



O efeito repristinatório na declaração de inconstitucionalidade

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira

Procurador do Estado de São Paulo, Mestre e Doutorando em Direito do Estado pela PUC-SP (Sub-área Direito Constitucional), Professor de Direito Constitucional. E-mail: olavoferreira@hotmail.com

Inegável a evolução do controle de constitucionalidade no Direito pátrio nos últimos dezenove anos¹, merecendo aplausos a iniciativa da publicação de trabalho contendo estudos específicos sobre a temática.

Abordaremos o efeito repristinatório que decorre da declaração de inconstitucionalidade, assunto recentemente tratado pelo Supremo Tribunal Federal², que decidiu pela compatibilidade vertical de tal instituto com o Texto Fundamental³.

¹ . Não se pode perder de vista que a Constituição de 1988 constitui marco importantíssimo na evolução do controle de constitucionalidade com ampliação da legitimidade para propositura da ação direta de constitucionalidade (cujo monopólio era atribuído ao Procurador Geral da República) e criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, dentre outras inovações. Cinco anos após, a Emenda Constitucional n. 3/93 introduziu a ação declaratória de constitucionalidade com efeito vinculante. Onze anos após o novo Texto Fundamental, as Leis 9.868/99 (regulamentando o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade) e 9.882/99 (regulamentando o procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental) trouxeram relevantes assuntos, consagrando entendimento do STF sobre diversas questões. A Emenda Constitucional n. 45/2004, constitucionalizou o efeito vinculante da ação direta de inconstitucionalidade (antes previsto na Lei 9.868/99) e ampliou a legitimidade da ação declaratória de constitucionalidade. Tais alterações refletiram no aparecimento de muitos estudos acerca do tema nestes últimos anos.

² . ADI 2154/DF e ADI 2258/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 14.2.2007.

³ . “No que se refere à norma final do § 2º do art. 11 da Lei 9.868/99 (...), o Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado. Salientou-se, inicialmente, que a ação direta foi instituída como instrumento de salvaguarda da higidez da ordem jurídica e não para a tutela de pretensões de direito dos sujeitos legitimados para propô-la e que, em razão disso, a recepção do princípio do pedido no processo objetivo da jurisdição constitucional há de ser dimensionada a partir dessa perspectiva institucional do sistema de controle abstrato de normas. Tendo isso em conta, entendeu-se, na linha adotada pela doutrina portuguesa e pequena parte da brasileira, que o Tribunal pode sobrepor apreciar incidentalmente a constitucionalidade da lei precedente à impugnada para, julgando-a igualmente inválida, impedir sua revivescência decorrente da declaração de inconstitucionalidade da que a tenha revogado. Ressaltou-se que a recusa da repristinação se baseará

1. Origem e conceito

O efeito repristinatório é admitido pelo Pretório Excelso⁴, desde a Constituição anterior⁵, como decorrência do princípio da nulidade do ato inconstitucional⁶. No direito estrangeiro verificamos a existência do efeito em testilha em Portugal⁷ (artigo 282.1 da Constituição Portuguesa⁸), na Áustria (art. 140.6)⁹ e na Alemanha (art. 35, Lei da Corte Constitucional Federal)¹⁰.

Antes de tratarmos do instituto, necessárias algumas palavras acerca do princípio da nulidade do ato inconstitucional.

A Constituição não previu expressamente a sanção cominada ao ato inconstitucional¹¹.

em juízo similar ao da declaração incidente de inconstitucionalidade de norma cuja validade seja prejudicial da decisão principal a tomar, a qual sempre se pode dar de ofício e que nada exclui possa ocorrer no julgamento de uma ADI, onde um mesmo Tribunal, como o STF, cumule as funções de órgão exclusivo do controle abstrato com o de órgão de cúpula do sistema difuso”, ADI 2.154 e ADI 2.258, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14/02/07, Informativo 456.

⁴ . RTJ 146/461-462, Rel. Min. Celso de Mello, ADI 2.028-DF, Rel. Min. Moreira Alves, ADI 2.036-DF, Rel. Min. Moreira Alves, Representação nº 1.077/RJ, Ministro Moreira Alves.

⁵ . STF, RTJ 101/499, 503, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 120/64, Rel. Min. Francisco Rezek.

⁶ . Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 256; Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade*, p. 246.

⁷ . O Tribunal Constitucional “não tem de decidir *expressis verbis* efeitos repristinatórios nem tem de especificar quais as normas repristinadas”, José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, p. 987.

⁸ . Constituição Portuguesa, Artigo 282.º, (Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade), 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado”.

⁹ . Onde o Tribunal Constitucional Federal detém competência para indicar com efeitos vinculantes se o efeito repristinatório é ou não aplicável, neste sentido Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 665.

¹⁰ . Sendo que a Corte decide sobre a incidência do efeito repristinatório, conforme leciona José Adércio Leite Sampaio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 224.

¹¹ . A inconstitucionalidade é vício, que “não se confunde, vale ressaltar, com a sanção de inconstitucionalidade, que é a consequência estabelecida pela Constituição para a sua violação: a providência prescrita pelo ordenamento para a sua restauração, a evolução do vício rumo à saúde constitucional. Caso essa evolução não se verifique espontaneamente ou dependa de intervenção coativa, far-se-á uso dos remédios constitucionais, ou seja, dos instrumentos de garantia compreendidos no chamado controle de constitucionalidade”, Elival da Silva Ramos, *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 63-4.



O princípio da nulidade¹² está implícito¹³ no Texto Fundamental, sendo extraído do controle difuso de constitucionalidade¹⁴.

Acrescentamos que a Constituição Federal¹⁵ dispõe que a inconstitucionalidade é reconhecida por decisão declaratória¹⁶, o que reforça a

¹² Adotamos a lição do professor Celso Ribeiro Bastos que “toda a norma infringente da Constituição é nula”, *Curso de Direito Constitucional*, p. 389. Entendem que a norma constitucional é nula: José Cretella Júnior, *Elementos de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 100; Geraldo Ataliba, *Regime Tributário e Estado de Direito*, site oficial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: www.trf3.gov.br/palestra03.htm, acesso em 28/09/2001; Ruy Barbosa, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo*, p. 47; Alfredo Buzaid, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade*, p. 132; José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 55; Ada Pellegrini Grinover, *Controle da constitucionalidade*, Revista Forense vol. 341, p. 12; Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, p. 256, Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade*, p. 249; André Ramos Tavares, *Tribunal e jurisdição constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 121; Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 25; Michel Temer, *Elementos de Direito Constitucional*, 12ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 40; José Adércio Leite Sampaio, *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 208 (este fala em nulidade no controle concentrado e inaplicabilidade no incidental), Ives Gandra da Silva Martins, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 205-7, Lenio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 541; José Rogério Cruz e Tucci, *Aspectos processuais da denominada Ação declaratória de constitucionalidade*, Ação declaratória de constitucionalidade, Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes coordenadores, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 151; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 301 (especificamente sobre o Direito Constitucional brasileiro) e Juliano Taveira Bernardes, *Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 347. No mesmo sentido é o entendimento do STF: RE-93173 / SP, Relator Min. Firmino Paz, Julgamento 15/06/1982 – 2ª Turma; RE-56192 / RN, Relator(a) Min. CÂNDIDO MOTTA, Julgamento 23/03/1965 - PRIMEIRA TURMA; ADIMC-1434 / SP AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA CAUTELAR, Relator Min. CELSO DE MELLO; Julgamento 20/08/1996 - Tribunal Pleno; ADIQU-652/MA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - QUESTÃO DE ORDEM, Relator Min. CELSO DE MELLO, Julgamento 02/04/1992 - TRIBUNAL PLENO; Rp. 980, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ n. 96, p. 496 (508); RE 103.619, Relator: Ministro Oscar Corrêa, RDA n. 160, p. 80 e s.; RTJ 55/744, 87/758, 89/367, 95/993, e 101/503.

¹³ Não se pode olvidar que entre os princípios implícitos e os expressos “não se pode falar em supremacia”. É dizer, ambos retiram fundamento de validade do mesmo texto jurídico, segundo lição de Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, São Paulo: Saraiva, p. 90.

¹⁴ “O sistema de controle de constitucionalidade funciona como critério identificador da sanção de inconstitucionalidade acolhida pelo ordenamento. Assim, a sanção de nulidade exige a presença do controle via incidental, apresentando a decisão que constata a incidência da sanção aparência de uma retroatividade radical, por redundar na negativa de efeitos *ab initio* ao ato impugnado. Já a sanção de anulabilidade aparece necessariamente associada ao controle concentrado, em que se produzam decisões anulatórias com eficácia erga omnes e não-retroativas ou com retroatividade limitada”, Elival da Silva Ramos, *A inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 94. Canotilho concorda com os ensinamentos acima: “No caso do judicial *review* o efeito típico é o da nulidade e não simples anulabilidade”, op. cit., p. 875. Vale lembrar que o ordenamento constitucional pátrio adotou o sistema híbrido ou misto, isto é temos o controle difuso e concentrado.

tese da nulidade do ato inconstitucional, considerando que as decisões declaratórias¹⁷ reconhecem atos nulos¹⁸, não anuláveis¹⁹.

Verificada a premissa inicial no sentido da existência da sanção nulidade no ordenamento pátrio, resta conceituar o objeto do nosso estudo.

O efeito repristinatório significa que a norma declarada inconstitucional não foi apta para revogar validamente a lei anterior que tratava

¹⁵ . Constituição Federal: Artigo 52, X – “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei **declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal**”; e 103, § 2.º “**Declarada a inconstitucionalidade por omissão** de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”; e Art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a **ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal** e 102, III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: ... b) **declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal**”; e Art. 97. “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais **declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público**”.

¹⁶ . Aplicável a lição de Carlos Maximiliano: “interpretem-se as disposições de modo que não pareça haver palavras supérfluas e sem força operativa”, *Hermenêutica e aplicação do Direito*, 7ª ed., São Paulo: Editora Livraria Freitas Bastos S/A, 1961, p. 312.

¹⁷ “O processo meramente declaratório visa apenas à declaração da existência ou inexistência da relação jurídica”, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 10ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 302. Entendemos que é aplicável o conceito acima aos processos de controle abstrato, já que a inconstitucionalidade é uma relação jurídica.

¹⁸ Canotilho aponta: “Fala-se em efeito declarativo quando a entidade controlante se limita a declarar a nulidade pré-existente do acto normativo. O acto normativo é absolutamente nulo (*null and void*) e, por isso, o juiz ou qualquer outro órgão de controlo ‘limita-se’ a reconhecer declarativamente a sua nulidade. É o regime típico do controle difuso”, op. cit., p. 875.

¹⁹ Sobre o tema vide nosso Controle de Constitucionalidade e seus efeitos, São Paulo: Método, 2005, 2ª edição. Walber de Moura Agra afirma que em alguns casos a decisão de inconstitucionalidade é constitutivo-negativa, “tornando-se o ato inconstitucional por vontade do Poder Judiciário, dimensionando-se o STF como um órgão legislativo negativo”, Curso de Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 495.

da mesma matéria, uma vez que nasceu nula²⁰. Ocorre uma pseudo-revogação²¹.

Na feliz síntese de Rui Medeiros:

“A norma pretensamente revogada pela norma inconstitucional se mantém em vigor”²².

Declarada a inconstitucionalidade da norma revogadora, constata-se que ocorreu uma mera pretensão da norma nula revogar outra norma²³.

Vem à propósito afirmar que repristinação e efeito repristinatório são vocábulos inconfundíveis²⁴, pois “a termos diversos não se deve atribuir o mesmo conteúdo”.²⁵

²⁰ . Jörn Ipsen afirma que trata-se de uma evidência dogmática no quadro da teoria da nulidade da lei inconstitucional, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, p. 258.

²¹ . Expressão sugerida pelo Professor Andrey Borges de Mendonça, autor de excelente estudo sobre a inconstitucionalidade por arrastamento, no presente livro.

²² . Op. cit., p. 652.

²³ . “A norma anterior não chegou juridicamente a cessar a sua vigência. Por isso, e como sempre, ela mantém-se em vigor e continua a ser aplicável após a decisão de inconstitucionalidade”, Rui Medeiros, op. cit., p. 652.

²⁴ Neste sentido Guilherme Peña de Moraes, *Direito Constitucional – Teoria da Constituição*, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 248, nota de rodapé 248; e Juliano Taveira Bernardes, *Efeitos das normas constitucionais no sistema normativo brasileiro*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 41, este doutrinador trata de uma **aparente** ligação do efeito repristinatório com a repristinação. Em sentido contrário alguns julgados do STF tratam das expressões para designar o mesmo instituto, vide RE 114.689-3, Relator Ministro Oscar Corrêa, j. 11/12/1987; ADIN 2574, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 29/08/2003; ADIN 2847, Relator Ministro Carlos Velloso, J. 05/08/2004; ADI 2.154 e ADI 2.258, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14/02/07, Informativo 456. Luís Roberto Barroso emprega as expressões como sinônimas: “a premissa da não-admissão dos efeitos válidos decorrentes do ato inconstitucional conduz, inevitavelmente, à tese da repristinação da norma revogada. É que, a rigor lógico, sequer se verificou a revogação no plano jurídico. De fato, admitir-se que a norma anterior continue a ser tida por revogada importará na admissão de que a lei inconstitucional inovou na ordem jurídica, submetendo o direito objetivo a uma vontade que era viciada desde a origem. Não há teoria que possa resistir a essa contradição”, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 3a ed., Saraiva, p. 92/93.

²⁵ . Celso Ribeiro Bastos, *Hermenêutica e interpretação constitucional*, p. 117.



Clèmerson Clève²⁶ aponta as diferenças entre os institutos:

O efeito repristinatório é “o fenômeno da reentrada em vigor da norma *aparentemente* revogada. Já a *repristinação*, instituto distinto, substanciaria a reentrada em vigor da norma *efetivamente* revogada em função da revogação (mas não anulação) da norma revogadora”²⁷. Esta somente é permitida caso exista previsão legislativa expressa, por vedação da Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 2º, parágrafo 3º.

A repristinação é um fenômeno legislativo, que versa sobre vigência. Enquanto que o efeito repristinatório é uma decorrência da declaração de nulidade de um ato normativo, que não revogou validamente outro, envolvendo duas leis e uma decisão judicial.

Em síntese, na repristinação temos um instituto que envolve a vigência de três atos normativos, todos válidos, ao passo que no efeito repristinatório temos duas leis e a posterior não revogou validamente a anterior, diante da sua inconstitucionalidade.

Na doutrina²⁸ há quem se manifeste contrariamente ao efeito repristinatório, afirmando que não se harmoniza com o princípio da segurança jurídica. Contudo, razão não lhe assiste já que a ausência de tal efeito provocaria um vazio normativo, obrigando a integração de lacuna²⁹. O efeito repristinatório é compatível com o princípio da segurança jurídica³⁰, pois viabiliza a certeza da norma aplicável³¹ sobre determinado assunto.

²⁶ . *A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 250, nota de rodapé 259.

²⁷ . *Ibidem*, p. 250.

²⁸ . Amedeo Franco, *Considerazioni sulla dichiarazione di inconstituzionalità di disposizioni espressamente abrogatrici*, Giur. Cost., 1974, II, p. 3449 e 3450.

²⁹ . Rui Medeiros, *op. cit.*, p. 653.

³⁰ . Segundo leciona Paulo de Barros Carvalho o princípio da segurança jurídica dirige-se “à implantação de um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações interhumanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da conduta. Tal sentimento tranquiliza os cidadãos, abrindo espaço para o

Não há falar-se que a atribuição do efeito em testilha acarreta na atuação do Tribunal como legislador positivo. Trata-se de decorrência automática³² da decisão declaratória de inconstitucionalidade, consoante vimos anteriormente, e as normas aparentemente revogadas pela norma inconstitucional “já estão latentes no ordenamento jurídico, não sendo portanto criadas pelo órgão de controlo da constitucionalidade”³³.

2. Aplicação do efeito repristinatório

O efeito repristinatório é expressamente consagrado no direito positivo (Lei nº 9.868/99, art. 11, § 2º³⁴), apenas quanto ao deferimento da cautelar³⁵. Contudo, a mesma regra é aplicável às decisões de mérito nas ações de controle abstrato, já que decorrente da nulidade do ato inconstitucional.

Quanto às decisões de mérito proferidas na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade³⁶, não há dúvida da existência do efeito em estudo como regra. Resta saber: e a decisão prolatada na argüição de descumprimento de preceito fundamental?

planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza”, p. 92. Dimitri Dimoulis afirma que a “segurança jurídica é o resultado (subjeto e de cunho psicológico) de uma configuração jurídica cujo elemento principal (objetivo) é a previsibilidade das conseqüências jurídicas”, Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político, São Paulo: Método, 2006, p. 198.

³¹ . “Além de tudo, como conclui Radbruch, um direito incerto é também um direito injusto, pois não é capaz de assegurar a fatos futuros tratamento igual”, Ministro Moreira Alves, STF, Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1-1/DF.

³² . A expressão é empregada por Rui Medeiros, op. cit., p. 655.

³³ . Rui Medeiros, op. cit., p. 655.

³⁴ . Art. 11, § 2.º, Lei n. 9.868/99 – “A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário”.

³⁵ . “A declaração de inconstitucionalidade *in abstracto*, de um lado, e a suspensão cautelar de eficácia do ato reputado inconstitucional, de outro, importam - considerado o efeito repristinatório que lhes é inerente - em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato”, ADIn 2.215-PE (Medida Cautelar), Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 17 de abril de 2001.

³⁶ . Logicamente julgando improcedente a ação declaratória.

Entendemos que apenas têm efeito repristinatório as decisões prolatadas neste último instrumento, que reconheçam o descumprimento de preceito fundamental por parte de determinado ato normativo, uma vez que o efeito repristinatório é aplicável apenas aos atos normativos, e não a todo e qualquer ato do Poder Público.

O Supremo Tribunal Federal pronunciou-se favoravelmente à aplicação do efeito repristinatório no controle difuso³⁷, com efeito apenas entre as partes, logicamente:

“ITBI: progressividade: L. 11.154/91, do Município de São Paulo: inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade, reconhecida pelo STF (RE 234.105), do sistema de alíquotas progressivas do ITBI do Município de São Paulo (L. 11.154/91, art. 10, II), atinge esse sistema como um todo, devendo o imposto ser calculado, não pela menor das alíquotas progressivas, **mas na forma da legislação anterior, cuja eficácia, em relação às partes, se restabelece com o trânsito em julgado da decisão proferida neste feito**”³⁸.

O Supremo Tribunal Federal³⁹ e a doutrina⁴⁰ entendem que o chefe do Poder Executivo pode descumprir a lei inconstitucional, com fundamento no princípio da constitucionalidade (que está acima da legalidade), no princípio da supremacia da Constituição e de diversas normas

³⁷ . Em Portugal o efeito repristinatório é aplicável na fiscalização concreta de constitucionalidade:
“De facto, se a norma inconstitucional é inválida *ab initio* e como tal deve ser considerada, não se pode reconhecer efeitos jurídicos à norma inconstitucional revogatória ou, pelo menos, o juízo de inconstitucionalidade, mesmo quando proferido em sede de fiscalização concreta, destrói retroactivamente tais efeitos”, Rui Medeiros, *op. cit.*, p. 656. O Tribunal Constitucional lusitano já aplicou tal entendimento Acórdão n. 103/87 e n. 490/89.

³⁸ . RE 260.670-7-SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 26/05/2000, grifo nosso.

³⁹ . Neste sentido, Supremo Tribunal Federal: RTJ 96/496, 1981, p. 508, Rep. N. 980-SP, Relator Ministro Moreira Alves; Adin 221-DF, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 151/331, 1995.

⁴⁰ . Neste sentido, Elival da Silva Ramos, *op. cit.*, p. 238.



constitucionais, tais com as previstas nos artigos 23, I⁴¹, 85⁴², dentre outras. Resta saber, uma vez afastada a norma inconstitucional pelo Executivo é aplicável o efeito repristinatório?

A resposta é afirmativa, aplicável o efeito em estudo pelos mesmos fundamentos que nos referimos quanto ao Poder Judiciário⁴³. Uma ressalva merece ser feita: uma vez apreciada a questão em processo objetivo, seja em sede cautelar⁴⁴ ou de mérito, a posição do Judiciário é obrigatória, ante a existência do efeito vinculante. Da mesma forma, caso exista súmula com efeito vinculante sobre o assunto, deverá ser respeitada, sob pena de cabimento de reclamação em ambas as situações.

3. Restrição à aplicação do efeito repristinatório

Clèmerson Merlin Clève adverte para o fato de que nem sempre o efeito repristinatório é vantajoso. A norma que foi revogada pela norma declarada inconstitucional pode

“padecer de inconstitucionalidade ainda mais grave que a do ato nulificado. Previne-se o problema com o estudo apurado das eventuais conseqüências que

⁴¹ . Constituição Federal: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público”.

⁴² . Constituição Federal: “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal”.

⁴³ . Uma situação poderá ser imaginada: o Chefe do Poder Executivo verifica a inconstitucionalidade da norma que dispõe sobre o cálculo de um tributo, tal como fez o STF no julgado anteriormente citado (RE 260.670-7-SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 26/05/2000). Entendemos que poderá afastá-la e aplicar à anterior, perfeitamente válida, evitando, desta forma, a prática de crime de responsabilidade, previsto no artigo 85 da CF.

⁴⁴ . Sobre as diferenças entre cautelar, tutela antecipada e liminar no controle abstrato de constitucionalidade vide nosso Controle de Constitucionalidade e seus efeitos, São Paulo: Método, 2005, 2ª edição.



*a decisão judicial haverá de produzir. O estudo deve ser levado a termo por ocasião da propositura, pelos legitimados ativos, da ação direta de inconstitucionalidade. Detectada a manifestação de eventual eficácia repristinatória indesejada, cumpre requerer, igualmente, já na inicial da ação direta, a declaração de inconstitucionalidade, e, desde que possível, a do ato normativo ressuscitado”.*⁴⁵

O Supremo Tribunal Federal aplicou o entendimento acima, conforme se percebe pelo trecho da ementa abaixo transcrito:

“A QUESTÃO DO EFEITO REPRISTINATÓRIO INDESEJADO. NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE FORMULAÇÃO DE PEDIDOS SUCESSIVOS DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE TANTO DO DIPLOMA ABROGATÓRIO QUANTO DAS NORMAS POR ELE REVOGADAS, DESDE QUE TAMBÉM EVIDADAS DO VÍCIO DA ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO, NO CASO, DO DIPLOMA LEGISLATIVO CUJA EFICÁCIA RESTAURAR-SE-IA EM FUNÇÃO DO EFEITO REPRISTINATÓRIO. HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE DA AÇÃO DIRETA. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA”.

⁴⁶

Daniel Sarmento afirma:

“Entendemos que, da conjugação dos arts. 11, § 2º, e 27 da Lei 9868, é possível inferir uma autorização para que o STF, mediante um juízo de ponderação, restrinja ou até mesmo afaste os efeitos repristinatórios das decisões no controle de constitucionalidade. Mas, sempre que a restrição à repristinação decorrer não de um juízo sobre a inconstitucionalidade da lei revogada, mas de uma avaliação política do STF, calcada em ‘razões de

⁴⁵ . A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro, p. 250.

⁴⁶ . ADIn 2.215-PE (Medida Cautelar), Rel. Min. Celso de Mello, 17/04/2001. No mesmo sentido ADI 2.132/MC, Ministro Moreira Alves, DJ de 05/04/02; ADI 2.242, Ministro Moreira Alves, DJ de 19/12/01; ADI 3218 / CE, Relator Ministro Eros Grau, j. 7/12/2004; ADI 2883/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 30/8/2006 .



*segurança jurídica ou de excepcional interesse social', pensamos que o quorum de 2/3, previsto no art. 27 da Lei 9.868, também deverá ser exigido*⁴⁷.

O efeito repristinatório não deve ser aplicado nas hipóteses em que a norma revogada pela declarada inconstitucional também é inválida⁴⁸. Aplicável à hipótese, conforme leciona Daniel Sarmento, o instituto da modulação ou restrição dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade⁴⁹.

4. Conclusões

O princípio implícito da nulidade do ato inconstitucional é extraído do controle difuso de constitucionalidade e da natureza declaratória da decisão que reconhece a inconstitucionalidade.

O efeito repristinatório é decorrência do princípio da nulidade do ato inconstitucional. No direito estrangeiro verificamos a existência deste em Portugal (artigo 282.1 da Constituição Portuguesa), na Áustria (art. 140.6) e na Alemanha (art. 35, Lei da Corte Constitucional Federal).

⁴⁷ . *Hermenêutica e jurisdição constitucional*, p. 37.

⁴⁸ . Em Portugal, o efeito repristinatório não é aceito incondicionalmente. “Tendo em conta a sua razão de ser é lógico que: “(i) existam esses efeitos quando entre nenhuma norma e a norma repristinada, seja esta a solução mais razoável ; (ii) não existam quando a norma declarada inconstitucional não tiver revogado qualquer norma anterior. No caso de a norma repristinada ser inconstitucional não está vedada ao TC a possibilidade de conhecer dessa inconstitucionalidade para fundamentar nela a recusa de efeitos repristinatórios (cfr. Ac. TC 56/84). Mais duvidoso (por violar o princípio do pedido) é a possibilidade de o TC conhecer e declarar a inconstitucionalidade das normas repristinadas (Ac. 452/95, DR, II, 21-11)”, José Joaquim Gomes Canotilho, op. cit., p. 988. No mesmo sentido é o entendimento de Rui Medeiros, op. cit., p. 660.

⁴⁹ . *Ibidem*, mesma página. Sobre o tema vide nosso *Controle de Constitucionalidade e seus efeitos*, São Paulo: Método, 2005, 2ª edição.



O efeito repristinatório significa que a norma declarada inconstitucional não foi apta para revogar validamente a lei anterior que tratava da mesma matéria, uma vez que nasceu nula.

Repristinação e efeito repristinatório são inconfundíveis. Naquela temos um instituto que envolve a vigência de três atos normativos, todos válidos, ao passo que neste temos duas leis e a posterior não revogou validamente a anterior, diante da sua inconstitucionalidade.

O efeito repristinatório é compatível com o princípio da segurança jurídica, já que a sua inexistência provocaria um vazio normativo, obrigando a integração de lacuna.

Aplica-se o efeito em estudo na declaração de inconstitucionalidade de ato normativo no controle concentrado e no controle difuso, pois se trata de consequência da nulidade do ato normativo revogador. Da mesma forma, o mesmo é aplicável quanto à lei inconstitucional cuja aplicação é afastada pelo Chefe do Poder Executivo.

Não se aplica o efeito repristinatório quando a lei anterior é inconstitucional, impondo-se a restrição do mesmo.