Por meio da questão de ordem, o Plenário decidiu que, tendo em vista a concessão da medida cautelar com eficácia *ex nunc* para suspender lei relativa a vencimentos e vantagens de servidores públicos, novos pagamentos aos servidores que já vinham percebendo estipêndios, fundados nas normas suspensas, não poderiam ser realizados. Ficou assentado que a concessão da cautelar alcança os efeitos supervenientes do ato administrativo proferido com base na lei atacada⁴¹.

Pelo que se constata, apesar de a cautelar ter sido

⁴⁰ STF – Plenário – ADI n. 711-QO/AM – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 11.6.1993.

⁴¹ Eis a íntegra da Ementa: “*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. QUESTÃO DE ORDEM. 2. A DECISÃO QUE CONCEDE MEDIDA CAUTELAR, EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, POSSUI EFICACIA, “EX NUNC”. COM A CONCESSÃO DA LIMINAR, O ATO NORMATIVO IMPUGNADO FICA COM SUA EFICACIA SUSPensa, ATÉ O JULGAMENTO FINAL. 3. EM SE TRATANDO DE LEI RELATIVA A VENCIMENTOS E VANTAGENS DE SERVIDORES PUBLICOS, O TRIBUNAL ASSENTOU, POR MAIORIA, VENCIDOS TRES MINISTROS, INCLUSIVE O RELATOR, QUE, DEFERIDA A LIMINAR, NOVOS PAGAMENTOS NÃO SE FAZEM, COM BASE NESSE DIPLOMA, ATÉ O JULGAMENTO FINAL, MESMO QUANTO AOS SERVIDORES QUE JA VINHAM PERCEBENDO ESTIPENDIOS DE ACORDO COM AS NORMAS SUSPENSAS; A CONCESSÃO DA CAUTELAR ALCANCA OS EFEITOS SUPERVENIENTES DO ATO ADMINISTRATIVO, PROFERIDO COM BASE NA LEI ATACADA. 4. O DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR PRODUZ SEUS EFEITOS A PARTIR DA DATA DA PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO NO DIARIO DA JUSTIÇA DA UNIÃO. PETIÇÃO CONHECIDA COMO QUESTÃO DE ORDEM E DECIDIDA NOS TERMOS ACIMA.”*

deferida com efeito *ex nunc*, a Corte entendeu que a medida tinha o condão de alcançar os efeitos futuros dos atos praticados com fulcro na lei, quais sejam, os novos pagamentos aos servidores que percebiam estipêndios com base no dispositivo suspenso.

O acórdão, assim, revelou-se sem a técnica adequada, uma vez que houve eficácia retroativa mínima.

É fato que a decisão foi proferida anteriormente à edição da Lei n. 9.868/1999. Logo, não vigia à época o § 1º do art. 11 do diploma, o qual prevê que “*a medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.*”

Contudo, considerada a edição do dispositivo legal, caso o Supremo venha a deferir uma nova cautelar com o mesmo teor, numa ação similar, deve ter o cuidado de atribuir à medida eficácia *ex tunc*, portanto retroativa, sendo necessária a delimitação do seu alcance aos efeitos futuros de fatos passados, sob pena de pecar pela falta de técnica adequada e propiciar insegurança jurídica aos cidadãos para os quais a decisão é dirigida.

5. CONCLUSÃO

Como já consignou o Supremo Tribunal Federal brasileiro, “*o poder de acautelar é imanente ao poder de julgar*”⁴². Frente a esse entendimento, a Corte passou a admitir a concessão de medidas cautelares em processos objetivo de controle de constitucionalidade, poder esse positivado tanto no texto constitucional, como em lei esparsa.

Uma vez adotado no direito brasileiro o princípio da nulidade da lei inconstitucional, em regra, as decisões

⁴² STF – Plenário – ADC n. 4-MC/DF – Rel. Min. Sydney Sanches – j. 11.2.1998 - DJU 21.5.1999.

proferidas pelo STF e pelas Cortes Estaduais no exercício do controle abstrato possuem eficácia retroativa e atingem os atos jurídicos aperfeiçoados com fulcro na lei inconstitucional.

A mesma consequência, entretanto, não se verifica em casos em que é deferida medida liminar no curso de uma ação direta. Isso porque a concessão da cautelar implica a mera suspensão da vigência da norma e não o reconhecimento da sua nulidade. Daí ter a jurisprudência do STF consolidado o entendimento de que, em geral, o efeito do provimento é *ex nunc*, sendo exceções os casos em que é fixado o efeito *ex tunc*.

Consoante o que dispõe o § 1º do art. 11 da Lei n. 9.868/99, a atribuição de efeito *ex nunc* à cautelar significa que a medida não terá eficácia retroativa.

Desse modo, considerando que, para Kelsen, a atuação do órgão constitucional no exercício do controle se assemelha à de um legislador negativo, é pertinente o emprego da teoria da retroatividade das leis, já exaustivamente debatida pelo Supremo, para compreender os efeitos causados pelo deferimento da liminar na ação direta sobre os atos jurídicos aperfeiçoados com base no diploma normativo suspenso.

Afigura-se seguro afirmar que o significado da eficácia da medida cautelar concedida com eficácia *ex nunc* é o de que o provimento jurisdicional não poderá retroagir para (i) desconstituir atos praticados com fundamento no diploma objeto da ação (retroatividade máxima) e para (ii) atingir efeitos pendentes e futuros dos atos aperfeiçoados com fulcro no ato normativo suspenso (retroatividade média e mínima).

Contudo, como o próprio enunciado do § 1º do art. 11 da Lei n. 9.868/99 prevê, pode a cautelar ser concedida com eficácia *ex tunc* e, portanto, com efeito retroativo. Nesse caso, pelo apego à boa técnica das decisões e de forma a propiciar segurança jurídica, é crucial que seja especificado o grau de retroatividade que terá a medida, de maneira a tornar claro quais os efeitos dos atos jurídicos que pretende a Corte atingir

com o provimento jurisdicional.

