

# O ATO JURÍDICO PERFEITO E A SEGURANÇA JURÍDICA NO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

Por REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI\*

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.—2. SEGURANÇA JURÍDICA.—3. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE COMO SOLUÇÃO PARA O CONFLITO DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS NO TEMPO: A) Conflito de leis no tempo — princípio da retroatividade e irretroatividade. B) Natureza jurídica da Lei de introdução ao Código Civil. C) Ato jurídico perfeito e direito adquirido. D) O ato jurídico perfeito e o controle da constitucionalidade: a) *Revogação, inconstitucionalidade, nulidade*.—4. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE: A) Efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. B) Limites à manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.—5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## ABSTRACT

This article studies the faculty conferred on the Supreme Federal Court of Brazil (Supremo Tribunal Federal) by acts 086/99 and 9882/99 to restrict the effects of a declaration of unconstitutionality on the grounds of juridical certainty or exceptional social interest, although the constitution does not expressly allow such broad powers of restriction. Special attention is paid to the significance of the concept of legal certainty and how applying the principle of non-retroactivity may be a mechanism for solving conflicts between normative acts and laws over time. The author also distinguishes between the concepts of repeal, unconstitutionality and nullity in order to determine the time effects of declarations of unconstitutionality and their limits within Brazilian law. She points out that nullity, as an elementary consequence of unconstitutionality, is not always sufficient or necessary, because on occasions rather than resolving the normative conflict, it deepens the status of unconstitutionality.

*Key words:* Declaration of unconstitutionality, legal certainty, non-retroactive.

---

\* Professora de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná, da Universidade Tuiuti do Paraná e da UNIBRASIL. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutora pela Universidade Federal do Paraná.

## RESUMEN

En esta contribución la autora estudia la facultad que las leyes 9868/99 y 9882/99 confieren al Supremo Tribunal Federal de Brasil para restringir los efectos de la declaración de inconstitucionalidad por razones de seguridad jurídica o de excepcional interés social, en un entorno en donde la Constitución no autoriza expresamente una restricción de estos alcances. En virtud de lo anterior, se pone especial atención en el significado del concepto «seguridad jurídica» y se advierte como la aplicación del principio de irretroactividad puede ser un mecanismo de solución de los conflictos entre leyes y actos normativos en el tiempo. La autora distingue, además, entre los conceptos de revocación, inconstitucionalidad y nulidad con el objeto de determinar los efectos temporales de las declaraciones de inconstitucionalidad y sus límites dentro del derecho brasileño, señalando que la nulidad, como consecuencia elemental de la inconstitucionalidad, no es siempre adecuada o necesaria porque en ocasiones más que resolver el conflicto normativo profundiza el estado de inconstitucionalidad.

*Palabras clave:* Declaración de inconstitucionalidad. Seguridad jurídica. Irretroactividad.

## 1. INTRODUÇÃO

O interesse pelo estudo sobre o tema, parte da promulgação das Leis 9868/99 e 9882/99 que em seus artigos 27 e 11, determinam que, respectivamente, «Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado»<sup>1-2</sup>.

É bom que se diga que parcela da doutrina brasileira tem sustentado a invalidade, parcial ou total, desses dispositivos, havendo, inclusive, ações diretas de inconstitucionalidade propostas a respeito, cujo mérito ainda não foi definitivamente resolvido.

Conforme Paulo Roberto Lyrio Pimneta, «não pode o Poder controlado editar norma infraconstitucional restringindo ou até mesmo ampliando a competência do órgão controlador, no caso o Poder Judiciário»<sup>3</sup>. Tal

<sup>1</sup> BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. In: *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 1, 11 nov. 1999. Seção 1. Art. 27.

<sup>2</sup> BRASIL. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. In: *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 2, 6 dez. 1999. Seção 1. Art. 11.

<sup>3</sup> PAULO ROBERTO LYRIO PIMNETA, *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 99.

possibilidade já se encontra implícita no sistema constitucional, sendo desnecessária tal previsão.

Por sua vez, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que a previsão da competência do Supremo para manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade «resultará na inutilidade do controle. Não é mais rígida a Constituição Brasileira» (NR. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (leis nº 9868, de 10 de novembro e nº 9882/99 de 3 de dezembro de 1999). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 220, p. 11).

Oswaldo Palu considera que a restrição é compatível com a Constituição, no entanto, a Lei Fundamental é ofendida quando a Lei prevê a possibilidade de fixação dos efeitos para um momento posterior ao da data do trânsito em julgado da declaração. O «legislador ordinário não tem poderes para atribuir ao STF competência para que este determine a observância de uma lei, já declarada — somente a Constituição poderia fazê-lo». (NR. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2ª. Ed., São Paulo, RT., 2001, p. 184-185).

Esse é, também, o entendimento de Lênio Luiz Streck, pois concorda com a aplicação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir da decisão do Supremo, mas não aceita a autorização para restringir os efeitos a partir de outro momento que não o trânsito em julgado.

Eduardo Rocha Dias ressalva que, no caso de matéria tributária, a aplicação dos efeitos *ex nunc*, exige demonstração de que houve efetiva aplicação em benefício da coletividade dos valores pagos indevidamente, com base em lei inconstitucional, sob pena de «incentivar o legislador e sobretudo o Executivo, que detém a possibilidade de criar tributos através de medidas provisórias, a instituírem exações inconstitucionais, confiantes de que eventual decisão que reconhecesse tal vício somente produziria efeitos a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento posterior» (NR. *Alterações no processo de controle abstrato de constitucionalidade e a extensão do meio vinculante à ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. (NR. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, *Dialética*, nº 55, p. 61. 2000).

Octavio Campos Fischer considera que as leis aqui analisadas, não só interpretaram o texto constitucional, pois foram além, operaram uma «indevida restrição nos poderes do Supremo Tribunal Federal», pois se antes poderia, em tese, manipular os efeitos com fundamento em qualquer valor constitucional, agora «somente em caso de ‘segurança jurídica’ ou de ‘excepcional interesse social’», é que poderá o Supremo restringir os efeitos daquela declaração e conclui que a outorga de competência ao Judiciário para analisar a validade das leis «já lhe confere poderes para manipular os efeitos da sua decisão em tais situações, o art. 27 da Lei 9868 é formal e materialmente inconstitucional, seja porque tratou de questão que

não é de sua alçada e, ao fazê-lo, restringiu o campo de atuação do Judiciário» (NR. Tese de doutoramento apresentada na UFPR, em 15 de agosto de 2002, p. 168- 170).

A constitucionalidade dos artigos 27 da Lei 9868/99 e 11 da Lei 9882/99 foi questionada nas ações diretas de inconstitucionalidade de números 2.231 e 2.258, sendo que o Relator da ADIn 2231, Ministro Neri da Silveira, «votou pelo indeferimento da medida cautelar por considerar que, cuidando-se de processo de natureza objetiva, não há norma constitucional que impeça o legislador ordinário autorizar o STF a restringir, em casos excepcionais, por razões de segurança jurídica, os efeitos de suas decisões». (NR. Informativo do STF 253).

O alcance, no tempo, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade sempre foi, em nosso sistema jurídico, resultado de uma postura jurisprudencial que, com o tempo, abandona a posição radical no que diz respeito a considerar a lei inconstitucional nula *ab initio* e carecedora de produção de efeitos e passa a aceitar algum tipo de abrandamento.

Sempre se reconheceu a necessidade de um diploma legal para acabar com a incerteza no que tange a capacidade de determinar no tempo o alcance dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, para coroar nossa expectativa, surgem no ano de 1999 as Leis 9868 e 9882 que tratam, respectivamente, sobre o processo das ações diretas de inconstitucionalidade, das ações declaratórias de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, dispondo sobre a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da inconstitucionalidade, tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, delimitando que a decisão só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

É lógico que seria diferente se a Constituição determinasse a possibilidade do Supremo restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo, mas não é possível esquecer que neste ponto seria, também, necessário estabelecer uma linha de demarcação máxima para a atuação do Supremo Tribunal Federal, na medida em que nossa Lei Fundamental prevê, no art.60, parágrafo 4º, limites ao exercício do poder reformador, o que leva ao reconhecimento de que só o Poder Constituinte originário é ilimitado e que só ele seria capaz de determinar, de forma ampla, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Como, entre nós, a postura relativa a aceitar a nulidade *ab initio* da lei inconstitucional sempre foi decorrente de posicionamento jurisprudencial, não parece chocar ou ser inconstitucional a previsão legal da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Assim, aqui não cabe rechaçar a flexibilização dos efeitos, mas simplesmente constatar que a forma como foi implantada no direito positivo brasileiro dá causa a

diversas posições e questionamentos, o que, seguramente, não propiciará a tranquilidade e segurança, finalidade principal do direito.

A fórmula esposada pelo legislador infraconstitucional é indeterminada, pois usa expressões como «razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social», o que propicia ao Supremo Tribunal Federal competência para determinar que uma lei ou ato do Poder Público, que, manifestamente descumpra a Constituição, continue sendo aplicada, cobrada ou executada por meses a fio, depois de detectada sua inconstitucionalidade.

A proposta de análise parte de uma premissa que não pode ser desvirtuada sob pena de anular a importância do direito como um todo, ou seja, este só tem sua razão de existir na medida em que, proporcionando harmonia na convivência social, traz à sociedade a satisfação de suas necessidades de segurança e estabilidade em seu relacionamento.

É em torno do conhecimento da idéia de direito que o jurista desenvolve o seu estudo, o que, como consequência, leva à necessidade de determinar um conceito de direito operante para o desenvolvimento do tema ora analisado, dentro do que Lourival Vilanova ao tratar do conceito de direito, considera como a definição real-essencial, ou seja, não se busca, neste momento uma definição nominal, vale dizer, o significado da palavra direito, mas uma definição temporalmente adequada, concebido como objeto cultural e como tal imbuído da realização do ideal de justiça. Vale dizer, direito este construído e construtor de sua história, que é quântico porque relaciona o dever ser com o ser de um sistema social<sup>4</sup> e assim, é feito sob medida para proteger a liberdade e a dignidade do homem<sup>5</sup>.

Quando se trata de buscar a segurança jurídica, impossível esquecer de Jeremy Bentham quando aconselha que as normas jurídicas devem ser interpretadas a partir dos efeitos reais por elas produzidos, pois só seriam justas as que, ao serem aplicadas, produzissem bons efeitos e injustas as que, em decorrência de sua aplicação, produzissem consequências desfavoráveis. Adotando a utilidade como um critério objetivo para qualificar os efeitos justos e bons, injustos e desfavoráveis, considera mau o que causa dor e bom o que dá prazer, o que tende a realizar a felicidade de todos ou de um maior número de pessoas.

Classificando engenhosamente as espécies de agradável e desagradável e a relação existente entre elas, criou várias teorias sobre a causação social e o método valorativo das vantagens e desvantagens sociais, considerando que a função da ciência do direito consiste em determinar o conjunto dos interesses mais valiosos da uma sociedade e estabelecer uma

<sup>4</sup> Ler: GODOFREDO TELLES JÚNIOR, *O direito quântico*, 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1971. p. 415 e seguintes.

<sup>5</sup> LOURIVAL VILANOVA, *Sobre o conceito do direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1947, p. 28-29.

hierarquia entre eles, busca conciliar o maior número possível de interesses lícitos<sup>6-7</sup>.

A concepção do direito é prática e resulta da vida social e sua finalidade é a paz, já ensinava Rudolf Von Ihering, isto é, as normas jurídicas, embora a importância da letra da lei, deve ser interpretada conforme os fins por ela visados, uma vez que a norma não é um fim em si mesmo, mas um meio a serviço de uma finalidade, que é a harmonia da vida em sociedade. Assim, o direito não pode ser o mesmo em todo tempo e lugar, mas deve adaptar-se às condições do povo, às necessidades da época. Portanto, «o direito não pode apresentar a mesma solução para todos os casos»<sup>8</sup>.

Não obstante, sem se distanciar dos valores mais importantes para uma determinada sociedade e da concepção que o direito resulta da vida social, o realismo jurídico se apóia tão somente na realidade efetivamente existente. Para os realistas, o direito real e efetivo é o declarado pelos tribunais ao decidirem um caso concreto, isto porque o legislador emite palavras que só entrarão em ação efetiva com a sentença judicial. Assim, o direito passa a existir após a decisão judicial<sup>9</sup>.

É neste sentido a opinião de Ricaséns Siches, quando afirma que o magistrado completa a obra do legislador, pois só se sabe o direito quando a sentença avaliando as situações individuais e concretas, faz com que prevaleçam os valores que inspiraram a elaboração da lei. O processo de criação jurídica vai desde o trabalho do legislador até a sentença judicial e a decisão administrativa, sem solução de continuidade. O intérprete e aplicador da norma jurídica deve ser fiel, não só à sua palavras, mas aos seus fins e ao seu espírito. Para ele só a lógica do razoável é adequada na seara jurídica, porque para solucionar o caso concreto, interpreta a norma à luz dos fins almejados, levando em conta o texto legal e a razão pela qual a norma foi promulgada<sup>10</sup>.

Isto posto, vê-se que a segurança jurídica e a harmonia das relações sociais representam a essência da proteção e da certeza do direito, na medida em nome delas é que se busca a sua realização e que é em nome dessa mesma realização que se desenvolve todo o objeto da ciência do direito, bem como o estudo que se propõe para análise.

<sup>6</sup> LUIS RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1973. p. 38-40.

<sup>7</sup> MARIA HELENA DINIZ, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 58.

<sup>8</sup> DINIZ, *op. cit.*, p. 60; RECASÉNS SICHES, *op. cit.*, p. 40-48.

<sup>9</sup> DINIZ, *op. cit.*, p. 75-76.

<sup>10</sup> RECASÉNS SICHES, *op. cit.*, p. 128-178.

## 2. SEGURANÇA JURÍDICA

Quando se fala em segurança das relações sociais, não cabe nenhuma dúvida que se está frente a uma pretensão cujo valor decorre da dimensão social em que é analisada, e que o Direito é o único veículo idôneo e imprescindível para protegê-la.

Antes de qualquer coisa deve-se ressaltar que a expressão «segurança jurídica» encontra-se dentre aquelas que não possuem uma significação unívoca, precisa, mas que padece de certa imprecisão e fluidez, o que leva a caracterizá-la como plurissignificativa. Conseqüentemente, mesmo traduzindo a certeza do direito aplicável, não apresenta um só significado, ou seja, quando se pensa que a segurança jurídica significa o direito justo, determinar o seu conteúdo não é tarefa fácil, na medida em que em determinadas situações ninguém poderá se furtar de reconhecer que existe a presença do respeito à segurança jurídica e, em outros, a negação de sua existência é patente. Porém, em que pese estas duas zonas de certeza, existe entre elas uma zona de incerteza que medeia estas duas posições e que só será dissipado frente à análise de um caso concreto.

Assim é que, conforme muito bem observa César Garcia Novoa, «Se o Direito não pode garantir que todos os indivíduos se sintam seguros, deve, pelo menos, implementar as condições objetivas para que a segurança seja a maior possível». Portanto, a existência da ordem jurídica estatal, como uma ordem coativa justa, eticamente aceitável, é a garantia da segurança, visto que só ela é quem justifica o seu surgimento<sup>11</sup>.

Bem ponderou Recaséns Siches analisando o principal motivo do direito, que este surgiu para prestar culto à idéia de justiça e fornecer segurança e certeza à vida social, porque a segurança é um valor fundamental do jurídico, sem ela não pode haver direito. O Direito, a partir do ponto de vista formal, não é um fim, mas um meio para assegurar a realização de certos fins que os homens reputam como de indispensável cumprimento. Assim, não radica no que é, mas no como<sup>12</sup>.

Tratando da certeza do direito, Maria Helena Diniz cita Kohler quando diz: «toda cultura requer firmeza de relações, sem o que o povo seria lançado no braço da dissolução; todo o impulso para estabelecer a ordem jurídica e nela viver repousa na crença de que a criação jurídica deve perdurar»<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> CÉSAR GARCÍA NOVOA, «Seguridad jurídica y derecho tributario». In: CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (Org.), *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 1: Direito tributário, p. 45-47.

<sup>12</sup> LUIS RECASÉNS SICHES, *Vida humana y derecho: nueva filosofía del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1973. p. 296.

<sup>13</sup> MARIA HELENA DINIZ, *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 176.

A idéia de segurança jurídica está ligada à concepção de Estado de Direito, isto é, com a noção de em um determinado estado, a lei nasce por todos e para todos e submete a todos, inclusive aos governantes, ao Poder Público, ou seja, a legitimidade do exercício do poder repousa na legalidade, na sua juridicidade, porém, não basta para que a segurança jurídica esteja protegida a simples submissão à lei, é necessário que as leis decorram da vontade livre do povo representada no Legislativo e que o Judiciário seja composto por juízes independentes, «que não temam contrariar, com suas decisões, o interesse do Estado»<sup>14</sup>.

Conforme dispôs o Tribunal Constitucional Espanhol, na sentença 27/1981, de 20 de julho deste mesmo ano, a segurança jurídica é a «soma de certeza e legalidade, hierarquia e publicidade normativa, irretroatividade da menos favorável, interdição da arbitrariedade»<sup>15</sup>, ou seja, é o direito que cria condições de certeza, fazendo com que o cidadão se sinta senhor de seus próprios atos e dos atos dos outros<sup>16</sup>.

No Brasil o direito à segurança jurídica, é princípio constitucional implícito, ou seja, não vem expresso na Constituição, mas se encontra inserido no sistema, pois decorre do conteúdo das normas expressas. Porém é bom que se diga, como bem afirma Carlos Ari Sunfeld: «Os princípios implícitos são tão importantes quando os explícitos; constituem como estes, verdadeiras normas jurídicas. Por isso, desconhecê-los é tão grave quanto desconsiderar quaisquer outros princípios»<sup>17</sup>.

Assim, como princípio implícito, tem, no atual sistema constitucional brasileiro, a sua formulação extraída, principalmente, do parágrafo 2º, do artigo 5º da Constituição Federal, que abrange a parte não escrita dos direitos e garantias fundamentais, os quais decorrem do regime, da essência do Estado Democrático e Social de Direito e dos princípios consagrados por ele. Só para trazer alguns exemplos de sua consagração a partir de princípios explícitos na Constituição Federal de 1988, deve-se registrar: o princípio da legalidade previsto no art. 5º, II, o princípio do Juiz Natural, art. 5º XXXVII, o livre acesso ao Judiciário, art. 5º, XXXV, o princípio da anterioridade tributária, art. 150, III, «b», o princípio da irretroatividade das leis, art. 5º, XXXVI e a declaração de inconstitucionalidade das leis ou atos normativos, inclusive dos atos omissivos, conforme determina o art. 102, inciso I, alínea «a» e seu parágrafo 2º, bem como o parágrafo 2º do art. 103, todos da nossa Lei Fundamental.

<sup>14</sup> ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA, *Curso de direito constitucional tributário*, 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 340.

<sup>15</sup> GARCÍA NOVOA, *op. cit.*, p. 50.

<sup>16</sup> TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, «Segurança Jurídica e normas gerais tributárias», *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 5, n. 17-18, p. 51, jul./dez. 1991.

<sup>17</sup> CARLOS ARI SUNDFELD, *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 144.



Tratando-se de princípios não é possível deixar de registrar que Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que o princípio jurídico é:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome de sistema jurídico positivo<sup>18</sup>.

Não é outra a opinião de Roque Antonio Carrazza, que demonstrando que é inconcebível um princípio jurídico em estado de isolamento, afirma que «o Direito, longe de ser um aglomerado de normas, é um conjunto bem estruturado de disposições que, interligando-se por coordenação e subordinação, ocupam, cada qual, um lugar próprio no ordenamento jurídico (Ferrara), É precisamente sob este imenso arcabouço, onde sobressaem os princípios, que as normas jurídicas devem ser consideradas»<sup>19</sup>. Portanto, o princípio da segurança jurídica «ajuda a promover os valores supremos da sociedade, inspirando a edição e a boa aplicação das leis, dos decretos, das portarias, das sentenças, dos atos administrativos etc.»<sup>20</sup>.

Como base da ordem jurídica e principalmente cumprindo uma função informadora no ordenamento, os princípios constitucionais não podem ser desrespeitados, isto é, não é concebível que, em um sistema jurídico determinado, uma norma, um ato administrativo ou mesmo uma sentença possa surgir em desacordo com eles, vale dizer, as normas pertencentes a um sistema jurídico informado por princípios constitucionais, devem ser aplicadas em sintonia com eles, o que permite certeza e igualdade indispensáveis para obtenção da almejada segurança jurídica.

Aqui é importante perguntar: quando um direito é seguro? Quando se pode dizer que um ordenamento jurídico é seguro, no sentido de que é estruturalmente correto? E isto sem esquecer que a segurança jurídica pode estar afeta ao conteúdo material das normas, o que não exclui a sua segurança formal, ou seja, a segurança por meio do direito.

César García Novoa considera, ao falar do mínimo de segurança por meio do direito, que esta abarca pelo menos as seguintes expressões:

- a) Existência da norma jurídica. O que supõe o requisito de positividade do ordenamento, pois como assinala Radbruch 'é próprio do conceito do direito justo o ser positivo'...

<sup>18</sup> CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 771.

<sup>19</sup> CARRAZZA, *op. cit.*, p. 34

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 370.

- b) Que as normas positivas existam previamente à produção dos fatos que elas mesmas regulam — o que Lopez de Onãte denomina pré-ordenamento normativo —, pois este requisito de existência é o elemento básico da previsibilidade das normas... Esta idéia enlaçaria a tese de Roubier do efeito imediato das leis como regra ordinária e que significa que a lei nova se aplica a partir de sua promulgação a todos os efeitos derivados das relações jurídicas nascidas ou por nascer. A exceção será, portanto, o efeito retroativo.
- c) Que essa existência prévia aos atos regulados seja conhecida pelos destinatários das normas e eventuais realizadores dos pressupostos de fato previstos na norma... Isto exige que se assegure a publicidade das normas através do princípio da publicação formal.
- d) Por último, que a existência, prévia e pública da norma, seja também uma existência regular, o que significa que a norma tenha pretensões de definitividade; a regra geral é excluir as normas provisionais admitindo-se, em todo caso, normas de vigência temporal limitada<sup>21</sup>.

Mas deve-se registrar que não basta por si só a certeza e a segurança jurídica, porque o que importa é a certeza e a segurança da justiça, vale dizer, «a realização de um mínimo de segurança constitui condição para que possa haver justiça»<sup>22</sup>.

Como se vê, a existência da norma no momento da realização do ato é fundamento para a segurança jurídica que promove o respeito aos valores supremos da sociedade de certeza e igualdade, fundamento da segurança da vida das pessoas e das instituições. Tal colocação leva à necessidade de meditar sobre o princípio da irretroatividade e a sua exceção, a retroatividade normativa ao lado de outro mecanismo instituído para realizar a certeza almejada, isto é, o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos.

### 3. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE COMO SOLUÇÃO PARA O CONFLITO DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS NO TEMPO

#### A) Conflito de leis no tempo — Princípio da retroatividade e irretroatividade

O direito positivo está em constante mutação, o que decorre da necessidade e das alterações sociais. Por esta razão, o aparecimento de uma nova norma acarreta uma mudança no direito até então vigente<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> GARCÍA NOVOA, *op. cit.*, p. 58.

<sup>22</sup> RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía...*, *op. cit.*, p. 298.

<sup>23</sup> CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 364.

O suceder normativo dá origem a uma série de conflitos, pois, normalmente, a nova norma encontra relações jurídicas criadas pela norma antiga, decorrendo daí uma série de problemas de competência em face da ordem jurídica anterior, estabelecendo um conflito relativo à eficácia da norma, aqui entendida como eficácia social, isto é, a efetiva observância normativa no campo concreto, além da realizada no campo normativo.

Aceita-se, pacificamente, que o aparecimento de uma nova norma que dispõe sobre matéria já disciplinada de modo diverso pela norma anterior, faz com que esta passe a ser considerada revogada; porém, «os fatos jurídicos não produzem de imediato todos os seus efeitos», os quais continuam a produzir-se sob o império das normas revogadoras, bem como os conseqüentes direitos adquiridos ainda na vigência do preceito normativo revogado. A medida da eficácia da norma antiga e da norma nova, uma frente à outra, é estudada pela ciência jurídica sob a denominação de teoria da irretroatividade das leis, teoria da retroatividade das leis, direito transitório ou direito intertemporal<sup>24</sup>.

Como ensinam Enrique Aftalion, Fernando Garcia Olano e José Vilanova, dois princípios pretendem resolver tal conflito:

1. *Princípio da retroatividade da lei.* Segundo este princípio, a nova norma ditada visando o interesse geral, segundo critério do legislador, é mais justa e melhor que a anterior, o que conseqüentemente a levaria a ser aplicada de imediato, tanto aos fatos futuros como aos já sucedidos, já que representa um aprimoramento.
2. *Princípio da irretroatividade da lei.* Visando à estabilidade do direito afirmava Portális: «as leis existem após sua promulgação e não podem ter efeito senão desde que existem. O homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres se não se pudessem julgar seguro sequer quanto à sua vida passada. Por esta parte de sua existência, já não carregou todo o peso de seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem da natureza, só o futuro é incerto, e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira de nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar, através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças»<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> ENRIQUE R. AFTALION, FERNANDO GARCÍA OLANO, JOSÉ VILANOVA., *Introducción al derecho*, 5. ed. Buenos Aires: Librería El Ateneo, 1956. v. 1: nociones preliminares; teoría general del derecho, p. 510.

<sup>25</sup> VICENTE RÁO, *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad. 1952. v. 1, p. 429.

Segundo este princípio, a lei nasce para ser obedecida, porém isto não pode ocorrer antes que a lei exista.

Considerar que a nova norma deve reger tanto os fatos futuros como os já sucedidos, leva ao estado de insegurança do próprio direito, o que seria prejudicial, pois nenhuma situação ou ato jurídico poderia ser considerado seguro, se estivesse permanentemente à mercê de uma mudança na legislação que o alterasse ou o considerasse inválido.

Assim sendo, tais argumentos são levados em conta para a admissão do princípio da irretroatividade, o qual foi aceito, diga-se de passagem, desde os primórdios de nossos tempos, porém em estágio embrionário, já que o pensamento jurídico voltado para a aceitação da irretroatividade passou, até ao atual momento, por vários estágios evolutivos, ou seja, «foi preciso que as sociedades políticas (de incipiente conspecto) passassem do estado de fato para o estado de direito; que em meio ao direito consuetudinário se fosse afirmando o direito escrito; que no recesso dos preceitos ético-religiosos (*fas*) se fossem definindo regras propriamente jurídicas (*jus*); que tivesse surgido a noção de linha divisória entre o império da lei nova e o da lei antiga e, pois, da revogação de uma lei por outra»<sup>26</sup>.

Limongi França advoga a tese de que o princípio ora tratado, encontra fundamento na razão natural, o que demonstra ao ponderar que «a não ser por uma transigência daqueles a quem atinge ou por uma concessão ou imposição do poder que a estabelece, uma norma jurídica não pode atuar antes do termo inicial de sua existência como regra cogente»<sup>27</sup>.

Entretanto tais princípios não podem ser aceitos em termos absolutos, pois isto poderia acarretar grandes inconvenientes no que tange à segurança jurídica. Necessário se faz que se estabeleça quando se poderá admitir a retroatividade das novas normas, ou melhor, os limites da retroatividade. Se é que isso possível.

É preciso reconhecer que o conflito das leis no tempo não pode ter lugar no que tange às relações ou situações jurídicas anteriormente constituídas e totalmente consumadas, ou seja, as que se extinguíram sob a vigência da norma anterior, tendo produzido todos os seus efeitos. Neste caso, a nova norma não pode alcançá-las, para destruí-las ou alterá-las, nem mesmo atingir os direitos delas resultantes e seus efeitos praticados e esgotados sob o império da lei antiga, nem mesmo os conflitos que delas surgiram e foram resolvidos por arbitramento, transação ou sentença passada em julgado e, portanto, solucionados sob o império da norma revogada<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> LIMONGI FRANÇA, *Direito intertemporal brasileiro*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 20.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>28</sup> PASCUALE FIORE, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*. Tradução por: Enrique Aguilera de Paz. 3. ed. Madrid: Réus, 1927, p. 33.

Identifica-se o problema do conflito normativo decorrente da eficácia no tempo, quando um ato ou fato jurídico produz conseqüências durante a vigência de uma nova norma, que trata em sentido contrário a matéria sobre a qual versam.

Surge, então, o problema de saber qual será a norma aplicável aos efeitos de um ato que celebrado na vigência de uma norma, os produz quando esta já tenha sido revogada.

Deve-se ressaltar, como o fizeram Enrique Aftalion, Fernando Garcia Olano e José Vilanova que «as leis não regem fatos finiquitados, senão relações jurídicas (ou situações jurídicas) que, se bem estejam no plano dos fatos, não são instantâneas, mas se desenvolvem no tempo»<sup>29</sup>.

Não é fácil determinar o limite da autoridade da nova norma e da norma antiga sobre as relações ou situações jurídicas e seus respectivos efeitos. Porém, na solução de questão tão tormentosa, não se deve perder de vista a sua segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais.

Maria Helena Diniz, analisando o núcleo do direito intertemporal e considerando que cessar o curso de vigência da norma, não implica, necessariamente, eliminar totalmente a sua eficácia o que, evidentemente, pode acarretar conflito entre as novas disposições e as relações definidas sob a vigência da velha norma, indaga: «A norma mais recente só teria vigor para o futuro ou regularia situações anteriormente constituídas? A nova norma repercutiria sobre a antiga atingindo os fatos pretéritos já consumados sob a égide da norma revogada, afetando os efeitos produzidos de situações já passadas ou incidindo sobre efeitos presentes ou futuros de situações pretéritas?»<sup>30</sup>.

Para resolver o conflito aqui identificado, postula os seguintes critérios:

1. O das disposições transitórias elaboradas pelo próprio legislador com o objetivo de evitar conflitos ou lesões que emergem da lei nova em confronto com a antiga.
2. O princípio da retroatividade e da irretroatividade, pois em regra a norma só diz respeito a comportamentos futuros, mas pode referir-se a condutas passadas, isto é, é retroativa a norma que atinge os efeitos dos atos jurídica praticados sob o império da norma revogada, e irretroativa a aquela em que a nova disposição não se aplica a situações jurídicas constituídas anteriormente<sup>31</sup>.

O ponto mais importante de sua ponderação é reconhecer que tanto a retroatividade, como a irretroatividade não pode ser aceito como princípio absoluto. «Foi o que fez o direito pátrio ao prescrever que a nova

<sup>29</sup> AFTALION; OLANO; VILANOVA, *op. cit.*, p. 512.

<sup>30</sup> DINIZ, *Lei de introdução...*, *op. cit.*, p. 176.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 176.

norma em vigor tem efeito imediato e geral, respeitando sempre o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (CF de 1988, art. 5º XXXVI; LICC, art. 6º parágrafos 1º a 3º, com a redação da Lei 3.238/57)»<sup>32</sup>. Lembrando que o problema da irretroatividade é irrelevante na seara judicial e consuetudinária, na medida em que o Judiciário resolve, caso por caso, as questões de direito intertemporal, embasado sempre no interesse geral, na ordem pública e em exigências fático-axiológicas do sistema jurídico:

A irretroatividade das leis é somente um princípio de utilidade social, daí não ser absoluto, por sofrer exceções, pois em certos casos, uma lei nova poderá atingir situações passadas ou efeitos de determinados atos. A irretroatividade é um preceito de política jurídica, pois como afirma Koheler, ‘toda cultura requer a firmeza de relações, sem o que o povo seria lançado no braço da dissolução; todo o impulso para estabelecer a ordem jurídica e nela viver repousa na crença de que a criação jurídica deve perdurar’<sup>33</sup>.

Embora universalmente reconhecido o princípio da irretroatividade, não é unânime o tratamento que lhe é dado nos diversos sistemas jurídicos. Em certos países, o limite da retroatividade é preceito constitucional, enquanto em outros tal disposição vem veiculada por uma lei comum, existindo ainda sistemas nos quais «se pressupõe esta vedação e seu princípio é aplicado *ratione materiae*, em disposições particulares, constantes de lei ou código»<sup>34</sup>.

Quando previsto constitucionalmente, atinge até a atividade do legislador. Contudo, quando determinado em lei ordinária, fica livre a atividade do legislador, estando somente o juiz e o administrador impedido de aplicar a norma retroativamente, salvo quando a própria norma nova indique qual deverá ser atendida.

Contudo deve ser registrada a opinião de Vicente Ráo, quando afirma que o fato de ser enunciado em lei comum, não autoriza supor que o legislador possa «resolver o passado e conferir, arbitrariamente, efeito retroativo a quaisquer normas jurídicas»<sup>35</sup>, pois se assim fosse estaria violando um ditame de direito natural. A finalidade da lei é disciplinar o maior número possível ao mesmo tempo em que deve conter um mínimo de segurança, sob pena de desvirtuá-la, ou seja, a função da lei não seria mais a de disciplinar as relações sociais; mas a de propiciar a sua insegurança<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>34</sup> RÁO, *op. cit.*, p. 430.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 434.

<sup>36</sup> OSCAR ACCIOLY TENÓRIO, *Lei de introdução ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 192-193.

O sistema jurídico brasileiro elevou tal princípio à categoria constitucional, em que pese nem sempre o ter considerado da mesma maneira. A Constituição brasileira de 1824 determinou, em seu artigo 179, que «nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública, a sua disposição na terá efeito retroativo», entretanto nos dias de hoje já não tem o mesmo alcance, uma vez que a Lei Fundamental de 1988, no art. 5º, XXXVI, ao estabelecer que «a lei na prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada», admite que fora destes casos a lei será retroativa.

Necessário registrar, ainda, que a Constituição de 1937, quebrando nossa tradição, omitiu-o, deixando-o para o campo da legislação ordinária. Isso, porém, só no que tange ao campo do direito civil, porque seu artigo 122.n.13, dispunha que «as penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores».

A Constituição de 1946 restaurou seu caráter constitucional, conforme se vê em seu art. 141, parágrafo 3º, o que vem sendo mantido em todas as outras, isto é, na de 1967, 1969 e 1988.

A Lei Magna de 1988 reconhece-o como direito fundamental integrando os que representam um limite negativo para atuação do Estado. Dessa forma, determina que a retroatividade não é absoluta e tem sua linha demarcatória prevista no inciso XXIV, do artigo 5º, ou seja, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Porém é a Lei de Introdução ao Código Civil quem define tais conceitos em seu artigo 6º:

Art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Parágrafo 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. Parágrafo 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo préfixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. Parágrafo 3º Chama-se coisa julgada, ou caso julgado, a decisão judicial de que já não caiba recurso<sup>37</sup>.

Como se vê, a Lei de Introdução ao lado do princípio da irretroatividade, consagra o princípio da obrigatoriedade, na medida em que ordena que a lei tenha efeito imediato e geral, vale dizer a ninguém é permitido deixar de cumprir a lei, alegando ignorância e o princípio da continuidade, pois que uma lei produzirá efeitos até que seja revogada por outra.

Isto posto, não se deve esquecer a lição de Maria Helena Diniz quando assevera que «a norma jurídica só se movimenta ante um fato concre-

<sup>37</sup> DINIZ, *Lei de introdução...*, *op. cit.* p. 175, art. 6º, § 1º, 2º e 3º.

to, pela ação do magistrado, que é o intermediário entre a norma e a vida ou o instrumento pelo qual a norma abstrata se transforma numa disposição concreta». Assim o magistrado para aplicar a norma jurídica e criar uma norma individual, deve interpretá-la, integrá-la e corrigi-la, dentro dos limites demarcados pelo direito. «as decisões dos juízes devem estar em consonância com o conteúdo da consciência jurídica geral, com o espírito do ordenamento jurídico, que é mais rico de conteúdo do que a disposição normativa, pois critérios jurídicos e éticos, idéias jurídicas concretas ou fáticas que não encontram expressão na norma de direito. Por isso, a tarefa do magistrado não é meramente mecânica; requer certo preparo intelectual ao determinar qual a norma que vai aplicar»<sup>38</sup>.

O problema fundamental é a segurança da ordem jurídica que decorre do respeito ao princípio da irretroatividade. A certeza que o indivíduo tem que o direito adquirido em virtude de uma lei, não será eliminado, violado, modificado, isto é, relações jurídicas concluídas, relações jurídicas cabalmente realizadas tem a tutela da irretroatividade.

## B) Natureza jurídica da lei de introdução ao Código Civil

Registrou-se acima, que o artigo 6º da Lei de Introdução do Código Civil é quem define o que é direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada e daí surge a pergunta: tal definição está afeta apenas ao campo do direito civil? Ou pode ser aplicada aos outros ramos do direito, inclusive àqueles que compõe o chamado direito público.

O fato da Lei de Introdução do Código Civil prever um complexo de normas que antecedem ao Código Civil, tem levado a alguns operadores jurídicos a, equivocadamente, considerarem que ela contém noções preliminares para sua aplicação.

Isto não é correto, ela é verdadeiramente uma Lei de Introdução para aplicação de todas as normas que integram o ordenamento jurídico brasileiro, sejam elas relativas ao direito privado ou ao direito público. Assim é que a definição de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, emanada da Constituição, prevista em seu artigo 6º, aplica-se tanto ao campo do direito privado como do público.

Oscar Tenório reconhece que a segunda parte do texto do art. 6º da Lei de Introdução é constitucional, isto é, matéria constitucional fora da Constituição, pois «Não se inseriram, constitucionalmente, definições legais»<sup>39</sup>.

Quando a Lei Fundamental proíbe a retroação, não faz distinção entre as normas de direito privado e as de direito público.

<sup>38</sup> DINIZ, *Lei de introdução...*, *op. cit.*, p. 7; 11.

<sup>39</sup> TENÓRIO, *op. cit.*



Outra não é a opinião de Caio Mário da Silva Pereira, pois afirma «que a idéia do direito adquirido, tal como consignada na Lei de Introdução, tem aplicação tanto no direito público quanto no direito privado. Onde quer que exista um direito subjetivo, de ordem pública ou de ordem privada, oriundo de um fato idôneo a produzi-lo segundo os preceitos da lei vigente ao tempo em que ocorreu, e incorporado ao patrimônio individual, a lei nova não pode ofender»<sup>40</sup>.

Assim é que as normas de natureza constitucional, administrativa e eleitoral, aplicam-se imediatamente.

Se uma lei nova declara que ficam sem efeito as inscrições eleitorais anteriores, e determina que todo cidadão deve requerer novo título, aplica-se a todos, sem que ninguém possa opor à nova disposição a circunstância de já ter qualificado eleitor anteriormente. Se uma lei nova estabelece diferentes direitos e obrigações para os servidores do Estado, alcança a generalidade dos funcionários. Mas, se vem suprimir prerrogativas e vantagens já incorporadas ao patrimônio individual, o lesado pela reforma pode opor à nova disposição o direito integrado ao seu patrimônio<sup>41</sup>.

Sente-se, neste momento, para continuar desenvolvendo o presente estudo, a necessidade de tratar sobre o universo do ato jurídico perfeito e o direito adquirido, como limite para a retroatividade da lei, tendo em vista a proteção da segurança do direito.

### C) Ato jurídico perfeito e direito adquirido

Como se sabe a lei que regula a realização do ato é a do tempo em que se realizou. Portanto, sua validade deve ser apurada em conformidade com a lei que estava em vigor na data em que foi efetuado.

O parágrafo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil reza que: «Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou»<sup>42</sup> e a partir daí, produz seus efeitos jurídicos.

Como se pode ver, quando se trata de ato jurídico perfeito se está frente a uma questão puramente formal, ou seja, da realização no campo concreto do conteúdo da norma em vigor no momento de sua realização, de verificar se o ato cumpriu todas as exigências previstas na lei em vigor quando de seu nascimento. Porém, já ponderou Clóvis Beviláqua que «O direito quer que o ato jurídico perfeito seja respeitado pelo legislador

<sup>40</sup> CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 105.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>42</sup> DINIZ, *Lei de introdução...*, *op. cit.*, p. 175, art. 6º, § 1º.

e pelo intérprete na aplicação da lei, precisamente porque o ato jurídico é gerador, modificador ou extintivo de direitos»<sup>43</sup>.

Assim ato jurídico perfeito gera o direito adquirido, o direito concreto e subjetivo a exercê-lo ou a desfrutá-lo, na medida em que a não consideração dos formados sob uma norma prejudicaria o interesse de seus titulares e implantaria o caos e a desordem social. Portanto, quando se há fala em direito adquirido é porque decorre, na maior parte das vezes, de um ato jurídico perfeito, que é o que lhe dá embasamento em decorrência de ter sido realizado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

Tal afirmativa é verdadeira, pois como ensina Limongi França o direito adquirido é consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de um fato idôneo<sup>44</sup>, ou como proclamou Gabba,

direito adquirido é a consequência de um fato idôneo para gerá-lo em razão de lei vigorante ao tempo em que tal fato teve lugar, muito embora a ocasião em que possa a vir atuar ou a valer ainda não se tenha apresentado antes da entrada de uma nova norma relativa a o mesmo assunto e que, nos termos da lei nova sob o império o império da qual o fato aconteceu, tenha ele (o direito originado do fato acontecido) entrado, imediatamente, a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu<sup>45</sup>.

Grosso modo, o ato jurídico perfeito é o já consumado de acordo com todas as exigências da lei que regia a matéria quando se realizou e por isso é inalterável a arbítrio de outrem. É aquele que para sua consumação não depende da realização de outros elementos é, finalmente, o ato acabado, uma vez que o ato jurídico não concluído não conta com o respeito ao império da lei. «O direito que o regeu é direito consumado». concluído não conta com o respeito ao império da lei<sup>46</sup>.

É preciso ressaltar que o problema de leis no tempo e, conseqüentemente, a noção de irretroatividade têm suscitado, em todas as épocas, grande divergência, em que pese serem mais aparentes que reais. Essa questão engendrou duas doutrinas fundamentais: uma sustenta a aplicação imediata da lei nova a todas as situações jurídicas, ressaltando as que tenham sido definitivamente constituídas sob o império das normas antigas; a outra sustenta o princípio da irretroatividade das normas e o respeito aos direitos adquiridos.

<sup>43</sup> CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956. v. 1, p. 95.

<sup>44</sup> LIMONGI FRANÇA, *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 204.

<sup>45</sup> CARLO FRANCESCO GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*. Pisa, 1898. v. 1, p. 191.

<sup>46</sup> TENÓRIO, *op. cit.*, p. 207.

Tal afirmativa exige que se registre a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello que analisando o princípio da irretroatividade reconhece que o seu sentido é saber quais são as situações que se consolidaram, de maneira a prevalecerem no futuro, diante da nova norma. «Trata-se, isto sim, da sobrevivência dos efeitos da lei antiga, vale dizer, da persistência de seus efeitos em casos concretos, durante o império da nova lei»<sup>47</sup>.

Reconhece, ainda, que os direitos e deveres dos indivíduos podem consistir em situações gerais ou individuais. As gerais decorrem de atos que tem, materialmente, o alcance de criar disposições gerais e abstratas, o que denomina de atos-regra. «Já as situações subjetivas, criadas por atos restritos ao produtor ou produtores deles, cujo exemplo característico é o contrato, regulam relações jurídicas específicas aos intervenientes»<sup>48</sup>.

Conforme dispõe o artigo 6º da Lei de Introdução e por derradeiro, a coisa julgada é, também, limite para a retroatividade da lei, não sendo esta nada mais do que a decisão judicial da qual já não caiba mais recurso, ou porque todos se esgotaram, ou porque a parte deixou de manifestá-los.

Assim a retroatividade é a regra a irretroatividade a exceção, ou seja, a retroatividade possui limites, representados pelo ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Não é possível deixar de registrar que a lei dita de ordem pública e as interpretativas são retroativas.

As leis interpretativas são aquelas que, em caso de dúvida, vêm determinar o sentido das leis já existentes, sem que com isto introduza disposições novas, limitando a precisar a preexistente, torna-a mais clara e de fácil aplicação. Sendo aceita como exceção ao princípio da irretroatividade, surge o problema voltado a determinar qual o poder que deverá decidir o caráter interpretativo da lei, pois pode acontecer que uma lei nada declare sobre esse caráter e, por suas disposições, resulte como interpretativa e, ao contrário, uma lei que se declare expressamente interpretativa seja, na verdade, inovadora.

O caráter interpretativo não se presume e, na dúvida, deve-se entender que a disposição é nova. O juiz é quem é competente para verificar e decidir se uma lei é interpretativa ou não, mas só quando própria afirmar que é. O que não pode ser esquecido é que ela vem interpretar um preceito anterior confuso e que no intervalo de tempo transcorrido entre uma e outra norma, direitos podem ter sido criados, litígios resolvidos, com base em um entendimento distinto daquele previsto na lei interpretativa, não podendo, portanto, sobre tais casos sempre incidir a lei interpretativa.

<sup>47</sup> CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Ato administrativo e o direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 114.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 101.

Desta forma, apesar de ser admitida a retroatividade das leis interpretativas, temos a aceitar que a mesma não pode ser absoluta, uma vez que devem ser respeitadas as resoluções judiciais proferidas antes do aparecimento da nova norma.

Neste sentido Caio Mário da Silva Pereira considera que as «situações jurídicas ou os direitos subjetivos constituídos em função da interpretação dada à lei, antes do dispositivo interpretativo, não podem mais ser alterados ou atingidos, ainda que a hermenêutica autêntica venha infirmar o entendimento dado à lei Interpretada»<sup>49</sup>.

Quando se trata capacidade de retroação das leis de ordem pública, é bom que se diga que este é um conceito dos mais indefinidos. A ordem pública representa a prevalência do interesse geral, público, social, sobre o individual. É indiscutível que todas as leis têm uma finalidade social, e isto mesmo em relação àquelas que se referem à liberdade individual e à autonomia da vontade. Mas é bem verdade que em algumas a finalidade social aparece em um plano mais destacado e, em outras, o interesse individual assume o primeiro plano.

Considera-se que as leis de ordem pública têm, em princípio, efeito imediato e não podendo, entretanto, desconhecer o direito adquirido, quando esse desconhecimento vier provocar desequilíbrio social e jurídico. Isto sem esquecer o ensinamento de Carlos Mário da Silva Pereira quando afirma que dizer que as leis de ordem pública são retroativas representa uma distorção.

Quando a regra da não retroatividade é de mera política legislativa, sem fundamento constitucional, o legislador, que tem o poder de votar leis retroativas, não encontra limites ultralegais à sua ação, e, portanto, tem a liberdade de estatuir o efeito retrooperante para norma de ordem pública, sob o fundamento de que esta se sobrepõe ao interesse individual. Mas, quando o princípio da não retroatividade é dirigido ao próprio legislador, marcando os confins da atividade legislativa, é atentatória da Constituição a lei que venha ferir direitos adquiridos, ainda que sob a inspiração da ordem pública<sup>50</sup>.

Não obstante, como ficaria um ato jurídico perfeito, consumado segundo a observância de todas as exigências previstas no diploma legal em vigor na data em que se realizou, se a lei que lhe deu suporte veio a ser declarada inconstitucional pelo órgão competente?

<sup>49</sup> PEREIRA, *op. cit.*, p. 108.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 107.

#### D) O ato jurídico perfeito e o controle da constitucionalidade

Aqui, primeiramente, é preciso um esclarecimento. Uma coisa é considerar o ato jurídico perfeito, em si mesmo considerado, que esteja em desacordo com a Constituição, outra é tratar da inconstitucionalidade da lei que regeu a realização do ato consumado sob o seu império. Assim é diferente considerar os efeitos do ato que ofende a Lei Magna e os efeitos da lei que regeu a existência do ato, mas que é inválida por inconstitucionalidade.

Quando se trata do reconhecimento da inconstitucionalidade da lei que rege o ato, surge a questão relativa a como ficariam os efeitos decorrentes do ato, ou seja, os efeitos que decorrem de sua realização. A declaração da inconstitucionalidade da lei os atingiria?

A retroatividade ou não dessa declaração, sua extensão no tempo, tem sido problema enfrentado nos mais diversos e importantes sistemas jurídicos do mundo. Vale dizer, a partir da constatação da inconstitucionalidade da lei, pode-se identificar um conflito normativo que se estabelece entre a norma que durante certo período regulou condutas de uma determinada forma e a norma que passa a vigorar, considerando-a inválida por vício de inconstitucionalidade. Portanto, em que pese portadora do vício de inconstitucionalidade a lei viveu, vigorou, determinou condutas, por mais breve espaço de tempo que seja.

##### a) *Revogação, inconstitucionalidade, nulidade*

Revogação, nulidade e inconstitucionalidade são vocábulos que não têm o mesmo significado frente ao direito. Possuem caracteres diferentes, não podendo, por isso mesmo, vir a ser confundido.

Para uma norma ser revogada não é sempre necessário que sobrevenha uma outra lei que, implícita ou explicitamente, revogue a norma já existente, pois o preceito revogatório pode existir na própria lei. Isto acontece quando: a) a lei limita expressamente o tempo de sua vigência; b) a temporariedade resulta de sua natureza, como acontece com as leis orçamentária; c) a lei rege uma situação passageira, como no caso das calamidades públicas<sup>51</sup>.

Quando se fala em revogação, fazemo-lo no sentido de que uma norma deixa de existir por uma decorrência normal, conseqüência do desenvolvimento social, que faz com que a matéria até então considerada, mereça novo tratamento, ocasionando uma mudança no ordenamento jurídico,

<sup>51</sup> RAO, *op. cit.*, p. 385-386.

sem consideração sobre sua validade ou invalidade frente ao ordenamento jurídico.

Já quando se fala em nulidade, se está a referir ao fato da norma estar em conflito com as normas superiores do sistema jurídico e que, portanto, padece de invalidade, consistindo, neste sentido, uma tutela do próprio ordenamento.

Caracterizando o mais alto nível de invalidade presente em um sistema jurídico, a inconstitucionalidade resulta do conflito ou confronto de um comportamento, de uma norma ou de um ato com a Constituição e isso deduzível de uma relação de caráter puramente normativo e valorativo.

Juan Carlos Cassagne mostra que a consideração doutrinária sobre a matéria relativa à revogação e à nulidade pode ser agrupada em três grandes correntes<sup>52</sup>.

A primeira acentua a natureza da causa de extinção do ato normativo. Vale dizer, tem-se uma revogação quando uma norma deixa de existir pela superveniência de outra de igual valor, que em decorrência da oportunidade ou conveniência venha tratar a mesma matéria em sentido contrário. Já a nulidade é identificada quando o ato normativo não foi produzido de conformidade com as normas superiores do sistema, envolvendo um problema afeta à sua validade.

Outra corrente leva em consideração os efeitos da extinção do ato, isto é, quando o seu desaparecimento acarrete efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, ou seja, a revogação opera efeitos a partir do momento da substituição ou extinção — *ex nunc* — e a nulidade estende seus efeitos *ab initio*, ao momento em que surgiu a norma inválida — *ex tunc*.

Uma terceira corrente leva em conta o órgão que decreta a extinção. A revogação opera dentro do mesmo órgão, isto é, o órgão que tem competência para emitir pode substituir, por razões de mérito ou conveniência. A nulidade decorre da participação de outro órgão que constata a invalidade, ou seja, o desrespeito as normas superiores que disciplinam a matéria.

É oportuno registrar a ponderação de Antônio Carlos Cintra do Amaral, quando afirma que antes da anulação efetuada por órgão estatal competente, não se pode juridicamente considerar um ato como inválido, pois o ordenamento jurídico concedendo a um órgão a competência para decidir sobre a sua concordância, sua legalidade ou inconstitucionalidade, só a decisão deste é que tem força normativa<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> JUAN CARLOS CASSAGNE, *El acto administrativo*, 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978. p. 379. JULIO RODOLFO COMADIRA, *La anulación del oficio del acto administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1981. p. 18.

<sup>53</sup> ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, *Extinção do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 61-62.

A nulidade é a sanção que pune a lei ou ato produzido em desconformidade com o ordenamento jurídico, porém, é bom que se diga, tem sido motivo de análise, por parte da doutrina, o fato de considerar a lei inconstitucional nula ou anulável, pois só com reservas é que se pode empregar no âmbito do direito público a teoria civilista das nulidades, pois nem sempre a nulidade do direito privado pode ter o mesmo efeito de sua equivalente no direito público.

Assim, Miguel Reale ensina que «a teoria dos vícios e defeitos dos atos administrativos, muito embora apresente características peculiares ao direito administrativo, funda-se em princípios de teoria geral do direito: as divergências mais profundas, em confronto com o direito civil, são as atinentes aos efeitos da invalidação, dada a tensão que às vezes se constitui, nos domínios administrativos, entre dois princípios, só abstratamente antinômicos, quais sejam o da conformidade estrita do ato à lei e o da conformidade do ato ao interesse público»<sup>54</sup>.

Seabra Fagundes ponderou que a aplicação dos conceitos vigentes no direito privado só pode ocorrer no direito público mediante um exame cuidadoso e sujeita a inúmeras limitações, havendo casos onde é evidentemente inadaptável<sup>55</sup>.

Por sua vez, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello já abraça opinião em sentido contrário e afirma: «a distinção entre atos nulos e anuláveis, embora objeto de sistematização pelos civilistas, não envolve matéria jurídica de direito privado, mas da teoria geral do direito, pertinente à ilegitimidade dos atos jurídicos, e, portanto, perfeitamente adaptável ao direito público, especialmente ao direito administrativo. Não se trata, por conseguinte, de transplantação imprópria da teoria do direito privado para o direito público, inconciliável com os princípios informadores do direito administrativo»<sup>56</sup>.

José Joaquim Gomes Canotilho depois de afirmar que a

figura unitária da inconstitucionalidade não constitui um ponto de partida satisfatório para uma abordagem da teoria das nulidades em direito constitucional», pergunta: «Uma lei inconstitucional é nula em que sentido: no sentido da inexistência ou da nulidade? No sentido da nulidade absoluta, radical ou de pleno direito ou no sentido da anulabilidade ou nulidade relativa?» Para o autor os tópicos orientadores para a identificação do resultado jurídico derivado da

<sup>54</sup> MIGUEL REALE, *Revogação e anulamento do ato administrativo*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 46.

<sup>55</sup> MIGUEL SEABRA FAGUNDES, *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 61.

<sup>56</sup> OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de direito administrativo*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1, p. 652.

inconstitucionalidade resumem-se da seguinte forma: «(1) inconstitucionalidade e nulidade são conceitos idênticos; (2) a nulidade é resultado da inconstitucionalidade, isto é, corresponde a uma reacção de ordem jurídica contra a violação das normas constitucionais; (3) a nulidade não é uma consequência lógica e necessária da inconstitucionalidade, pois, tal como na doutrina civilística a *ilicitude* de um acto pode conduzir à nulidade ou anulabilidade, e na doutrina administrativa a *ilegalidade* é susceptível de ter como reacção desfavorável a nulidade ou anulabilidade, também a *inconstitucionalidade* é susceptível de várias sanções, diversamente configuradas pelo ordenamento jurídico<sup>57</sup>.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, durante muito tempo, sem medo de errar, considerou que a lei inconstitucional é nula de pleno direito e, por isso, incapaz de gerar efeitos<sup>58</sup>.

Entretanto deve-se lembrar que a lei nula o é desde o início, sempre foi nula e, por isso, não pode produzir efeitos, pois o nulo não pode gerar direito. Já no campo da anulabilidade diz-se que a lei é vigente e obrigatória até o pronunciamento do órgão competente no sentido de sua invalidade. Porém, no campo do direito público, especialmente no que tange ao controle da constitucionalidade, não deve caber tal consideração, mesmo porque, ainda que a inconstitucionalidade seja a forma mais séria de invalidade, a lei ou ato do Poder Público que viola a Constituição não deve ser tido como nulo ou anulável, mas apenas como inconstitucional.

Foi assim que o Ministro Leitão de Abreu, no RE 79343-BA, buscando proteger a segurança jurídica, defendeu: «Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários de seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que trata da nulidade»<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 836-839.

<sup>58</sup> Registre-se, por oportuno, algumas decisões de nossa Suprema Corte nesse sentido: 1. «Sendo inconstitucional, a regra jurídica é nula. Não incidindo sobre o fato, nela visto ou previsto, não há fato jurídico e, via de lógica consequência, o fato não produz qualquer efeito jurídico. Recurso Extraordinário conhecido e provido» (RE 93.173, 1982). 2. «Declaração de inconstitucionalidade em ação direta. Efeito ex tunc. Assim reconhecido pelo órgão local. Inocorrência de ofensa à Constituição Federal. Dissídio não demonstrado na forma regimental. Recurso Extraordinário que se deixa de conhecer» (RE 93.356, 1981).

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Declaração, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 322, de 7 de abril de 1967... Recurso Extraordinário n. 79.343/BA. José Pereira César e Aurélio Paz Boulhosa. Relator: Ministro



Cappelletti, analisando a abrangência temporal dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade, afirma existir um duplo posicionamento, havendo contraposição entre eles. Um encabeçado pelo sistema norte-americano e outro pelo sistema austríaco. O primeiro aceita que a norma inconstitucional é nula e que a sentença que a reconhece tem caráter apenas declaratório, isto é, reconhece uma nulidade preexistente e que por isso sua eficácia é retroativa. Já para o austríaco a lei é válida e obrigatório até reconhecimento de sua inconstitucionalidade e a decisão que assim a reconhece opera seus efeitos para o futuro.

Deve-se então, considerando a figura da inconstitucionalidade, precisar qual o seu real sentido, isto é, se em relação à lei ou ato normativo ela pode ser empregada no sentido de sua ineficácia ou da sua inexistência, no sentido da sua nulidade absoluta ou de pleno direito, ou no sentido de sua anulabilidade.

Como já foi ponderado quando do nosso estudo sobre os efeitos da inconstitucionalidade,

Em relação à inconstitucionalidade, a teoria das nulidades propugnada pelos civilistas só nos empresta as denominações ali adotadas, pois, em relação ao tema em questão, não podemos admitir uma nulidade absoluta ao lado de uma relativa: no primeiro caso, por faltarem elementos essenciais à perfeição do ato, é ele considerado intrinsecamente ineficaz, com carência *ab initio* de efeitos; e, no segundo caso, por decorrer de um vício de secundária importância, reúne requisitos aptos a produzir efeitos até e enquanto não lhe seja contestada a validade<sup>60</sup>.

Assim, no que tange à inconstitucionalidade a dicotomia acima citada deve ser afastada, porque uma vez identificada a não concordância da norma inferior com os ditames constitucionais, não haverá a possibilidade de fazer tal diferença de graduação entre uma nulidade absoluta e uma relativa, pois a norma viciada padece de um só nível de invalidade, isto é, de inconstitucionalidade.

Só por uma questão de analogia, por falta de uma teoria própria do direito público é que se utiliza a expressão nula e anulável, emprestada do direito privado, em relação à inconstitucionalidade. Portanto, quando se diz que a norma inconstitucional é anulável, é porque se reconhece que ela pode ter produzido efeitos que, por razão de proteção da confiança e da boa fé, não devem ser desconhecidos, ou seja, não seria lógico determinar que o nulo produziu efeitos.

Leitão de Abreu, 31 de maio de 1977. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 82, p. 791-796, out. 1977.

<sup>60</sup> REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 121.

Reconduzindo à Jorge Miranda: «Não se trata, portanto, de anulabilidade. Bem pelo contrário, o que cabe sugerir é a contraposição de dois escalões ou subvalores: uma nulidade radical ou fundamental (sem chegar à inexistência jurídica), correspondente à violação de preceitos constitucionais atinentes aos direitos, liberdades e garantias mencionadas no art. 19, nº 6; e uma nulidade não fundamental, abrangendo os demais casos»<sup>61</sup>.

Isto posto, analisando a posição que diz ser a norma inconstitucional nula de pleno direito, e, porque nula desde o início, incapaz de produzir efeitos, necessário trazer à colação o pensamento de Santamaría Pastor *apud* Antônio Carlos Cintra do Amaral quando diz: «a nulidade de pleno direito contraria a realidade jurídica», na medida em que a nulidade nunca se produz de modo automático, dependendo sempre, em última análise, de um pronunciamento do titular desta competência, conforme dispõe o ordenamento jurídico<sup>62</sup>.

Autores como Kelsen e, entre nós, Pontes de Miranda, admitem que os efeitos produzidos pelo ato inválido podem ser reconhecidos pelo ordenamento jurídico e até mesmo que são insuscetíveis de eliminação, sob a alegação de que «o direito pode dar significação a fato, mas não pode impedir que eles ocorram, nem pode eliminar seu registro histórico»<sup>63</sup>.

Tem razão os autores acima citados, na medida em que outro o entendimento, acarretaria o caos na vida social em suas respectivas relações, haja vista que a inconstitucionalidade pode ser argüida a qualquer tempo e, portanto, não haveria a certeza do direito, pois nunca se poderia saber se um ato praticado validamente sob o império de uma lei, seria assim considerado para sempre. Haveria o perigo de que, uma vez argüida a inconstitucionalidade do preceito normativo que regeu sua realização, e se este viesse a ser considerado como inconstitucional pelo órgão competente, com a inconstitucionalidade declarada operando *ex tunc*, alteraria toda uma vida, retrotraindo indefinidamente no tempo.

Sabe-se que aceitar a possibilidade da existência de leis inconstitucionais em um regime hierarquicamente escalonado só tem lugar quando a Lei Maior preveja a possibilidade de serem elaboradas normas em discordância com ela e que determine o modo de como combatê-las. Dessa forma admite-se a discordância, o que não deve ser aceito é a norma inferior após o reconhecimento de sua desconformidade com a Constituição pelo órgão competente, continue existindo, porque desde que haja incompatibilidade entre duas normas em um sistema escalonado, uma deve cur-

<sup>61</sup> JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. p. 374.

<sup>62</sup> AMARAL, *op. cit.* p. 62.

<sup>63</sup> HANS KELSEN, *Teoria general del derecho y del estado*. México: Imprensa Universitária, 1950. p. 168. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Ed., 1947. v. 1 p. 298. AMARAL, *op. cit.*, p. 63.

var-se à outra, e sempre a inferior à superior, a lei ordinária à Constituição.

Reconhecer, portanto, que a norma inconstitucional é nula e que os efeitos desse reconhecimento devem operar *ex tunc*, estendendo-os ao passado de modo absoluto, anulando tudo o que se verificou sob o império da norma assim declarada, é impedir a segurança jurídica, a estabilidade do direito a sua própria finalidade.

Assim, pode-se concluir que nem todos os efeitos decorrentes de um ato jurídico perfeito embasado em uma lei declarada inconstitucional devem ser anulados. O problema é saber quais devem ser respeitados, para configurar a certeza do direito justo.

#### 4. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE

##### A) Efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade

Como já registrado no início do presente estudo, o tema sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade acresce de importância após o advento da Lei 9868/99 r 9882/99, quando seus artigos 27 e 11 prevêem, respectivamente, que o Supremo Tribunal Federal ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, poderá, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Como se sabe, as constituições brasileiras não autorizaram o Judiciário a restringir os efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade, o que fez com que a postura tradicional do Supremo Tribunal Federal tenha sido no sentido de aceitar que a lei inconstitucional é nula de pleno direito e que, portanto, tudo o que tenha surgido sobre o seu império nulo também é, produzindo a decisão que reconheceu a inconstitucionalidade efeitos *ex tunc*.

É verdade que aos poucos esta postura foi sendo abrandada, como, por exemplo, nos idos de 1981, no RE 78.533/SP nossa mais alta Corte de Justiça decidiu que é válida a penhora realizada por oficial de justiça, cuja nomeação foi feita em obediência a uma lei declarada inconstitucional, em homenagem à proteção de terceiros de boa fé<sup>64</sup>.

<sup>64</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Funcionário de fato. Investidura baseada em norma posteriormente declarada inconstitucional. A nulidade não envolve uma das fases de ato complexo, de mera execução de ordem legítima, com a sua consequência normal e rotineira. Aparência de legalidade e inexistência de prejuízo. Recurso Extraordi-

E mais, Gilmar Ferreira Mendes, depois de chamar a atenção para o fato da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal estabelecer diferença entre o plano da norma e o plano concreto, para deste excluir como forma de proteção à segurança jurídica a possibilidade de anulação do ato normativo que lhe dá respaldo, anota que a Suprema Corte brasileira após declarar a inconstitucionalidade de lei concessiva de vantagens e benefícios ao funcionalismo, afirmou: «a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados garante, sobretudo, o direito que já nasceu e que não pode ser suprimido sem que sejam diminuídas as prerrogativas que suportam o seu cargo» e mais, «retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei inconstitucional — mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade<sup>65</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet examinando a autorização dada ao Supremo Tribunal Federal pelas citadas leis, considera que este posicionamento pode representar, no direito constitucional pátrio, um espaço para arbítrio sem precedentes, posto que poderá decidir quanto ao momento de incidências e seus efeitos, sem estabelecimento de qualquer tipo de limites.

Porém, como bem alerta Teori Albino Zavascki,

não é nenhuma novidade, na rotina dos juízes, a de terem diante de si situações de manifesta ilegalidade cuja correção, todavia, acarreta dano, fático ou jurídico, maior do que a manutenção do *status quo*. Diante de fatos consumados, irreversíveis ou de reversão possível, mas comprometedoras de outros valores constitucionais, só resta ao julgador — e esse é o seu papel — ponderar os bens jurídicos em conflito e optar pela providência menos gravosa ao sistema de direito, ainda quando ela possa ter como resultado o da manutenção de uma situação ilegítima<sup>66</sup>.

É oportuno registrar, neste momento, as ponderações de Recasens Siches no sentido de que a realização do Direito não consiste em mero assunto de lógica, vale dizer uma operação de lógica dedutiva, ou, pelo menos, não consiste só nisso. As sentenças dos tribunais, assim como as decisões administrativas, quase nunca podem ser explicadas por uma dedução lógica do previsto nas normas gerais pré-existentes. A crença aqui enfocada decorre, principalmente, do campo da interpretação, tanto da

---

nário, pela letra *c* do art. 119, III, da Constituição, não conhecido. Recurso Extraordinário n. 78.533/SP. Fundição e Modelação Ivaí Ltda e Estado de São Paulo. Relator: Ministro Décio Miranda, 13 de novembro de 1981. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 100, p. 1086-1091, jun. 1982.

<sup>65</sup> GILMAR FERREIRA MENDES, *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

<sup>66</sup> TEORI ALBINO ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 40-50.

interpretação prática como da teoria da interpretação, sobretudo no que diz respeito à individualização judicial do Direito<sup>67</sup>.

É tarefa do juiz escolher razoavelmente sobre o que deve ser considerado para individualizar uma norma geral no caso singular controvertido, mas é manifesto que o ato de ditar uma sentença não consiste, nem exclusiva nem substancialmente, em uma operação dedutiva. Conseqüentemente «o juiz não deve inspirar-se primordialmente na lógica tradicional, mas em considerações de outro tipo, por exemplo, na busca da solução justa do caso singular»<sup>68</sup>.

Segundo Ihering, «o Direito não é um critério absoluto de verdade, mas um critério relativo de finalidade». Assim «como o médico não prescreve a mesma medicina para todos os enfermos, mas a que ajusta sua receita à condição concreta do paciente, assim o Direito não pode fazer sempre e em todos os lugares a mesma regulação, mas ao contrário, deve adaptar-se à situação concreta do povo, cuja vida trate de normatizar»<sup>69</sup>.

Assim, o trabalho do juiz não deve estar limitado a um processo meramente lógico, mas deve conter grande grau de conhecimento sociológico das realidades atuais, o que significa que sua função não é mecânica, isto porque além do raciocínio lógico dedutivo, deve ater-se ao desenvolvimento do instituto jurídico, ao costume e às convicções sociais vigentes, inspirado no ideal de justiça e de bem estar.

Essa crença não invalida o valor da aplicação da dedução lógica no raciocínio que deve embasar uma decisão judicial, mas além de lógico o juiz deve ser imparcial e por isso tal método deve ser utilizado com a consciência de que seu valor é relativo e limitado. «Os conceitos jurídicos dos quais se extrai conseqüências por via dedutiva não são nada mais do que instrumentos práticos que necessitam ser constantemente verificados e comprovados frente às novas realidades: são algo assim como hipóteses de trabalho, que só podem ser aceitas na medida em que ao aplicar-se à realidade produzam resultados satisfatórios»<sup>70</sup>.

A atividade judicial demanda sempre uma valoração dentro da obediência das normas positivas, e se a finalidade do Direito é a justiça e o bem estar social que se obtém pela caracterização da certeza do direito justo, o elaborar a sua individualização só pode obedecer a certos limites, os quais são estabelecidos pelo seu fim supremo, vale dizer, a atividade judicial deve encontrar a solução justa e razoável para os casos concretos, com vista a tornar o mais eficaz possível a realização dos fins do Direito.

Portanto, é preciso que a decisão jurisdicional seja fruto da prudente ponderação entre a aplicação decorrente de um raciocínio lógico dedutivo

<sup>67</sup> LUIS RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía...*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 73.

e os efeitos que dela podem advir, considerando que os conflitos ou desajustes que de momento possam parecer resolvidos, podem converter-se em fonte de males maiores que aqueles que se quis resolver. Evitar que uma resolução aparentemente satisfatória venha a dar margem para problemas mais graves, é dever da Justiça.

Assim, só embasado por uma falsa ilusão, pode-se pensar que as sentenças judiciais podem ser fruto de uma dedução mecânica, como aquela que parte da premissa de que se nula por ser inconstitucional a lei, nulo de pleno direito também o é tudo o que foi feito sob o seu império, e isto até que sua invalidade tenha sido declarada pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que pode estar acarretando grave comprometimento à certeza e segurança do direito.

Jorge Miranda cita Bachof para afirmar que

os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis conseqüências destas. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de proteção de cidadãos singulares. Não pode entender-se isto, naturalmente, como se os tribunais tomassem como ponto de partida o presumível resultado da sua decisão e passassem por cima da Constituição e da lei em atenção a um resultado desejado. Mas a verdade é que um resultado injusto, ou por outra razão duvidoso, é também em regra — embora não sempre — um resultado juridicamente errado<sup>71</sup>.

Entretanto, tal afirmativa deve estar ligada ao conhecimento de que errôneo é pensar na certeza e segurança jurídica em termos absolutos. Porque sendo o Direito um produto cultural, no seu universo nada pode ter sentido absoluto, ou seja, não se pode contar com plena certeza, mais nem por isso se pode afastar da idéia de que a segurança representa a sua função essencial. Vale dizer, a função judicial deve oferecer a garantia de que será feita justiça no caso particular<sup>72</sup>.

Foi dentro desta linha que os art. 27 e 11 das leis n<sup>o</sup>s 9868/99 e 9882/99, concederam ao Supremo Tribunal Federal a competência para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, isto é, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tendo em vista razões de segurança jurídica ou razões de excepcional interesse social, «poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficá-

<sup>71</sup> MIRANDA, *op. cit.*, v.2, p. 500-502.

<sup>72</sup> RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía...*, *op. cit.*, p. 292.

cia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado».

Melhor dizendo, agora a Corte Suprema brasileira pode: dar efeitos retroativos à decisão acerca da inconstitucionalidade, fulminando ab initio de invalidade; estabelecer que os efeitos da inconstitucionalidade se façam sentir *ex nunc*, a partir do seu reconhecimento; conceder eficácia para o futuro ao seu julgado e restringir os efeitos daquela declaração.

Neste ponto o Brasil embasa a nova postura no sistema constitucional português, na medida em que este, no art. 282.4 da atual Constituição portuguesa, autoriza o Tribunal Constitucional a restringir os efeitos retroativos da decisão, em razão da segurança jurídica, da equidade ou de interesse público de excepcional relevo.

Conforme ressalta Jorge Miranda, a competência anotada tem como fim adequar os efeitos da inconstitucionalidade «às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez para que pudessem comportar; em última análise, destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal viesse a não decidir pela existência de inconstitucionalidade»<sup>73</sup>.

Foi a necessidade da certeza do Direito que orientou o posicionamento firmado quando do estudo sobre os Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Na ocasião teve-se como postura o reconhecimento de que não seria justo e razoável, depois de anos a fio de imperatividade normativa, que uma lei declarada inconstitucional pudesse nulificar todos os efeitos dela decorrentes, o que se é facilmente possível no campo normativo, é impossível no campo das relações sociais concretas.

Foi a partir desse pensamento que se conclui: «a admissão da retroatividade *ex tunc* da sentença deve ser feita com reservas, pois não podemos esquecer que uma lei inconstitucional foi eficaz até consideração nesse sentido, e que ela pode ter tido conseqüências que não seria prudente ignorar, e isto principalmente em nosso sistema jurídico, que não determina um prazo para arguição de tal invalidade, podendo a mesma ocorrer dez, vinte ou trinta anos após sua entrada em vigor»<sup>74</sup>.

Assim, não se aceita a posição radical da corrente propugnadora de que se deve sentir o efeito da sentença de inconstitucionalidade após a data de seu pronunciamento, isto é, *ex nunc*, nem tão pouco da que prevê que a lei inconstitucional é nula de pleno direito e que, portanto, devem ser anulados todos os efeitos por ela produzidos desde sua inclusão no ordenamento jurídico, *ex tunc*.

«O que não pode ser desvirtuada é a finalidade do direito, que, proporcionando harmonia na convivência social, traz à sociedade a satisfa-

<sup>73</sup> MIRANDA, *op. cit.*, v. 2, p. 500-502.

<sup>74</sup> FERRARI, *op. cit.*, p. 212.

ção de suas necessidades de segurança e estabilidade em seu relacionamento»<sup>75</sup>.

De fato é possível que a supressão do universo jurídico realizada de modo retroativo, cause danos mais lesivos do que sua manutenção provisória. Imagine-se a situação decorrente da consideração de que a lei inconstitucional é nula de pleno direito em razão da hipótese da adoção de crianças durante 10 ou mais anos, com base em uma lei declarada inconstitucional. Dentro desta postura todas as adoções foram nulas e, portanto, como ficariam as crianças que se beneficiaram da lei agora considerada violadora da Constituição? Deveriam ser entregues para institutos que abrigam crianças abandonadas? Como se pode constatar, seria mais danosa a consideração no sentido de que a decisão produz efeitos desde o momento da promulgação da lei, do que aceitar que produziu efeitos válidos durante o tempo em que viveu com a presunção de validade.

Não obstante, diferentemente da Constituição portuguesa, nossa Lei Fundamental nunca determinou o universo dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei, deixando para o campo da jurisprudência a fixação da sua extensão no tempo.

Portanto, veio em boa hora a previsão, por lei, da capacidade do Supremo Tribunal Federal de restringir, por voto de dois terços de seus membros, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Mesmo porque, a falta de tal possibilidade pode, muitas vezes, obrigar aos Tribunais, a se absterem de manifestar um juízo de inconstitucionalidade flagrante.

Tal é a postura de Jorge Miranda, quando afirma que a possibilidade de flexibilização dos efeitos da inconstitucionalidade «destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização»<sup>76</sup>.

Dentro desta linha, o Tribunal Constitucional alemão desenvolveu o denominado processo de «declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade», previsto no parágrafo 31 da Lei Orgânica da Corte Constitucional. Dita decisão reconhece que a lei é ilegítima face à Constituição, mas não a declara nula, gerando para o legislador o dever de suprir ou corrigir a inconstitucionalidade<sup>77</sup>.

Além disso, conforme ressalta Gilmar Ferreira Mendes, a jurisprudência alemã admite a aplicação da norma inconstitucional, após o reconhecimento jurisdicional de seu vício, até que nova regra venha a ser editada

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 215.

<sup>76</sup> MIRANDA, *op. cit.*, v. 2, p. 500-502.

<sup>77</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 204.



pelo legislador, nos casos em que «motivos de segurança jurídica tornam imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional, a fim de que não surja, nessa fase intermediária, situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente». Também a Corte Constitucional germânica admite a decisão de apelo ao legislador, nos casos em que reconhece a constitucionalidade normativa, mas alerta que em razão de mudanças nas relações fáticas ou jurídicas, pode levá-la à inconstitucionalidade, o que faz com que seja identificada uma situação de trânsito entre os dois pontos. Neste caso, em que pese declarar a validade da norma, formula um apelo ao legislador para que proceda a sua correção, às vezes com prazo determinado, para evitar que se torne inconstitucional<sup>78</sup>.

Conforme Walter Claudius Rothenburg, a forma como foi prevista a modulação dos efeitos da decisão pelo Supremo Tribunal Federal nas leis 9886/99 e 9882/99, pode ocorrer no que tange ao alcance das decisões em relação às pessoas afetadas, quanto ao período de abrangência da decisão, quanto ao alcance vinculante da decisão em relação a outros órgãos aplicadores do direito e quanto ao conteúdo da decisão<sup>79</sup>.

Portanto, explicita que na hipótese da decisão poder alcançar a determinadas pessoas e desde que não ofenda ao dogma da isonomia pode-se imaginar «a tentativa de realização da venda em bloco, pelo Governo, de diversas empresas estatais, após a obtenção de autorização legislativa para tanto, e o questionamento judicial dos atos de privatização. O reconhecimento de efetivo descumprimento de preceito fundamental (no caso algum princípio geral da atividade econômica) e a conseqüente declaração de nulidade dos atos de privatização talvez pudessem atingir apenas as estatais lucrativas e não as deficitárias»<sup>80</sup>.

É difícil buscar exemplos onde se possa identificar a possibilidade da decisão alcançar só a certas pessoas, sem que exista a ofensa ao princípio da isonomia, pois mesmo no campo da inconstitucionalidade por omissão parcial identifica-se este perigo, mas Walter Rothenburg apresenta o argumento de que se pensando de outra forma, isto é, no combate à omissão parcial, quando contemplado pela lei apenas um segmento de pessoas, a modulação dos efeitos da decisão pode alcançar apenas os indevidamente excluídos<sup>81</sup>.

A preocupação com essa peculiaridade foi evidenciada na ADIN 526, de 1991, proposta para apreciar a constitucionalidade da Medida Provisória 296/91, que concedia aumento de remuneração a um segmento do

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 220; 229-230.

<sup>79</sup> WALTER ROTHENBURG, *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da lei n° 9882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 226.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 228.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 228.

funcionalismo público, em desrespeito ao art. 37, X da Constituição Federal.

No caso em tela, é importante registrar a opinião do Ministro Sepúlveda Pertence contida no relato do julgamento do pedido de concessão de cautelar:

põe-se aqui, entretanto, um problema sério e ainda não deslindado pela Corte, que é um dos tormentos do controle da constitucionalidade da lei pelo estalão do princípio da isonomia e suas derivações constitucionais.

Se a ofensa à isonomia consiste, no texto da norma questionada, na imposição de restrição a alguém, que não se estenda aos que se encontram em posição idêntica, a situação de desigualdade se resolve sem perplexidades pela declaração da invalidez da constringão discriminatória.

A consagração positiva da teoria da inconstitucionalidade por omissão criou, no entanto, dilema cruciante, quando se trate, ao contrário, de ofensa à isonomia pela outorga de lei de vantagem a um ou mais grupos com exclusão de outro ou outros que, sob o ângulo considerado, deveriam incluir entre os beneficiários...

...A alternativa que aí se põe ao órgão de controle é afirmar a inconstitucionalidade positiva da norma concessiva do benefício ou, sob outro prisma, a da omissão parcial consistente em não ter estendido o benefício a quantos satisfizessem os mesmos pressupostos de fato subjacentes à outorga...

Se se adota a primeira solução — a declaração de inconstitucionalidade da lei por ‘não favorecimento arbitrário’ ou ‘exclusão inconstitucional de vantagem’ — que é a da nossa tradição (v.g. RE 102.553, 21-8-86, RTJ 120/725) — a decisão tem eficácia fulminante, mas conduz a iniquidades contra os beneficiados, quando a vantagem não traduz privilégio, mas imperativo de circunstâncias concretas, não obstante a exclusão indevida de outros, que ao gozo dela se apresentariam com os mesmos títulos.

É o que ocorreria, no caso, com a suspensão cautelar da eficácia da medida provisória, postulada na ADIN 525: estaria prejudicado o aumento de vencimentos da parcela mais numerosa do funcionalismo civil e militar, sem que daí resultasse benefício algum para os excluídos do seu alcance<sup>82</sup>.

<sup>82</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. I. Medida provisória: controle jurisdicional dos pressupostos de relevância e urgência (possibilidades e limites); recusa, em princípio, da plausibilidade da tese que nega, de logo, a ocorrência daqueles pressupostos, dado o curso paralelo de projeto de lei, ao tempo da edição da medida provisória questionada... Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 526/DF. Federação Nacional dos sindicatos e Associações de Trabalhadores da Justiça do Trabalho e Presidente da República. Relator: Sepúlveda

Como se vê, a declaração de nulidade não seria adequada para o caso, uma cassação da lei só aprofundaria o estado de inconstitucionalidade. Portanto, foi para que a declaração de inconstitucionalidade não produza o vácuo jurídico, um vazio normativo, que os diplomas normativos analisados, prevêm a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, inclusive, admitir a eficácia de sua decisão voltada para o futuro, ou seja, a aplicação da norma inconstitucional após o reconhecimento jurisdicional de seu vício, ou seja, até que nova regra seja editada pelo legislador. Exemplo importante pode ser aqui formulado, para justificar tal modo de agir: se o valor do salário mínimo, nacionalmente unificado, for fixado em lei cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo STF, considerando que tal decisão tem eficácia *ex tunc*, e porque nula de pleno tudo o que sob o seu império foi recebido nulo também é, além de outros inconvenientes, deve-se identificar o vazio jurídico, vale dizer, passa-se a não ter o valor do salário mínimo, o que permitiria que a Corte determinasse que a lei mesmo sendo inconstitucional teria efeitos para o futuro, até que outra lei viesse a prever o seu valor.

Fato é que nem o art. 27 da lei 9868/99, nem o art. 11 da lei 9882/99, determinou o limite para a determinação dos efeitos futuros da lei após o reconhecimento de seu vício, porém, mesmo reconhecendo que dependerá da postura da mais alta Corte de Justiça traçar este limite, vê-se que sua limitação está ligada a uma motivação razoável, a uma interpretação teleológica. Portanto, não existe o porque conceder prazo superior àquele necessário para criação legislativa, podendo ser considerado como parâmetro o previsto constitucionalmente para os projetos de lei com pedido de urgência, art. 64 da CF.

#### B) Limites à manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

O ponto mais interessante da inovação apresentada pelos diplomas legislativos aqui citados e que pode ter lugar quando se pretende ver se os atos jurídicos perfeito, fundados em uma lei inconstitucional, podem ser considerados como caracterizadores da segurança jurídica no controle abstrato da constitucionalidade, é saber quando será possível salvar os efeitos do ato inquinado.

Assim, é importante, no determinar o universo dos efeitos da inconstitucionalidade no tempo, identificar quais os limites objetivos que o Supremo Tribunal Federal deve observar para a sua decisão e que devem

Pertence, 12 de dezembro de 1991. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 145, p. 112, jul. 1993.

embasar a fundamentação do julgado, no sentido de pronunciar se os efeitos da decisão se devem fazer sentir *ex nunc* ou *ex tunc*.

Na Espanha, em que pese a Constituição nada dizer a respeito de quando o Tribunal Constitucional pode considerar que uma norma inconstitucional não é nula desde o início, ressalva, expressamente, da retroatividade da sentença de inconstitucionalidade, os efeitos de decisões judiciais anteriores, já transitadas em julgado, nos termos do artigo 116.1 'a', da Lei Fundamental, ressaltando, ainda, as sentenças penais ou que imponham sanções administrativas, quando as conseqüências de retroatividade não favoreçam ao condenado.

Além disso, a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol, no artigo 40.1, determinou: «As sentenças declaratórias de inconstitucionalidade (sentenças estimatórias) de Leis, disposições ou atos com força de Lei não permitirão revisar processos transitado em julgado mediante sentença com força de coisa julgada os quais tenham sido embasados em aplicação de Leis, disposições ou atos inconstitucionais, salvo no caso de processos que tratem de matéria penal ou de contencioso administrativo referente a um procedimento sancionador em que, como conseqüência da nulidade da norma aplicada, resulte uma redução da pena ou da sanção, ou uma exclusão, isenção ou limitação da responsabilidade».

Ressalta Francisco Fernandez Segado que o princípio geral é o da irreversibilidade da «coisa julgada», salvo em relação a determinados processos penais ou de contencioso administrativo. «Estamos, em última análise, frente a uma conseqüência do clássico princípio da irretroatividade da lei penal menos favorável»<sup>83</sup>.

Daniel Sarmiento registra que o Tribunal Constitucional Espanhol, «em homenagem ao princípio da segurança jurídica, vem entendendo esta exceção a outros casos, salvaguardando também da retroatividade os atos administrativos firmes, desprovidos de caráter sancionador, bem como os atos processuais praticados com base em lei inconstitucional desde que não violem direitos fundamentais»<sup>84</sup>.

Na Alemanha, quando o Tribunal Constitucional diz que a lei é inconstitucional, a conseqüência, em regra, é a sua nulidade *ab initio*, com efeitos *ex tunc*, porém aceita a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, que é utilizada quando a norma atribui benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia.

Conforme Gilmar Ferreira Mendes, apenas no âmbito do Direito Penal teve o legislador cuidado de disciplinar, expressamente, essas conse-

<sup>83</sup> FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, 2. ed. Madrid: Dykinson, 1997. p. 1.101.

<sup>84</sup> DANIEL SARMENTO, «A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade». In: JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO-ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ (Coords.), *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 16.

quências. Nos termos do Parágrafo 79, (1) da Lei do Tribunal Constitucional, «é admissível a revisão da sentença penal condenatória fundada em lei declarada inconstitucional ou incompatível com a Lei Fundamental. Essa disposição demonstra que o legislador partiu da idéia de que a lei inconstitucional — mas não nula — não mais deve ser aplicada, sendo ilegítimos os atos singulares (sentença penal condenatória) praticados com base no diploma inconstitucional»<sup>85</sup>.

No sistema constitucional português, que influenciou a disposição contida nas leis em comento, é a própria Lei Fundamental que determina no art. 282.3 que «Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido» ao prever, no mesmo artigo «4»: «Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos nºs 1 e 2»<sup>86</sup>.

Jorge Miranda ressalta que os limites à retroatividade da decisão que analisou a constitucionalidade em sede de fiscalização abstrata, circunscrevem-se, em princípio, aos casos julgados, podendo, entretanto o Tribunal Constitucional prever de forma contrária, «quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido»<sup>87</sup>.

Isto, porque o art. 282.3, garante a «autoridade própria dos tribunais como órgãos de soberania, aos quais compete ‘administrar a justiça em nome dos povos’ (art. 285, nº 1) assegurando a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimindo a violação da legalidade democrática e dirimindo os conflitos de interesses públicos e privados (art. 205.º 2)»<sup>88</sup>.

Para o citado autor o fundamento dessa regra, reside, não só, no princípio da separação de poderes, mas, também, em um princípio material, ou seja, a exigência de segurança jurídica. Assim, considerando como valor essencial do Estado de Direito, tal princípio não pode ter sentido absoluto, pois este necessita, também, ser apercebido no contexto global da Constituição.

<sup>85</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 212.

<sup>86</sup> Constituição Portuguesa, Art 282.1: «A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado». Art. 282.2 «Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última».

<sup>87</sup> MIRANDA, *op. cit.*, p. 488.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 493.

Portanto, em matéria penal deve-se aplicar o tratamento mais favorável, o que implica que «se for declarada a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de certa lei penal e se, por causa disso, for reprimada (art. 281, nº 1, da Constituição) ou vier a tornar-se aplicável uma lei de conteúdo mais favorável, será esta a que deverá efetivamente ser aplicada, mesmo que já tenha havido trânsito em julgado da sentença condenatória (e não havendo agora que distinguir entre lei incriminadora e lei definidora da pena ou da medida de segurança)»<sup>89</sup>.

Entretanto, é preciso que se anote a observação no sentido de que «não obstante a regra não funciona automaticamente. Tem de haver uma decisão do tribunal Constitucional, embora não se trate de uma faculdade, mas sim de uma obrigação: tem de haver uma revogação expressa dos casos julgados constante da declaração de inconstitucionalidade» e no caso da omissão de revogação por parte do Tribunal Constitucional, os tribunais criminais deverão reapreciar os casos julgados, suprimindo a omissão inconstitucional que resultou daquela decisão<sup>90</sup>.

Isto posto, depois de reconhecer que existem limites absolutos para os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, Jorge Miranda sintetiza que:

- a) Não pode o Tribunal Constitucional restringir os efeitos de norma que viole os direitos insuscetíveis de suspensão em estado de sítio, pois se a Constituição não autoriza a suspensão destes direitos nem em situações excepcionais, muitos menos, no contexto da normalidade constitucional, poderiam as normas que os violassem ter seus efeitos salvaguardados na declaração de inconstitucionalidade.
- b) Não pode o Tribunal Constitucional excetuar pessoas ou situações objetivamente não fundadas, pois estaria infringindo o princípio da igualdade.
- c) Não pode o Tribunal Constitucional restringir os efeitos de declaração de inconstitucionalidade de norma «constante de lei geral da República ou de convenção internacional em razão do território», porque estaria agredindo o princípio da igualdade.
- d) Não pode o Tribunal Constitucional diferir para o futuro a produção de efeitos — porque tal brigaria com o princípio da constitucionalidade.
- e) Não pode haver limitação de efeitos quanto a atos normativos juridicamente inexistentes<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 498.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 498.

<sup>91</sup> Jorge Miranda como Canotilho, aceita a possibilidade de controle da constitucionalidade de atos inexistentes (CANOTILHO, 1998, p. 836).

Na Itália, conforme determina o art. 136, da Constituição, «la norma cessa di avere efficacia del giorno successivo allá pubblicazione della sentenza», é retroativa, contudo encontra limites, quais seja, os efeitos já consumados e consolidados da norma inconstitucional, produzidos antes da decisão, e, também, os efeitos decorrentes da prescrição e decadência funcionam como limites à decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal Constitucional. Isto, além da possibilidade de determinar que a decisão pode produzir efeitos além da sua publicação, dando tempo para que o legislador crie uma nova disciplina sobre a matéria, de modo a evitar o vazio normativo.

Por sua vez, Alexandre de Moraes ressalta que conforme aponta Allan Brewer-Cariás, a tendência contemporânea na América Latina é conceder efeitos *ex nunc* ao controle concentrado de inconstitucionalidade, em virtude das repercussões fáticas dele decorrentes, apontando como exemplos o Panamá, México, Colômbia, Guatemala, Bolívia, Venezuela, Peru e Equador, afirmando que «o princípio geral em relação aos efeitos temporais das decisões adotadas em matéria de controle de constitucionalidade das leis, é que essas têm efeitos gerais, *erga omnes*, dado seu caráter anulatório, então somente tem efeitos constitutivos, *ex nunc*, pro futuro; é dizer não tem efeitos retroativos»<sup>92</sup>.

No Brasil a previsão da disciplina sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não foi determinada constitucionalmente, diga-se de passagem, até o advento dos dois documentos legais aqui relacionados: Lei 9868/99 e 9882/99, tal consideração era prevista pela jurisprudência e pela doutrina, que admitiam que estes se faziam sentir *ex tunc*, isto é, faziam-se sentir, sempre, desde o aparecimento da lei no universo jurídico, na medida em que a decisão no sentido da inconstitucionalidade invalidava tudo o que se tinha produzido sobre o império da lei ou ato normativo declarado inconstitucional<sup>93</sup>.

Hoje a realidade é diferente, e, em que pese os dois diplomas normativos não terem previsto sobre a limitação do poder do Supremo Tribunal Federal de manuseio dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a própria Suprema Corte de Justiça brasileira já tem, por diversas vezes, reconhecido limites à limitação retroativa das decisões de inconstitucionalidade, com vistas à proteção da segurança jurídica.

<sup>92</sup> ALEXANDRE DE MORAES, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 280.

<sup>93</sup> Como por exemplo no RE. 93173, 1982. «Sendo inconstitucional, a regra jurídica é nula. Não incidindo sobre o fato, nela visto ou previsto, na há fato jurídico e, via de lógica consequência, o fato não produz qualquer efeito jurídico. Recurso extraordinário conhecido e provido. Banco de Dados do Centro de Processamento de dados do Senado — PRODASEN».

O primeiro limite objetivo à manipulação dos efeitos temporais da decisão é de índole formal, ou seja, não há como negar que em regra, no controle abstrato a decisão no sentido da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, tem eficácia *ex tunc*, vale dizer retroativa, porém, no momento em que o ordenamento jurídico brasileiro flexibilizou esta postura, atento à necessidade de propiciar a busca de uma solução concreta que acomode os interesses em conflito, com vistas a proteger a segurança jurídica, determinou que o estabelecimento da eficácia da decisão no tempo, fica na dependência de um quorum qualificado de dois terços, para que se tenha certeza de que a postura adotada, efetivamente, é a que melhor atende à proteção de direitos, aos valores constitucionalmente previstos.

Alguns destes limites já foram, de alguma maneira, aqui colocados, isto é, a determinação, no tempo, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade deve estar fundamentada pelo princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, ou seja, em um manifesto conflito entre valores constitucionais da mesma hierarquia, vale dizer, de um lado a nulidade *ab initio* da lei ou ato normativo e de outro o sério comprometimento da segurança jurídica ou excepcional interesse social, o Supremo Tribunal Federal deve fazer prevalecer o bem jurídico que, conforme a situação apresentada, considere ser mais relevante, ainda que isto importe na manutenção de atos ou situações formados com base em lei que se pressupõe válida, mas que era nula.

Exemplo típico, conforme Teori Albino Zavascki, «é o do aluno que, ingressando irregularmente em curso superior, só tem declarada judicialmente tal irregularidade quando já concluídos ou em vias de conclusão seus estudos. Antiga jurisprudência dos tribunais, abandonada pelo STF, considera aceitável a manutenção do status quo, cuja reversibilidade acarretaria prejuízo injustificado e desproporcional, ainda mais considerando que, na maioria das vezes, a consolidação dos fatos decorreu da demora no julgamento da controvérsia»<sup>94</sup>.

Conforme ensina Jorge Miranda, não basta justificar a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade sob o argumento de que envolvem alguma incerteza para o mundo do direito e para vida social, é preciso envolvam uma insegurança de grau elevado e que por isso seus efeitos devem ser reduzidos ao estritamente necessário para salvaguardar os valores constitucionais<sup>95</sup>.

Assim, cabe registrar, conforme ensina o mestre português, não pode o Tribunal Constitucional e no caso brasileiro o Supremo Tribunal Federal, restringir os efeitos de declaração de inconstitucionalidade de norma

<sup>94</sup> ZAVASCKI, *op. cit.*, p.50.

<sup>95</sup> MIRANDA, *op. cit.*, p 504.



violadora de direitos insusceptíveis de suspensão em estado de sítio. «Se mesmo *salus populi* não autoriza a suspensão destes direitos, muito menos em normalidade constitucional poderiam normas que o violassem produzir efeitos salvaguardados na declaração de inconstitucionalidade»<sup>96</sup>.

Outro limite à não aplicação retroativa da decisão de inconstitucionalidade é o respeito à coisa julgada. Isto quando, conforme alerta Teori Zavascki, o pronunciamento dirige-se ao passado. Entretanto, «em virtude da inovação que opera no status jurídico, a decisão repercutirá nas relações jurídicas continuativas, apreciadas em sentença que examinou casos concretos». Porém, «para que se desfaçam tais relações, notadamente quando afirmadas por sentença judicial, não basta que sejam incompatíveis com a Constituição. É indispensável que essa incompatibilidade tenha ou venha a ser reconhecida por ato estatal específico, com força vinculativa, ato esse que, nas situações examinadas, não existia á época em que referidas relações jurídicas foram constituídas». O ajustamento deve ser efetuado em processo próprio, em ação rescisória, quando couber<sup>97</sup>.

Daniel Sarmiento depois de afirmar que «a declaração de inconstitucionalidade de uma norma não tem o condão de desconstituir sentenças transitadas em julgado, baseadas em regra inconstitucional», observa que «no âmbito civil, se o prazo decadencial de dois anos após o trânsito em julgado da decisão ainda não tiver escoado, poderá o interessado ajuizar ação rescisória, baseando-se em violação a literal disposição de lei (art. 485, VI, do CPC), já que tal fundamento abrange também a inconstitucionalidade da norma em que se alicerça a sentença»<sup>98</sup>.

Esta é a posição do STF, pois no RMS 17.976, cujo Relator foi o Min. Moacir Amaral Santos decidiu: «A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória»<sup>99</sup>.

Outro limite à retroatividade da decisão acerca da inconstitucionalidade da lei é o que tange à matéria penal, vale dizer, não retroage a decisão que tenha conteúdo menos favorável.

Conforme determina o art. 5º, XL, «a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu», o que significa dizer que dentre duas ou mais leis

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 505.

<sup>97</sup> ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 98-99.

<sup>98</sup> SARMENTO, *op. cit.*, p. 22.

<sup>99</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional... Recurso de Mandado de Segurança n. 17.976/SP. Engenharia e Construções Otto Meinberg S. A. e Fazenda do Estado. Relator: Ministro Moacir Amaral Santos, 13 de setembro de 1968. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 55, p. 744-746, mar. 1971.

penais que se sucedam no tempo, aplicáveis à mesma pessoa, deve sempre prevalecer a de conteúdo mais benéfico, a menos gravosa, ou seja, a mais favorável é que será aplicada.

Tal posicionamento implica, também, o universo da fiscalização de constitucionalidade, isto é, declarada a inconstitucionalidade de certa norma penal e se, em decorrência disto, for reprimada lei de conteúdo mais favorável, esta é que deverá ser aplicada, mesmo que já tenha havido sentença condenatória com trânsito em julgado.

Nessa hipótese, caberá a revisão criminal contra a condenação criminal transitada em julgado, porém baseada em lei inconstitucional. De igual modo, se em face dessa condenação o sentenciado estiver preso, caberá *habeas corpus* para garantir, imediatamente, a sua liberdade, e mais, nos moldes previstos pelo art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, aquele que foi condenado criminalmente, com base em lei declarada inconstitucional, tem direito a que o Estado pague indenização por danos morais e materiais<sup>100</sup>.

Portanto, quando se trate de decisão de inconstitucionalidade de norma penal incriminadora, esta pode ser reconhecida, de ofício, pelo juiz de execução da pena, ou suscitada em *habeas corpus*, pois que desnecessária qualquer instrumento probatório.

Cabe aqui perguntar: e se a declaração de inconstitucionalidade, por reprimada, fizer reviver uma lei menos favorável?

O mesmo raciocínio deve ser realizado. Se a norma reprimada qualifica como ilícito um fato, ou o sancione com pena mais severa, deve, no caso, o STF determinar que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não podem alcançar a situação anterior mais benéfica, em que pese fundada em lei inconstitucional.

Conforme já abordado, a determinação dos efeitos no tempo não pode violar o princípio da isonomia, isto, principalmente considerando que a omissão parcial pode, também, acarretar uma inconstitucionalidade por ação no que tange à violação do princípio da igualdade, ou seja, quando contemplado pela lei apenas certo segmento de pessoas, como por exemplo, a lei que beneficie apenas certa categoria de servidores públicos, portanto, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pode permitir que sejam alcançados apenas os que foram indevidamente excluídos.

É impossível deixar de registrar que a determinação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade tem adquirido importância ímpar, no campo do direito tributário, principalmente, quanto aos tributos pagos em virtude de uma lei inconstitucional, isto é, se pode ser pedida a repetição do indébito em razão de dívida fundada em lei inconstitucional, depois do decurso do respectivo prazo prescricional ou decadencial.

<sup>100</sup> MORAES, *op. cit.*, p. 281.

Conforme Dalton Luiz Dallazem, em sua tese de doutoramento, defendida na Universidade Federal do Paraná, sob título «A declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos sobre as relações jurídicas tributárias», em nenhum país a jurisprudência é tão contraditória quanto na Itália, «porém, existe um tabu na mente dos juízes italianos: imposto pago não deve ser reembolsado»<sup>101</sup>.

Isto significa, a grosso modo, que a ausência de impugnação de qualquer ato no desenrolar do procedimento de determinação da cobrança dos tributos opera a formação do chamado *rapporto esaurito*, ou seja, a impede a formação do indébito.

Na Espanha o Tribunal Constitucional tem entendido que os chamados actos firmes, impedem a pretensão de devolução de tributos declarados inconstitucionais.

No Brasil a repetição do indébito, de modo geral, tem sido admitida, respeitados os prazos de prescrição e decadência.

Na Espanha a doutrina aceita que se o interesse público for invocado, em uma situação que comprometa as finanças públicas, pode ser afastada a repetição do indébito.

A aceitação de tal argumento pode desembocar no que se chama de «razões de Estado», o que pode comprometer a isenção do Supremo Tribunal Federal no determinar a extensão dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e, neste ponto, são válidos os temores de Luís Roberto Barroso, quando receia que nossa mais alta Corte de Justiça, «que, infelizmente, não se tem mostrado tão independente do Executivo como seria desejável (vide a sua lamentável omissão no controle das medidas provisórias) possa se valer dos seus novos poderes pautando-se por uma lógica das ‘razões de Estado’, para adotar, como regra, a eficácia *ex nunc* ou pro futuro das decisões desfavoráveis ao Erário e benéficas ao cidadão e ao contribuinte»<sup>102</sup>.

O STF tem rechaçado as chamadas «razões de Estado», como no Agravo de Instrumento 236.546, com a relatoria a cargo do Min. Celso de Mello, quando afirmou:

«É preciso advertir que as razões de Estado —quando invocadas como argumento de sustentação da pretensão jurídica do Poder Público ou de qualquer outra instituição — representam expressão de um perigoso ensaio destinado a submeter, à vontade do Príncipe (o que é intolerável), a autoridade normativo-hierárquica da própria Constituição da República, comprometendo, desse modo, a idéia de

<sup>101</sup> DALTON LUIZ DALLAZEM, *A declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos sobre as relações jurídicas tributárias*. Curitiba. Tese (Doutorado) — Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 239.

<sup>102</sup> SARMENTO, *op. cit.*, p. 32.

que o exercício do poder estatal, quando praticado sob a égide de um regime democrático, está permanentemente exposto ao controle social dos cidadãos e à fiscalização de ordem jurídico-constitucional dos magistrados e Tribunais»<sup>103</sup>.

Assim, deve prevalecer a repetição do indébito, pois se a coletividade se beneficiou em detrimento do patrimônio de determinada pessoa, o contribuinte, essa mesma coletividade deve suportar o ônus de recompor o que foi indevidamente arrecadado.

Entretanto, buscando a segurança jurídica, resta perguntar: qual o prazo para pleitear a repetição do indébito tributário?

O art. 168 do Código Tributário Nacional dispõe: «O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 anos, contados: I. nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário; II. Na hipóteses do inciso III do art. 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado decisão judicial que tenha reformado, revogado ou rescindido a decisão condenatória»<sup>104</sup>.

Portanto, se a obrigação tributária se extingue por decisão judicial definitiva, nos termos do inciso X, do art. 156, do CTN, o prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição do tributo, extingue-se após o transcurso de 5 (cinco) anos, contados da extinção, ou seja, da data da publicação da sentença que declarou a inconstitucionalidade<sup>105</sup>.

Levantados alguns limites que parecem de indispensável consideração no momento de prever a extensão, no tempo, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a verdade é que estes, na falta de previsão legal, defluirão das decisões do Supremo Tribunal Federal, que, razoavelmente, a partir de casos concretos e com vistas à proteção da segurança jurídica e especial interesse social, os estabelecerá.

Isto posto, pode-se concluir, levando em consideração de que o ato jurídico perfeito representa um limite negativo à atuação dos órgãos do Poder Público, que, conforme lição de Teori Albino Zavascki,

<sup>103</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Razões de Estado — Alegação — Inconstitucionalidade. Razões de Estado não podem ser invocadas para justificar o descumprimento da Constituição. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.013-7. Caixa Econômica Federal e Adilson dos Santos Almeida e outros. Relator: Ministro Celso de Mello, 24 de agosto de 1999. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 218, p. 222-225, out./dez. 1999.

<sup>104</sup> BRASIL. Leis, decretos, etc. *Código tributário nacional*: lei nº 5.172, de 25-10-1966... 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 82, art. 168, incs. I e II.

<sup>105</sup> BRASÍLIA. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. Ato Declaratório n. 96, de 26 de novembro de 1999. Dispõe sobre o prazo para a repetição de indébito relativa a tributo ou contribuição pago com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no exercício dos controles difuso e concentrado. In: *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 2, 30 nov. 1999. Seção 2.

Diante de fatos consumados, irreversíveis ou de reversão possível, mas comprometedor de outros valores constitucionais, só resta ao julgador — e esse é o seu papel — ponderar os bens jurídicos em conflito e optar pela providência menos gravosa ao sistema de direito, ainda quando ela possa ter como resultado o da manutenção de uma situação originariamente ilegítima. Em casos tais, a eficácia retroativa da sentença de nulidade importaria a reversão de um estado de fato consolidado, muitas vezes sem culpa do interessado, que sofreria prejuízo desmesurado e desproporcional<sup>106</sup>.

Assim ganhou o sistema jurídico brasileiro com a flexibilização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade prevista nas leis 9868/99 e 9882/99, na medida em que foi reverenciado o objetivo do direito que é o acesso a uma segurança justa.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFTALION, ENRIQUE R.; OLANO, FERNANDO GARCÍA; VILANOVA, JOSÉ, *Introducción al derecho*, 5. ed., Buenos Aires: Libreria El Ateneo, 1956.
- AMARAL, ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO, *Extinção do ato administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- BEVILÁQUA, CLÓVIS, *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956.
- BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. In: *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 1, 11 nov. 1999. Seção 1.
- BRASIL. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. In: *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 2, 6 dez. 1999. Seção 1.
- BRASIL. Leis, decretos, etc. *Código tributário nacional*: lei nº 5.172, de 25-10-1966... 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Funcionário de fato. Investidura baseada em norma posteriormente declarada inconstitucional. A nulidade não envolve uma das fases de ato complexo, de mera execução de ordem legítima, com a sua conseqüência normal e rotineira. Aparência de legalidade e inexistência de prejuízo. Recurso Extraordinário, pela letra c do art. 119, III, da Constituição, não conhecido. Recurso Extraordinário n. 78.533/SP. Fundação e Modelação Ivaí Ltda e Estado de São Paulo. Relator: Ministro Décio Miranda, 13 de novembro de 1981. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 100, p. 1086-1091, jun. 1982.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Declaração, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 322, de 7 de

<sup>106</sup> ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 49-50.

- abril de 1967... Recurso Extraordinário n. 79.343/BA. José Pereira César e Aurélio Paz Boulhosa. Relator: Ministro Leitão de Abreu, 31 de maio de 1977. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 82, p. 791-796, out. 1977.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. I. Medida provisória: controle jurisdicional dos pressupostos de relevância e urgência (possibilidades e limites); recusa, em princípio, da plausibilidade da tese que nega, de logo, a ocorrência daqueles pressupostos, dado o curso paralelo de projeto de lei, ao tempo da edição da medida provisória questionada... Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 526/DF. Federação Nacional dos sindicatos e Associações de Trabalhadores da Justiça do Trabalho e Presidente da República. Relator: Sepúlveda Pertence, 12 de dezembro de 1991. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v.145, p. 101-124, jul. 1993.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Razões de Estado — Alegação — Inconstitucionalidade. Razões de Estado não podem ser invocadas para justificar o descumprimento da Constituição. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.013-7. Caixa Econômica Federal e Adilson dos Santos Almeida e outros. Relator: Ministro Celso de Mello, 24 de agosto de 1999. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 218, p. 222-225, out./dez. 1999.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Recurso de Mandado de Segurança n. 17.976/SP. Engenharia e Construções Otto Meinberg S. A. e Fazenda do Estado. Relator: Ministro Moacir Amaral Santos, 13 de setembro de 1968. In: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 55, p. 744-746, mar. 1971.
- BRASÍLIA. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal. Ato Declaratório n. 96, de 26 de novembro de 1999. Dispõe sobre o prazo para a repetição de indébito relativa a tributo ou contribuição pago com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no exercício dos controles difuso e concentrado. In: *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 2, 30 nov. 1999. Seção 2.
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARRAZZA, ROQUE ANTÔNIO, *Curso de direito constitucional tributário*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El acto administrativo*, 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978. p. 379. COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La anulación del oficio del acto administrativo*, Buenos Aires: Astrea, 1981.
- DALLAZEM, DALTON LUIZ, *A declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos sobre as relações jurídicas tributárias*. Curitiba. Tese (Doutorado) — Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
- DINIZ, MARIA HELENA, *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FAGUNDES, MIGUEL SEABRA, *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El sistema constitucional español*, 2. ed. Madrid: Dykinson, 1997.
- FERRARI, REGINA MARIA MACEDO NERY, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERRAZ JÚNIOR, TÉRCIO SAMPAIO, «Segurança Jurídica e normas gerais tributárias», *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 5, n. 17-18, p. 51, jul./dez. 1991.
- FIGOIRE, PASCUALE, *De la irretroactividad y interpretación de las leyes*. Tradução por: Enrique Aguilera de Paz. 3. ed. Madrid: Réus, 1927.
- FRANÇA, LIMONGI, *Direito intertemporal brasileiro*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- GABBA, CARLO FRANCESCO, *Teoria della retroattività delle leggi*. Pisa, 1898.
- GARCÍA NOVOA, CÉSAR, «Seguridad jurídica y derecho tributário». In: MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE (Org.), *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 1: Direito tributário, p. 45-47.
- MAXIMILIANO, CARLOS, *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE, *Ato administrativo e o direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE, *Princípios Gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MENDES, GILMAR FERREIRA, *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MIRANDA, JORGE, *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.
- MORAES, ALEXANDRE DE, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.
- PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA, *Instituições de direito civil*, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- RÁO, VICENTE, *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad. 1952.
- REALE, MIGUEL, *Revogação e anulamento do ato administrativo*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- RECASENS SICHES, LUIS, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1973.
- *Vida humana y derecho: nueva filosofía del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1973.
- ROTHENBURG, WALTER, *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da lei nº 9882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.
- SARMENTO, DANIEL, «A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade». In: SAMPAIO, JOSÉ ADÉRCIO LEITE; CRUZ, ÁLVARO RICARDO DE SOUZA (Coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SUNDFELD, CARLOS ARI, *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992.

- TELES JÚNIOR, GODOFREDO, *O direito quântico*, 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1971.
- TENÓRIO, OSCAR ACCIOLY, *Lei de introdução ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- VILANOVA, LOURIVAL, *Sobre o conceito do direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1947.
- ZAVASCKI, TEORI ALBINO, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.