

# O controle da constitucionalidade das leis e o direito adquirido

PAULO LUIZ NETO LÔBO

Professor da UFAL. Procurador de Estado

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Efeitos do controle de constitucionalidade e os fatos anteriormente constituídos. 2.1. Os sistemas de controle da constitucionalidade e a opção da Constituição de 1988. Via incidental e ação direta. 2.2. Natureza da decisão judicial: declarativa ou constitutiva. Ineficácia. 2.3. Alcance da ineficácia: "ex nunc" ou "ex tunc". 2.4. Aplicação do princípio "quod nullum est, nullum effectum producit". 2.5. Orientação dominante. 2.6. Direitos adquiridos contra a Constituição: estado da questão. 3. Fundamentos do princípio do direito adquirido e sua ocorrência analógica nas situações de inconstitucionalidade. 3.1. Segurança jurídica, boa-fé, equidade. 3.2. Aparência e presunção de constitucionalidade e a certeza de direito provocada pela lei inconstitucional. 4. Sobrevivência dos direitos pré-constituídos ao pronunciamento de inconstitucionalidade. 5. Análise do RE nº 79.343-BA do Supremo Tribunal Federal. Um caso concreto envolvendo negócio jurídico. 6. Conclusões.*

### 1. Introdução

Um dos problemas mais interessantes que decorrem do controle da constitucionalidade das leis é a definição e o alcance dos seus efeitos diante dos fatos jurídicos constituídos sob o império de lei posteriormente declarada inconstitucional.

A Constituição brasileira de 1988 consolidou o sistema de constitucionalidade, mantendo a competência difusa dos juizes nos casos concretos; a competência concentrada do Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade; a competência do Senado Federal para suspender os efeitos da lei julgada inconstitucional.

As novidades (art. 103 da CF) estão por conta, a) do alargamento da legitimidade ativa na ação direta de inconstitucionalidade (antes, exclusividade do Procurador-Geral da República; agora, sendo admitidos a propô-la o Presidente da República, as Mesas do Senado ou da Câmara dos Deputados ou de Assembléia Legislativa estadual, o Governador de Estado, o Conselho Federal da OAB, o partido político, a confederação sindical); b) da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (para tornar efetiva norma inconstitucional, à míngua de legislação própria); c) da representação de inconstitucionalidade de leis estaduais ou municipais em face da Constituição estadual (art. 125, § 2.º, da CF).

Para nosso tema, dois momentos são importantes, seja na declaração incidental definitiva do STF, quando em grau de recurso, seja na ação direta:

- a) a decisão definitiva e irrecorrível do Supremo Tribunal Federal;
- b) a suspensão dos efeitos (execução) da lei pelo Senado Federal.

O art. 52, X, da CF não distingue as hipóteses, nem se resume à decisão de inconstitucionalidade no caso concreto: inclui também a ação direta. Este é o sentido do dispositivo quando se refere à "decisão definitiva do Supremo Tribunal". Na ação direta, a decisão é igualmente definitiva, superados todos os recursos possíveis. Somente quem dita a lei (Legislativo) pode suprimi-la. O judiciário revoga decisões judiciais, não revoga leis ou atos normativos. Pode deixar de aplicá-los, mas não retirá-los do sistema jurídico. O princípio constitucional da separação dos poderes (independentes e harmônicos entre si — art. 2.º da CF) importa em controle recíproco mas não em hegemonia de um sobre outros.

Enquanto não há o segundo momento, a lei continua existindo, podendo os juizes continuar aplicando-a. Mesmo o ato do Senado não a faz extinguir: produz a ineficácia *erga omnes*. A Constituição não atribui à decisão do Supremo Tribunal Federal efeito vinculante, em relação aos demais tribunais, como ocorre no sistema do *stare decisis* anglo-americano.

Não é esse, contudo, o entendimento do Supremo Tribunal, ao menos durante a vigência da Constituição anterior: a decisão na ação direta já conteria eficácia *erga omnes*, sendo desnecessária a intervenção do Senado.

Seja como for, definido o momento em que a lei é tida por inconstitucional (plano da eficácia), não mais podendo ser aplicada, resta a solu-

ção para o problema dos fatos e direitos legitimamente constituídos, antes dele. Seria a ineficácia retrooperante, chegando a se confundir com a própria inexistência? Qual a solução, quando uma lei, por muito tempo pacificamente observada e aplicada, vem a ser, depois, considerada inconstitucional?

Os fatos jurídicos atingidos podem:

a) estar consumados, com seus efeitos inteiramente concluídos, na data do pronunciamento de inconstitucionalidade;

b) estar integralmente constituídos, mas que ainda não se fizeram valer antes do pronunciamento de inconstitucionalidade. Neste caso, há clara analogia com o direito adquirido.

Diante dos princípios convencionalmente assentes, o Judiciário (especialmente o de ineficácia *ab initio* da lei inconstitucional) tem desenvolvido um juízo de equidade constitucional, diante de fatos concretos insuperáveis e que não podem ser ignorados, quando ocorridos sob a égide de lei aparentemente constitucional (cuja inconstitucionalidade, de cariz interpretativo, não era possível às partes anteciparem) e fundados na boa-fé.

Um julgado do Supremo Tribunal Federal, embora não se tendo convertido ainda em *leading case*, chama-nos a atenção, por enquadrar o problema sob ângulo não tradicional, apontando para diretriz não ortodoxa, de fortes matizes equitativas: o RE n.º 79.343-BA, Segunda Turma, de 31 de maio de 1977.

O princípio do respeito ao direito adquirido, de natureza constitucional<sup>(1)</sup>, dirigido ao legislador e ao intérprete, inobstante pressupor a regularidade constitucional da lei, é o mais adequado à solução do problema, mercê de sua multissecular evolução e das regras de hermenêutica fixadas na Lei de Introdução ao Código Civil:

a) a analogia;

b) a interpretação conforme os fins sociais e as exigências do bem comum.

A matéria é de conteúdo interpretativo: a Constituição e a legislação são omissas quanto à natureza e o alcance dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Adotamos, nesta exposição, como referência constante, o conceito de direito adquirido de R. LIMONGI FRANÇA, que bem sintetiza, em con-

---

(1) Cf. R. LIMONGI FRANÇA, *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, São Paulo, 1982, pp. 174 e 183.

tribuição pessoal, a longa evolução doutrinária e legislativa sobre o princípio (2), especialmente a magistral obra de C. F. GABBA (3).

Embora não nos furtemos a considerações envolvendo o direito público, nossa preocupação maior dirige-se às situações e relações de direito privado, atingidas pela declaração de inconstitucionalidade.

Como adverte PIETRO PERLINGIERI, a importância dos princípios constitucionais para o trabalho do intérprete, inclusive no direito privado, em nossos dias, impõe-lhe um juízo de valor que terá na norma constitucional um ponto firme a que se apegar (4), reduzindo a esfera de discricionariedade. Mesmo que se tenha presente que, afinal, a Constituição é o que os juízes dizem que é (5).

#### 1. *Efeitos do controle de constitucionalidade e os fatos anteriormente constituídos*

Dois grandes sistemas de controle de constitucionalidade são modelares: o difuso e o concentrado.

Ambos partem do suposto de que a presunção de constitucionalidade das leis é *juris tantum*; isto é, até que seja julgada em contrário pelo Judiciário, tarefa que lhe cabe no exercício político do princípio democrático da separação dos poderes e do princípio da supremacia da Constituição, do moderno estado de direito.

Continua, entretanto, em muitos países a vedação do controle de constitucionalidade por outro poder, fora do Legislativo, porque seria uma interferência indébita de um segmento do Estado nas leis aprovadas pelo povo, através de seus representantes.

O sistema difuso decorre da histórica experiência constitucional norte-americana. Admite que a inconstitucionalidade de lei seja pronunciada por qualquer juiz ou tribunal, nos casos concretos a eles submetidos, embora a decisão final, em grau de recurso, esteja concentrada no tribunal

---

(2) Cit., p. 208: "E a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência da lei nova sobre o mesmo objeto".

(3) *Teoria della retroattività delle leggi*, Torino, 1884, v. 1º, p. 191.

(4) *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, p. 104.

(5) Cf. CHARLES HUGHES, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, México, 1946.

de jurisdição mais elevada e completa existente no país (Suprema Corte, nos Estados Unidos). A declaração é incidental, afastando a aplicação da lei. Não há declaração de inconstitucionalidade de lei, em tese.

O surgimento do sistema difuso do "judicial review" (e do próprio princípio de controle de constitucionalidade) deve-se à conhecida decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Marbury versus Madison*, de 1803, redigida por seu Presidente John Marshall, que fixou o poder e o dever dos juizes em negar aplicação às leis contrárias à Constituição. Não há meio termo, diz a decisão, entre duas alternativas: ou a Constituição é uma lei fundamental, superior e não mutável pelos meios ordinários, ou ela é colocada no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, como estes, pode ser alterada ao gosto do Poder Legislativo. Se é correta a primeira alternativa, então é preciso concluir que um ato legislativo contrário à Constituição não é lei (6).

O sistema concentrado tem como fonte a Constituição da Áustria de 1920, redigida com base em um projeto elaborado pelo jurista Hans Kelsen, com a emenda de 1929, e ainda em vigor. Por esse sistema, o poder de controle se concentra em um único órgão judiciário, que pode ser um tribunal especial ou o tribunal de jurisdição mais ampla. De uma maneira geral, os países europeus adotaram o sistema concentrado, exatamente por não acolherem o princípio do *stare decisis*, pelo qual uma decisão da mais alta corte em qualquer jurisdição vincula as cortes inferiores da mesma jurisdição. Pode ser, hoje, denominado sistema europeu, em confronto ao sistema norte-americano (difuso).

Em suas estruturas clássicas, o sistema difuso caracteriza-se pelo tipo de controle que se exerce em via incidental e o sistema concentrado pelo tipo de controle que se exerce através de ação direta ou de requerimento oriundo mas desvinculado do caso concreto (com suspensão deste até à decisão daquele).

Alguns países ficaram a meio termo entre os dois sistemas ou se vale-ram das características de ambos.

A Constituição brasileira de 1988 optou por um sistema misto: é difuso, na medida em que admite que todos os juizes deixem de aplicar a lei que julguem inconstitucional; é concentrado, na medida em que o Supremo Tribunal Federal converteu-se em corte constitucional, competindo-lhe "precipuamente, a guarda da Constituição" (art. 102) e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade (em tese) de lei ou ato normativo federal ou estadual e julgar, em grau de recurso, os casos concretos decididos em última instância, cuja decisão declare a inconstitucionalidade de lei.

---

(6) Cit. por RUI BARBOSA, *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, Rio, 1893, pp. 43-5.

É ampla, no Brasil, a possibilidade de julgamento de inconstitucionalidade, gerando conseqüências que refletem nos fatos constituídos anteriormente.

1.2. A Constituição (arts. 102 e 103) refere-se a “declaração de inconstitucionalidade”, mas, certamente, não a confunde com o plano de inexistência ou mesmo com o plano de invalidade.

O julgamento incidental de inconstitucionalidade no caso concreto atinge o plano de eficácia, isto é, nega-se eficácia jurídica ao ato normativo, nega-se aplicabilidade, o que não pode ser confundido com inexistência ou invalidade (nulidade ou anulabilidade). O ato normativo continua a existir no ordenamento; não é revogado. Os tribunais só revogam sentenças dos tribunais. Por esta razão é que o Poder Legislativo (Senado Federal) é o único competente a suspender a execução da lei (art. 52, X, da CF) com eficácia *erga omnes*.

1.3. Considerando que o uso da expressão “declaração de inconstitucionalidade” não é dotado de referência semântica precisa, sendo muito mais adequada à inaplicabilidade (ineficácia) da lei, resulta necessário definir o alcance da ineficácia: é *ex tunc* ou *ex nunc*?

Essa questão relaciona-se a temas muito assentados em direito privado, mas de construção complexa em direito público: o da inexistência, o da invalidade e o da ineficácia dos atos jurídicos.

Se o ato legislativo inconstitucional é inexistente, então não se há de falar em efeitos. Se é inválido, então efeitos haverão de existir. Sendo anulável, existe a possibilidade de sobrevivência de efeitos (inclusive pelo convallescimento do ato), que na hipótese de nulidade é menor.

KELSEN<sup>(7)</sup> diz que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula mas apenas anulável, com efeitos para o futuro, por forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados.

Essa passagem de Kelsen, não muito clara, importa para a análise da decisão do Supremo Tribunal Federal (RE 79.343-BA), que adiante comentaremos, visto a ela se referir expressamente, no voto do ministro relator.

Kelsen abre a possibilidade de a norma ser anulada com efeito retroativo, citando como exemplo a anulação de uma lei penal, acompanhada da anulação de todas as decisões proferidas com base nela, ou de uma lei civil, acompanhada da anulação de todos os negócios jurídicos celebrados e decisões jurisprudenciais proferidas com fundamento nessa lei. Diz: “a lei foi válida até sua anulação. Ela não era nula desde o início”. Embora não explicitado seu pensamento, nesta parte, fica evidenciado, sob pena

(7) *Teoria pura do direito*, Coimbra, 1974, p. 374.

de contradição logicamente insuperável, que, ao se referir a “pode ser anulada com efeito retroativo”, quis admitir o juízo de equidade, caso a caso, se a ordem jurídica não o veda. A retroatividade da ineficácia depende da decisão judicial. Esta solução, inclusive, terminou prevalecendo na Constituição austríaca, com a emenda de 1929<sup>(8)</sup>: a Corte constitucional não declara a nulidade, mas *anula* uma lei que, até o momento da decisão, é válida e *eficaz*, embora inconstitucional. A Corte tem o poder discricionário de dispor que a anulação da lei opere somente a partir de uma determinada data posterior à publicação da decisão. Semelhante princípio encontra-se nas Constituições da Turquia e da Iugoslávia.

Se a decisão for concebida como anulável, então terá um caráter constitutivo negativo. Se nula, meramente declarativo.

Mas a matéria não pode ser posta de maneira assim tão simplista, como se tudo fosse um problema de opção doutrinária. A Constituição brasileira adotou o sistema misto (difuso e concentrado). Se o sistema fosse apenas difuso, então o caráter do controle seria meramente declarativo (*ex tunc*); se fosse somente concentrado, então seria meramente constitutivo. A leitura unilateral do texto leva a conclusões inexatas, especialmente porque o nosso sistema não se filia por inteiro ao sistema norte-americano, que tanta influência exerce na doutrina e na jurisprudência brasileiras. A própria decisão do STF no RE 79.343-BA, ao buscar diretriz nova à matéria, debate-se dentro dos quadros do direito americano, optando pelo que seria a orientação minoritária (retroeficácia da decisão, temperada pela equidade) referida no *Corpus Juris Secundum*.

1.4. Por essas razões, não se pode aplicar ao controle de constitucionalidade previsto na Constituição brasileira o princípio “quod nullum est, nullum efectum producit”, isto é, da ineficácia *ab initio* do ato legislativo inconstitucional (absoluta nulidade).

Mesmo no sistema de controle difuso norte-americano, esse princípio tem sofrido sensíveis temperamentos na jurisprudência dos Estados Unidos, tendo a Suprema Corte, no caso “Chicot Country Drainage District versus Baxter State Bank” (1940), afirmado que a aplicação inflexível do princípio (“absolute retroactive invalidity”) não pode ser justificada, porque o passado não pode ser apagado por uma nova declaração judicial<sup>(9)</sup>.

1.5. A orientação dominante da doutrina e de nossos tribunais, ignorando as peculiaridades do sistema misto brasileiro, é da aplicação severa do princípio da ineficácia *ab initio*.

---

(8) Cf. M. CAPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Porto Alegre, 1984, p. 116.

(9) Cf. W. J. WAGNER, *The federal states and their judiciary*, The Hague, 1959, pp. 102-3.

RONALDO POLETTI<sup>(10)</sup>, que também faz interessante análise do RE 79.343-BA, chegando a conclusões contrárias às nossas, entende que “não parece ser o caso de deixar de lado a doutrina tradicional de a lei inconstitucional ser assim desde sempre e não a partir da declaração judicial de inconstitucionalidade, sob pena de sério prejuízo para a lógica jurídica e subversão de nosso sistema de controle de constitucionalidade das leis”.

Quanto à lógica jurídica, não se deve sobrepor aos ditames da equidade e do princípio da boa-fé, além de não poder ignorar os fatos passados. Quanto à subversão de nosso sistema de controle, já vimos que a doutrina tradicional tem presente o sistema difuso, que não é o da Constituição de 1988.

A idéia de qualquer ato legislativo, ofensivo à Constituição, ser nulo, esteve contida no famoso voto de Marshall.

A doutrina tradicional sofre um grande impacto quando se argumenta com o advento de novo texto constitucional (originário ou de reforma). Se o ato legislativo antigo colide com o novo texto constitucional, é inconstitucional. Se é inconstitucional e não produz quaisquer efeitos desde seu início, segundo os postulados daquela doutrina, desfazem-se todos os fatos, relações e direitos anteriores. Aí, sim, existe afronta à lógica jurídica e à natureza das coisas.

Reflexo da doutrina tradicional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encontra-se na decisão do RE 93.173-SP, de novembro de 1982, 2.<sup>a</sup> Turma, sendo relator o Ministro FIRMINO PAZ<sup>(11)</sup>, que tem a seguinte ementa:

“Sendo inconstitucional, a regra jurídica é nula. Não incidindo sobre fato, nela, visto ou previsto, não há fato jurídico e, via de lógica consequência, o fato não produz qualquer efeito jurídico.”

Porém, a mesma 2.<sup>a</sup> Turma do STF, ficando vencido o Ministro relator Firmino Paz, no RE 78.533-SP, de junho de 1982<sup>(12)</sup>, sendo relator para o Acórdão o Ministro Décio Miranda, decidiu que, no caso de funcionário de fato, a investidura baseada em norma posteriormente declarada inconstitucional, não acarretava nulidade dos atos por ele praticados, em virtude de aparência de legalidade e inexistência de prejuízo.

O STF, no RE 94.991-7-RJ, em novembro de 1981<sup>(13)</sup>, decidiu que as vinculações e equiparações para efeito de remuneração do pessoal do

(10) *Controle da constitucionalidade das leis*, Rio de Janeiro, 1985, p. 114.

(11) RTJ 102/671.

(12) RTJ 100/1086.

(13) LEX JSTF 41/148.

serviço público, consideradas inconstitucionais, a partir da Constituição de 1967, se foram deferidas anteriormente àquela Constituição constituiriam direito adquirido. Mais uma vez, o princípio tradicional da retroatividade foi afastado.

1.6. A doutrina tradicional afirma a tese da inexistência de direito adquirido contra a Constituição. Dos fatos jurídicos constituídos sob o império de lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Judiciário ou em virtude de novo texto constitucional não adviriam efeitos, inclusive direitos subjetivos.

Esta tese está explicitamente acolhida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 94.414 (14), sendo relator o Ministro MOREIRA ALVES, como se vê de sua ementa:

“Não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do poder constituinte originário, ou do poder constituinte derivado. Precedentes do STF.”

Os precedentes são os RREE 90.391 e 100.144.

No voto, o Ministro relator delimita o princípio constitucional do direito adquirido: dirige-se apenas ao legislador ordinário, e não ao constituinte.

Há, entretanto, no voto a adoção da doutrina do efeito imediato, isto é: a Constituição, ao se aplicar de imediato não desfaz os efeitos passados dos fatos passados (fatos consumados; direitos findos), salvo se expressamente estabeleceu o contrário, mas alcança os efeitos futuros de fatos a elas anteriores (direitos adquiridos). São as partes anteriores e partes posteriores dos *facta pendentia*, referidos por Roubier.

PONTES DE MIRANDA (15), do mesmo modo, diz que as Constituições “têm incidência imediata, ou desde o momento em que ela mesma fixou como aquele em que começaria a incidir. Para as Constituições, o passado só importa naquilo que ela aponta ou menciona. Fora daí, não”.

Vimos que no RE 94.991-7 o STF admitiu a continuidade da percepção de vantagens pessoais de servidores públicos, extintas com a nova Constituição. Aí, os direitos adquiridos foram claramente contra a Constituição. O efeito imediato destas não os inclui.

Fica demonstrada a impossibilidade teórica e prática, além de ser lesiva à equidade, da aplicação inflexível da ineficácia *ab initio*.

(14) RDA 160: 144-51 abr.-jun. 1985.

(15) *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*, São Paulo, 1974, t. VI, p. 392.

Mesmo para os que negam os direitos adquiridos contra a Constituição enxergam-se nuances que temperam o rigor do princípio. Para CARLOS MAXIMILIANO (16), por exemplo, para que ele destrua direito individual, anteriormente granjeado, pressupõe-se entre este e a norma suprema indubitável incompatibilidade.

## 2. *Fundamentos do princípio do direito adquirido e sua ocorrência analógica nas situações de inconstitucionalidade*

Feita a distinção com os fatos e direitos consumados, cujos efeitos foram concluídos, quando da posterior declaração de inconstitucionalidade de lei que os tutelava, será possível cogitar-se de persistência de direito adquirido, nesses casos?

Como visto, o direito adquirido é “a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência da lei nova sobre o mesmo objeto” (R. LIMONGI FRANÇA). Interessa-nos, particularmente, a segunda parte do conceito, com adaptação às peculiaridades do tema: o direito não se fez valer, por qualquer circunstância, antes da declaração de inconstitucionalidade.

Entendemos que a mesma solução haverá de ser adotada. Afinal, ambas hipóteses são de direitos subjetivos regularmente constituídos, integrantes do patrimônio moral ou material do sujeito; um, já consumado, outro, ainda não exercido quando da decisão judiciária.

Nos corpos de leis de Justiniano, no século VI, em várias passagens, já se anotavam os fundamentos jurídicos da irretroatividade das leis (17): a *fides*, confiança no regime jurídico em vigor e a impossibilidade de se aplicarem normas ainda não existentes.

A irretroatividade interessa não só aos direitos adquiridos como aos direitos consumados (18).

Entre os antigos, em princípio, a lei era imutável, porque era divina. Como lembra FUSTEL DE COULANGES (19), podiam fazer-se leis novas,

(16) *Direito intertemporal*, Rio de Janeiro, 1955, p. 325.

(17) Cf. R. LIMONGI FRANÇA, cit., p. 23.

(18) GABBA, cit., p. 191, distingue bem os direitos adquiridos dos consumados: aqueles não estão ainda consumados ou efetuados. O sentido amplo abrange os dois tipos.

(19) *A cidade antiga*, Rio de Janeiro, s.d., p. 132.

mas as antigas sempre subsistiriam, por maior antagonismo que houvesse entre elas. O Código de Drácon não foi abolido pelo de Sólon, nem as Leis Reais pelas Doze Tábuas.

A evolução da humanidade levou à regra “lex posterior derogat priori” e à supremacia da Constituição. A solução dos conflitos normativos pela retroatividade irrestrita, entretanto, chocou-se com a preservação dos direitos adquiridos, que passou a ser o limite intransponível.

Os fundamentos de Justiniano são, séculos depois, reafirmados por SAVIGNY<sup>(20)</sup>: a) em primeiro lugar é sumamente importante que se possa ter confiança inabalável na autoridade da lei existente. Qualquer um deve estar seguro que os negócios que ele fez segundo as leis existentes para adquirir o direito, tem pleno efeito mesmo amanhã; b) em segundo lugar, é igualmente importante e desejável que sejam conservados estavelmente em qualquer tempo os direitos e relações patrimoniais existentes; c) em terceiro lugar, o sistema oposto conduziria à impossibilidade de aplicação lógica.

Modernamente, a justificativa retira fundamento na filosofia social: a irretroatividade é salvaguarda dos direitos individuais<sup>(21)</sup>, diante da potestade estatal.

2.1. O princípio da ineficácia *ab initio* é praticamente infirmado com respeito aos direitos consumados, na doutrina e na jurisprudência.

A equidade impõe a mesma conseqüência aos direitos adquiridos sob império de lei julgada inconstitucional.

A evolução histórica do direito adquirido tem na equidade sua inspiração constante. E sendo, como é, princípio constitucional, tem o mesmo *status* do mandamento do controle da constitucionalidade dos atos legislativos, não se subordinando um ao outro.

A única diferença, que não afasta o recurso da analogia, é que o direito adquirido *stricto sensu* prevalece sobre a lei nova que lhe seja adversa, e o direito adquirido sob lei julgada inconstitucional prevalece sobre a posterior decisão de inconstitucionalidade.

Com relação ao passado, a decisão de inconstitucionalidade produz conseqüências menores que o advento de lei nova. A lei nova revoga a anterior. A decisão de inconstitucionalidade (e até mesmo o ato de suspen-

---

(20) *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1898, v. VIII, p. 390.

(21) PAUL ROUBIER, *Le Droit Transitoire*, Paris, 1960, p. 223.

são do Senado) não revoga; atinge o plano da eficácia. Invertendo o brocardo jurídico, quem pode o menos não pode o mais.

Em momento algum, a Constituição determina a retroeficácia irretrita e não é da natureza do sistema concentrado tal consequência.

Note-se mais que o julgamento de inconstitucionalidade, como todo julgamento humano, depende de flutuações de interpretações dos tribunais, que refletem os *standards* valorativos eventualmente dominantes. Não é a certificação de um dado inquestionável. O que hoje é inconstitucional, amanhã poderá não o ser, tendo por matriz o mesmo texto constitucional. A referência do RE 79.343-BA foi o RE 62.739, que entendeu ser inconstitucional (inconstitucionalidade formal) o tratamento legal de matéria de inquilinato através de decreto-lei. Entretanto, após o Plano Cruzado, decretos-leis voltaram a disciplinar o reajustamento de locações de imóveis, sendo regularmente aplicados pelos tribunais, inclusive após a Constituição de 1988.

A boa-fé é um dos princípios fundamentais de nosso sistema jurídico. Para que os efeitos jurídicos, decorrentes da incidência da norma posteriormente declarada inconstitucional, prevaleçam será necessário que os sujeitos e titulares de direito estejam juridicamente em boa-fé, isto é, tenham adquirido seus direitos em boa-fé. E, mais, que tais direitos não acarretem prejuízos a terceiros ou à ordem pública, em virtude de que o princípio da boa-fé correlaciona-se com o princípio da equidade e com a *fides* nas relações inter-humanas.

Lembra PONTES DE MIRANDA<sup>(22)</sup> que o direito romano recebeu da ética seu conceito. No mundo de hoje tem-se de proteger, em mais larga extensão, a boa-fé, porque a intensidade e a complexidade da vida não permitem se conheçam, sempre, todos os dados que se precisam para se saber exatamente qual a situação jurídica.

Como cláusula geral, a boa-fé preenche-se de *standards* concreto, decorrentes da realidade social de um certo momento histórico<sup>(23)</sup>.

Outro princípio inafastável nesta sede é o da segurança jurídica.

Segundo DELOS<sup>(24)</sup>, a segurança jurídica é, em seu sentido mais geral, a garantia dada ao indivíduo de que sua pessoa, seus bens e seus direitos não serão objeto de ataques violentos ou que, se estes chegam a produzir-se, ser-lhe-ão asseguradas pela sociedade proteção e reparação.

(22) *Tratado de direito privado*, São Paulo, 1974, t. I, p. 138.

(23) Cf. PIETRO RESCIGNO et alii, *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, pp. 33-4.

(24) Cit. por EDUARDO NOVOA MONREAL, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, 1975, p. 174.

Concebida dessa forma, a segurança jurídica não constitui freio algum ao progresso. A segurança de que as normas vigentes jamais seriam alteradas por outras melhores seria absurda.

Uma certa estabilidade, e um saber de antemão as normas às quais é preciso ajustar os fatos futuros, podem ser tidos como um bem social.

A segurança jurídica, em suma, consiste em que não se ponham em dúvida a existência do direito, seja objetivo, seja subjetivo. É estreita a relação com a boa-fé. A boa-fé parte da certeza do direito <sup>(25)</sup>.

2.2. Toda norma jurídica formalmente posta por quem está investido de competência legislativa ou regulamentar carrega, em si, a aparência e a presunção de legitimidade e constitucionalidade.

Não se pode exigir dos indivíduos, destinatários dos direitos, juízo de constitucionalidade das normas que são postas, toda vez que delas receberem a incidência sobre os fatos previstos, antecipando o julgamento dos tribunais.

O inverso é o que se pode esperar: a presunção da constitucionalidade. Este é o sentido da *fides romana* (confiança que os indivíduos devem ter na eficácia do sistema). Não é legítimo que os sujeitos de direito, que não editaram ou aplicaram as normas, sejam punidos com o desfazimento de relações jurídicas pré-constituídas, com a extinção dos direitos consumados ou adquiridos.

A confiança ou a certeza decorrem da aparência de legitimidade. Utilizamos aparência no significado de revelação ou manifestação da realidade e não no de velar ou ocultar a realidade <sup>(26)</sup>.

A doutrina jurídica aceita, sem restrições, o princípio da presunção de constitucionalidade das normas. Esse princípio tem orientação pacífica na jurisprudência. Parte-se da certeza de que uma norma ao ser posta em vigor teve sua conformidade à Constituição examinada e apreciada pelos órgãos do Estado que a editaram, devendo-se presumir boa e eficaz. Essa conformidade à Constituição faz parte do processo legislativo, quando da tramitação dos projetos de lei. O Legislativo não elabora uma norma para ser ineficaz.

Via de consequência, a inconstitucionalidade não se presume. O juiz deve abster-se de se manifestar sobre a inconstitucionalidade toda a vez

---

(25) Cf. CLÓVIS BEVILAQUA, *Teoria geral do direito civil*, Rio de Janeiro, 1976, p. 26; ALBERTO TRABUCCHI, *Instituciones de derecho civil*, Madrid, 1967, t. I, p. 28; ORLANDO GOMES, *Escritos menores*, São Paulo, 1981, p. 96.

(26) NICOLA ABBAGNANO, *Dicionário de filosofia*, São Paulo, 1982, p. 64.

que possa julgar a causa e restaurar o direito violado, ou quando ela não seja inevitável para o julgamento<sup>(27)</sup>.

Essa orientação tem sido afirmada pelo STF que, em acórdão de 13 de junho de 1915, assim decidiu: "quando outras razões existem para reintegração do direito violado, deve o Judiciário se abster de entrar na apreciação das que se fundem na inconstitucionalidade das leis ou decretos".

Assim, também, no direito comparado. WERTEL W. WILLOUGHBY<sup>(28)</sup> tem a presunção de constitucionalidade das leis como inquestionável. Para a Suprema Corte norte-americana (Sinking Fund Cases) a declaração de que ato do Congresso seja nulo nunca seria feita exceto em um caso claro. Toda a possível presunção é em favor da validade da lei.

### 3. *Sobrevivência dos direitos pré-constituídos ao pronunciamento de inconstitucionalidade*

A tese da ineficácia *ab initio* da norma julgada inconstitucional, apenas por amor à lógica, encerra a negativa dos princípios basilares do sistema jurídico brasileiro, nomeadamente após a Constituição de 1988. Nega a *fides*, a segurança jurídica, a equidade, a tutela da boa-fé, a presunção de constitucionalidade.

Propugnamos, sem eufemismos, que os direitos consumados e os direitos adquiridos não são atingidos pela declaração de inconstitucionalidade, quando constituídos em boa-fé e, equitativamente, não causem prejuízos a terceiros e à ordem pública.

Só tem ação quem tem direito. RONALDO POLETTI<sup>(29)</sup> argumenta que "as eventuais situações de fato geradas pelos efeitos práticos indevidos, emanadas da lei inconstitucional antes da declaração judicial de inconstitucionalidade devem ser resolvidas sem prejuízo da dogmática do controle da constitucionalidade". Como? Como se pode postular em juízo sem se ser portador de direitos ou de interesses legitimamente tutelados? Ademais, não são eventuais situações de fato, mas direitos consumados ou adquiridos que não podem ser ignorados.

Lei n.º 4.116, de 27 de agosto de 1962, que disciplinava a profissão de corretor de imóveis, foi declarada inconstitucional pelo STF, *dezesseis anos* depois, em todos os dispositivos que caracterizavam a atividade de intermediação nas transações imobiliárias como privativa daquela profissão,

(27) Cf. C. A. LÚCIO BITTENCOURT, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, Rio de Janeiro, 1968, p. 116.

(28) *The constitutional law of the United States*, New York, 1910, v. I, p. 20.

(29) *Cit.*, p. 119.

sob o color de violar princípio constitucional de liberdade de exercício de trabalho. Posteriormente, foi revogada de forma expressa pela Lei n.º 6.530, de 12 de maio de 1978, inclusive os dispositivos antes declarados inconstitucionais. Milhares de relações jurídicas foram realizadas, inquéritos policiais e ações penais foram instaurados e concluídos por exercício ilegal da profissão, milhares de direitos foram postulados em juízo e nenhum foi desfeito, porque o passado não pode ser desfeito por decreto judicial.

No sistema do *judicial review*, aplicado de forma irrestrita, a lei seria ineficaz *ab initio*, o que levaria a uma perturbação da ordem social de graves proporções. Mas nos próprios Estados Unidos as exigências práticas levaram a atenuar o sistema, principalmente a partir do caso "*Chicot Country Drainage District v. Baxter State Bank*". Em outro caso ("*United States v. Realty Co.*") a Suprema Corte norte-americana entendeu — caso dos bônus emitidos pelos Estados e Municípios, considerados inconstitucionais — que os indivíduos que agiram em boa-fé e foram prejudicados em seus direitos, poderiam obter indenização pelos danos sofridos, embora os títulos tivessem perdido o valor.

Os atos de funcionário de fato, aqui e no direito comparado, são considerados jurídicos, e ele próprio recebeu a remuneração devida pelo exercício do cargo ou função. O Estado, por muitos anos, pode ter arrecadado determinado tributo, posteriormente declarado inconstitucional. Relações de família podem ter sido constituídas e não mais conseguem ser desfeitas. Contratos foram realizados e concluídos ou estão em execução. Bens foram transferidos ou consumidos. Decisões judiciais transitaram em julgado. Esses feitos não podem ser destruídos de uma penada, por amor a uma dogmática que, paradoxalmente, não se aplica ao sistema jurídico brasileiro.

A declaração de inconstitucionalidade importa em juízo de equidade constitucional (*Clóvis Beviláqua considerava-o um juízo político*), que se pauta no conjunto dos princípios constitucionais estabelecidos, expressa ou tacitamente, dentre eles o do respeito ao direito adquirido, o da segurança jurídica, o da paz social, o da tutela da boa-fé, o da boa administração da justiça.

#### 4. *Análise do RE 79.343-BA do Supremo Tribunal Federal*

No RE 79.343-BA do Supremo Tribunal Federal, sendo relator o Ministro Leitão de Abreu, abriu-se a discussão, naquele Tribunal, sobre a natureza do pronunciamento de inconstitucionalidade de norma jurídica, encaminhando-se no sentido que adotamos nesta exposição. Diz a ementa:

“Declaração, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 322, de 7 de abril de

1967 (RTJ 44/54). Acórdão que, não obstante essa decisão, aplicou, em favor do locador, regras contidas nesse ato legislativo. Natureza da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de lei. Seu caráter constitutivo e sua eficácia retroativa. Caso em que não há falar-se na presunção era que se acharia o agente de haver concluído contrato sob a proteção da lei declarada inconstitucional" (80).

O STF declarou a inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 322/67 (que restaurou a denúncia vazia nas locações urbanas) porque matéria de inquilinato não poderia ser regulada através de decreto-lei. A decisão, sendo relator do Tribunal Pleno o Ministro Aliomar Balceiro, no RE 62.739-SP, de 23 de agosto de 1967, entendeu que o Decreto-Lei n.º 322 afastou-se da Constituição quando sob fundamento de "segurança nacional" disciplinou assunto estranho ao conceito desta.

Tratou-se, portanto, de inconstitucionalidade formal. Seria bastante e equitativo o desfazimento dos contratos, das coisas julgadas, dos direitos adquiridos, constituídos no período de vigência do Decreto-Lei n.º 322/67?

No voto, o Ministro relator afirma não haver consenso na doutrina e nos tribunais acerca da nulidade ou anulabilidade da lei, isto é, de sua nulidade *ab initio* ou a partir do ato declaratório da invalidade. Cita, em seguida, a fonte central do argumento esposado que é o *Corpus Juris Secundum*, referente ao direito norte-americano, notadamente no seguinte e importante trecho:

"Por outro lado tem sido sustentado que essa regra geral (nulidade *ab initio*) não é universalmente verdadeira; ... que asserções tão amplas devem ser recebidas com reservas e que, mesmo uma lei inconstitucional, é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da constitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. Tem sido sustentado por isso: que a lei inconstitucional não é nula, mas somente anulável ou que é inexecutável ... e que, enquanto essa decisão continua de pé, a lei dorme, porém não está morta."

Esta, também, é a orientação de Hans Kelsen, como acima anotamos, e que também fundamenta o voto.

Em seguida, o voto finca as seguintes bases de entendimento, para afastar a nulidade *ab initio*:

a) a presunção de validade do ato legislativo, que impõe obediência de seus comandos aos destinatários;

b) a decisão que decreta a nulidade tem natureza constitutiva;

(80) RTJ 82/791.

c) a lei inconstitucional é um fato eficaz, até a determinação da inconstitucionalidade;

d) a boa-fé dos agentes que tiveram por legítimo o ato legislativo deve ser protegida.

Até esse ponto o voto coloca-se frontalmente contrário à doutrina tradicional, de origem norte-americana. Admite, contudo, em concessão àquela doutrina, que os efeitos da decisão operam retroativamente, embora de forma limitada (de acordo com a orientação minoritária do *Corpus Juris Secundum*): deve-se apurar, “prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente”.

Apesar do grande avanço, a decisão, ao aceitar a retroatividade como regra, deixa larga margem de discricionariedade judicial, sem ter como limites objetivos a inviolabilidade dos direitos consumados e dos direitos adquiridos. Como se apura o prejuízo do agente? Apenas através da preservação de seus direitos constituídos. Não é o agente, em si, que deve ser protegido, mas seus direitos, em especial os adquiridos.

Em outra decisão, em 24 de março de 1981, no RE 93.356-MT<sup>(31)</sup>, o mesmo Ministro relator Leitão de Abreu reafirma sua orientação com base no *Corpus Juris Secundum*, mas dá notícia que, em outro processo, proveniente de Goiás, o entendimento majoritário do Plenário do STF era no sentido da nulidade *ab initio*.

### Conclusões

Os dois grandes sistemas de controle da constitucionalidade das normas jurídicas têm características distintas.

O sistema difuso parte da experiência norte-americana que apresenta peculiaridades: a regra do *stare decisis* vincula os tribunais inferiores aos tribunais superiores, dentro de uma mesma jurisdição. A decisão é proferida em via incidental, diante do caso concreto. Por essa razão entende-se a norma inconstitucional como nula *ab initio*.

A Suprema Corte norte-americana, no entanto, admite temperamentos à regra, havendo casos em que a decisão não retroage.

O sistema concentrado, ao contrário, inspirado na Constituição austríaca, com a Emenda de 1929, determina que apenas a Corte constitucional pode decidir sobre a constitucionalidade das leis, sendo inversa a regra: a decisão não retroage, salvo em casos excepcionais que ela própria define. O pronunciamento judicial é sempre em tese. A declaração incidental difusa, no caso concreto, não é permitida.

(31) RTJ 97/1369.

A Constituição de 1988, do Brasil, adotou uma fusão dos dois sistemas: permite a declaração incidental nos casos concretos e converte o Supremo Tribunal Federal em Corte constitucional, com exclusividade para julgar a ação direta de inconstitucionalidade, postulada por legitimados a agir expressamente determinados. Na declaração incidental ou difusa, a decisão do tribunal superior não vincula as cortes e juizes inferiores, que continuam a aplicar a norma jurídica, porque no sistema romano-germânico, diferentemente do sistema de *common law*, o juiz não cria nem extingue norma jurídica.

Por essa razão, a regra da ineficácia *ab initio* do direito americano (mesmo temperada pelos tribunais) não pode ser aplicada ao sistema misto brasileiro da Constituição de 1988.

No sistema brasileiro, o princípio adequado é o de respeito aos direitos consumados e aos direitos adquiridos (que ainda não se fizeram valer, antes da declaração de inconstitucionalidade) constituídos sob o império da norma posteriormente julgada inconstitucional, desde que, equitativamente, não prejudiquem direitos de terceiros ou a ordem pública, e sejam plasmados na boa-fé.

A natureza da decisão, seja na ação direta, seja incidental no caso concreto, é de ineficácia e não de invalidade (nulidade ou anulabilidade) e muito menos de inexistência da norma jurídica. A norma deixa de ser aplicada, mas continua a existir até sua revogação.

A decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nas duas hipóteses (via incidental ou ação direta) para valer *erga omnes* depende da suspensão da execução da norma jurídica pelo Senado Federal, que mesmo assim não atinge a existência dessa norma, o que somente ocorreria se o Congresso Nacional (incluindo a Câmara dos Deputados) a revogasse.

A decisão possui caráter constitutivo de ineficácia. Por ser juízo de equidade constitucional, haverá de ter presente o conjunto de princípios informadores do sistema adotado, tácita ou expressamente, pela Constituição, especialmente o do respeito ao direito adquirido, o da tutela da boa-fé, o da segurança jurídica, o da aparência ou da presunção de constitucionalidade, asseguradores da *fides* ou confiança dos indivíduos nas relações inter-humanas.

Dessa forma, elimina-se a discricionariedade judicial da retroatividade, mesmo quando prudencialmente apurada.

Não se trata de sobrevivência da lei inconstitucional mas dos efeitos decorrentes de fatos jurídicos que se constituíram regularmente no passado. Assim demarcada, a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade passa a atender ao interesse público, até porque o princípio de direito adquirido não apresenta caráter absoluto.