

AS REPERCUSSÕES JURÍDICAS DOS EFEITOS RETROATIVOS DE DECISÃO EM SEDE DE ADI

THE LEGAL REPERCUSSIONS OF THE RETROACTIVE EFFECTS OF DECISIONS IN HEADQUARTERS OF DAU

Vanessa Gomes Leite

Advogada, Mestre em Direito e Ordem Constitucional pela UFC/CE, Pós-graduada em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Graduada pela mesma universidade.

RESUMO

No presente estudo, analisa-se conceitos propedêuticos do Direito, em especial o de existência, o de validade e o de eficácia. Mediante uma metodologia bibliográfica, descritiva e exploratória, com natureza jurídica qualitativa, objetiva-se obter uma análise, com excelência, acerca do alcance da incidência do fenômeno da inconstitucionalidade, especificamente em sede de decisões oriundas de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI). Ademais, discorre-se sobre a teoria da nulidade adotada pelo direito brasileiro e seus contrapontos, bem como sobre as dificuldades dessa teoria na realidade prática, tendo em vista a complexidade de circunstâncias que surgem ao longo do tempo. Por conta disso, surge a necessidade de sua relativização, conseqüentemente, de adoção de técnicas de interpretação e de meios para proteger a segurança jurídica, a boa-fé e a estabilidade de um convívio social, os quais se revelam fins do próprio Direito.

Palavras-chave: Existência. Validade. Eficácia. Nulidade. Segurança Jurídica.

ABSTRACT

This study analyses the propaedeutical concepts of the Law, especially regarding the existential, the validity and the effectiveness ones. Using bibliographical, descriptive and exploratory methodology, with qualitative-juridical Nature, the objective is to obtain an analysis concerning the reach of the incidence of the phenomenon of unconstitutionality, specifically decisions from the Direct Actions of Unconstitutionality (DAU). Discusses the theory of invalidity adopted by the Brazilian law and their counterpoints. Presents the difficulties in the practical reality of this theory in view of the complexity of circumstances that arise over time. Because of this, arises a need for its relativization, consequently, the adoption of techniques of interpretation and legal means to protect the legal security, good faith and a stable social life, which reveal the purposes of the law itself.

Keywords: Existential. Validity. Effectiveness. Invalidity. Legal Security.

1 INTRODUÇÃO

O assunto acerca do controle de constitucionalidade de normas mostra-se relevante e comum, tendo em vista diversas decisões que abrangem objetos polêmicos. O ato jurídico declarado inconstitucional comporta a análise em três distintos planos: existência, validade e eficácia.

A partir dessa análise, o presente artigo almeja discorrer as discussões doutrinárias que envolvem a natureza jurídica da lei ou de ato normativo declarado inconstitucional. Visto que o País adota a nulidade de pleno direito para normas contrárias à Constituição, a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) acarreta efeitos retroativos, o que pode gerar prejuízos maiores à sociedade do que a manutenção da vigência de uma norma desse tipo.

Por conta disso, cabe uma reflexão sobre a proteção de valores, como a segurança jurídica e a boa-fé, no momento de decisão de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), tendo em vista seus efeitos não serem apenas retroativos, mas também *erga omnes* (para todos), vinculante, e repristinatório.

Ademais, a metodologia utilizada caracterizou-se como um estudo descritivo-analítico, tendo por alicerce pesquisa bibliográfica e documental fundamentadas na literatura jurídica, como doutrinas, revistas, publicações, trabalhos monográficos, artigos científicos, publicações especializadas e dados oficiais publicados na internet que exploraram o tema em análise.

2 O ALCANCE DA INCIDÊNCIA DO FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE: O ATO INCONSTITUCIONAL É INEXISTENTE, INVÁLIDO OU INEFICAZ?

Sendo norma fundamental do sistema jurídico, a Constituição Federal regula tanto o modo processual e formal de criação das leis e dos atos normativos como promove um balizamento material a seus respectivos conteúdos. Qualquer eventual contrariedade a es-

ses mandamentos deflagra os mecanismos de controle de constitucionalidade.

Em que pese o Direito ser um padrão de valores e fins legitimados, em última instância, pela sociedade para o convívio social pacífico, nem todos os fatos da realidade são relevantes, mas apenas aqueles que sofreram um processo de juridicização. Por meio desse fenômeno, os fatos (humanos ou naturais) passam a ser fatos jurídicos. Cabe salientar que, os atos jurídicos são fatos jurídicos resultantes de uma manifestação de vontade (BARROSO, 2011, p. 34).

Na apreciação da teoria da inconstitucionalidade, são considerados, em especial, os atos oriundos dos órgãos do Poder Público, tendo em vista as condutas privadas incompatíveis com a Constituição Federal serem sancionadas por meio de instrumentos distintos. Os atos jurídicos admitem a análise sob o prisma de três planos divergentes: o da existência, o da validade e o da eficácia.

Luís Roberto Barroso vincula a condição de existência de uma norma à sua possível incidência no mundo jurídico. A existência de um ato jurídico verifica-se quando for possível encontrar nele os elementos constitutivos definidos por lei como causa eficiente de sua incidência. Há elementos comuns (agente objeto e forma) e elementos específicos, que são aqueles inerentes a determinada categoria de atos. Assim, o autor infere:

A ausência, deficiência ou insuficiência dos elementos que constituem pressupostos materiais de incidência da norma impedem o ingresso do ato no mundo jurídico. Será por via de consequência, um ato inexistente, do qual o Direito só se ocupará para repeli-lo adequadamente, se necessário (BARROSO, 2011, p. 35).

De maneira mais precisa, Hugo de Brito Machado (2004, p. 92 e 95) entende que a existência refere-se ao aspecto formal da norma, ou seja, à obediência do princípio da competência e do procedimento adequado. De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, uma lei existe quando aprovada pelo Congresso Nacional, mediante projeto apresentado por quem lhe compete a iniciativa, seja publicada no órgão oficial, nos termos da CF/88.

O autor ainda apresenta a diferença en-

tre a existência fática e a existência jurídica. A primeira refere-se à existência de uma norma no mundo fenomênico, de fato. Já a segunda refere-se a uma existência que respeita os ditames do Direito, somente podendo ser constatada por quem tenha conhecimento específico jurídico (MACHADO, 2004, p. 95).

Quanto ao plano de validade, esta é identificada pela observância das normas que fundamentam a lei. Partindo-se do pressuposto de que o ordenamento jurídico é escalonado, uma norma tem sempre seu fundamento de validade em uma norma superior. Sendo assim, “É possível que uma lei exista, porque foi aprovada pelo órgão legislativo competente, mas não seja válida, porque não está em harmonia com a Constituição” (MACHADO, 2004, p. 92).

Norberto Bobbio (2001, p. 46-47), contudo, assim como Hans Kelsen, identifica o problema da validade jurídica com o problema da existência dessa norma, independentemente do juízo de valor sobre ela ser justo ou não. Para ele, não é preciso fazer comparações a um valor ideal, mas realizar investigações do tipo empírico-racional. É necessário averiguar se a autoridade que emanou a norma detinha poder legítimo para isso; se esta fora ab-rogada ou se é incompatível com outras normas do sistema. Trata-se de um problema ontológico do Direito.

Acerca do conceito de validez kelseniano, Santiago Nino (2003, p. 135-137) apresenta duas interpretações: a primeira impõe um conceito puramente descritivo, alheio a qualquer associação com a justificação ou força obrigatória de uma norma, sendo coerente a afirmação de que a validez identifica-se com a existência e que esta depende do fato de está inserida em um sistema jurídico vigente. A segunda, defendida por Joseph Raz, impõe um conceito normativo à validez jurídica, identificando esta não somente com a existência, mas também a sua força obrigatória. Trata-se de um juízo de ‘dever ser’. Nessa concepção, Nino explica que o fato da norma pertencer a um sistema jurídico vigente não garante a validez ou a força obrigatória da norma. Configura uma condição necessária, mas não suficiente

de validez.

Ocorre que para uma norma ser declarada inconstitucional, ela deve primeiramente existir no mundo jurídico, para somente então ser analisada em conformidade com uma norma superior de acordo com o sistema hierárquico previsto pela Teoria Pura de Kelsen. Percebe-se, portanto, uma contradição nos conceitos e distinções do mestre de Viena e seus adeptos. Não há confusão entre a análise da existência e da validade de leis ou de atos normativos.

Em contraponto, acerca da natureza do ato inconstitucional, Francisco Campos foi mais além, ao defender que a inconstitucionalidade não apenas atingiria a validade da lei, mas seu plano de existência. O autor acaba aplicando de maneira imprópria o conceito de existência, sendo mais adequada a observância da validade da norma na circunstância em que sua constitucionalidade é verificada, tendo em vista a pressuposição de sua existência para tal atividade. Veja:

Um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o direito como se nunca houvesse existido (CAMPOS, 1956, p. 430).

Partindo do pressuposto de que não se pode analisar a validade de uma norma sem antes ela tenha que existir, Pontes de Miranda distingue atos nulos de atos inexistentes utilizando-se conceitos de suficiência e de deficiência, conforme explica Aurora Tomazini de Carvalho (2010, p. 695-696):

Os atos inexistentes são aqueles que, por serem insuficientes, não se subsomem à regra e, sendo assim, não são juridicizados por ela. São atos não jurídicos, que se encontram fora do direito. Já os nulos são atos juridicizados, existentes para o mundo jurídico, porém deficientes. São atos que apresentam algum vício em relação às regras que regulam sua produção. Nestes termos, levando-se em conta que todo ato jurídico constitui-se como antecedente de uma norma jurídica, pode ser que uma norma exista no sistema (porque é suficiente perante a regra que lhe fundamenta), mas não é válida, porque produzida em desacordo com as demais normas que regulam sua produção, isto é, porque apresenta uma deficiência perante as regras que a fundamentam.

Cabe salientar que o termo validade aqui discutido revela-se distinto do sentido de validade técnico-formal, também denominado de vigência de uma norma, que diz respeito à sua existência jurídica e à sua aplicabilidade no direito brasileiro. Miguel Reale (1990, p. 105) distingue: “A validade de uma norma de direito pode ser vista sob três aspectos: o da validade formal ou técnico-jurídica (vigência), o da validade social (eficácia ou efetividade) e o da validade ética (fundamento)”.

Para isso, faz-se necessária a publicação, com o fim de ingresso da norma positiva no mundo jurídico. Somente após publicação em Diário oficial é que se pode admitir a existência, a vigência e uma possível validade de lei. O período de início da vigência corresponde à data da efetiva circulação no órgão oficial, conforme entendimento do doutrinador Hugo de Brito Machado (2004, p. 97).

No que tange a análise da norma sob o plano de sua eficácia, José Afonso da Silva (1999, p. 66), entende estar vinculada à observância de sua aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade. Trata-se do grau de alcance de efeitos no âmbito de concreção jurídica, admitindo graduação. Com efeito, Hugo de Brito Machado (2004, p.99) sintetiza:

Saber se uma lei é vigente, quando tem início e quando termina sua vigência são questões pertinentes à Ciência do Direito, que podem ser esclarecidas com o simples conhecimento do sistema de normas. Saber se uma lei é eficaz, ou não, ou por que é mais, ou menos eficaz, são questões pertinentes à Sociologia Jurídica, cujo esclarecimento depende da observação dos fatos, depende da observação daquilo que, no mundo fenomênico, pode ser considerado como efeito da norma.

Por outro lado, acerca da relação entre validade e eficácia, Hans Kelsen explica que, embora o fundamento de validade da norma (motivo pelo qual as normas desta ordem jurídica devem ser observadas e aplicadas) seja a norma fundamental pressuposta, a eficácia revela-se condição de validade. Nas palavras do positivista:

As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) porque a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção

é pressuposta como validade, e não porque são eficazes; mas elas somente valem se esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz (KELSEN, 2012, p. 237).

O jurista austríaco, porém, adverte que o fato de uma norma singular não ser aplicada, em casos gerais ou peculiares, não reflete na perda da eficácia da ordem jurídica, pois esta somente é assim configurada quando observada de maneira global. Também uma norma jurídica singular não perde a validade por não ser aplicada apenas em casos particulares (KELSEN, 2012, p. 237).

Marcelo Neves (2007, p. 43) distingue a eficácia no sentido jurídico dogmático da eficácia em sentido sociológico. A primeira diz respeito à possibilidade jurídica de aplicação da norma, ou seja, à exigibilidade ou à executoriedade. Já a segunda refere-se à conformidade das condutas do destinatário à norma, ou seja, se a norma é realmente executada, observada pelos destinatários.

Partindo-se da concepção estritamente jurídica de eficácia do autor, esta pode decorrer da observância ou norma primária (eficácia heterônoma) da lei ou de sua imposição ou norma secundária (eficácia autônoma). A observância ocorre quando a norma legal é obedecida sem a necessidade de vinculação a uma sanção impositiva. Já a imposição (execução) surge, ao haver uma violação dos preceitos normativos, com o fim de restabelecer a ordem que fora contrariada. A ineficácia, contudo, somente se configura na circunstância de não ocorrer nenhuma das duas alternativas de concreção da norma legal. Interessante registrar a distinção que o autor faz entre eficácia e efetividade:

[...] a eficácia diz respeito à realização do ‘programa condicional’, ou seja, à concreção do vínculo ‘se-então’ abstrata e hipoteticamente previsto na norma legal, enquanto a efetividade se refere à implementação do ‘programa finalístico’ que orientou a atividade legislativa, isto é, à concretização do vínculo ‘meio-fim’ que decorre abstratamente do texto legal (NEVES, 2007, p. 48).

A partir disso, o autor apresenta o conceito de legislação simbólica, a qual se caracteriza por ser normativamente ineficaz. O fato se

der inefetiva, mas eficaz, não torna a legislação como simbólica (NEVES, 2007, p. 51). Uma norma pode ser obedecida pelos seus destinatários, mas ainda assim não atinge a finalidade proposta pelo legislador.

Tendo em vista que o controle de constitucionalidade é exercido por meio da análise de compatibilidade (ou adequação) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais, a declaração de inconstitucionalidade constitui vício aferido no plano de validade. Tal análise pressupõe a existência e reflete na eficácia da norma; pois, diante da invalidade desta reconhecida por juízes ou por tribunais, deverão ser negadas sua aplicabilidade e sua eficácia.

3 A NULIDADE DA NORMA INCONSTITUCIONAL E SEUS REFLEXOS RETROATIVOS

Segundo Luís Roberto Barroso (2011, p. 37), o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma não equivale à sua revogação, seja em suas causas, seja em seus efeitos, ainda que ambos os atos tornem a norma sem efeito e retirem sua obrigatoriedade. Em sede de Ação de Declaração de Inconstitucionalidade (ADI), por exemplo, embora a lei declarada inconstitucional deixe de ser aplicada, não há um ato formal que a elimine do mundo jurídico, ou seja, ela não perde expressamente sua vigência, passa a ser somente 'letra morta'.

Já a revogação consiste exatamente na retirada de uma norma do mundo jurídico, agindo no plano primário de sua existência. Em regra, decorre de manifestação de vontade do próprio órgão que a havia criado e seus efeitos são produzidos para o futuro (*ex nunc*), diferentemente do que ocorre na declaração de inconstitucionalidade, cujos efeitos são retroativos e sua competência é tipicamente judicial.

Sob o fulcro do art. 2º, §3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, quando a lei revogadora for revogada, o fenômeno da repristinação somente ocorrerá de maneira expressa, ou seja, a lei anterior somente será restaurada quando houver expres-

so pronunciamento a esse respeito. No caso da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, há a produção de efeitos repristinatórios, que ocorrem de maneira automática, não havendo necessidade de estar expressa. A legislação antiga que fora revogada com a edição da lei inconstitucional tem sua vigência recuperada.

A falta de validade de uma norma traz como reflexo a sua nulidade ou anulabilidade. Na circunstância de um ato legislativo inconstitucional, aplica-se a sanção mais grave para sua invalidade, qual seja torna-lo nulo de pleno direito. Tal posicionamento foi defendido pela doutrina americana desde o clássico caso *Marbury v. Madison*. Isso porque a Constituição é a lei suprema e não há possibilidade de convalidação de uma norma que seja contrária a ela. Ademais, Luís Roberto Barroso (2011, p. 38) pontua:

Corolário natural da teoria da nulidade é que a decisão reconhece a inconstitucionalidade tem caráter declaratório – e não constitutivo –, limitando-se a reconhecer uma situação preexistente. Como consequência, seus efeitos se produzem retroativamente, colhendo a lei desde o momento de sua entrada no mundo jurídico. Disso resulta que, como regra, não serão admitidos efeitos válidos à lei inconstitucional, devendo todas as relações jurídicas constituídas com base nela voltar ao *status quo* anterior.

Em sentido divergente, Hans Kelsen afirma que a lei inconstitucional não seria nula, mas anulável. O mestre austríaco defende a anulabilidade, pois parte do pressuposto de que um ato nulo carece de qualquer caráter jurídico, não havendo a necessidade de outro ato jurídico para retirar-lhe tal caráter. Nas palavras do autor:

A nulidade que um ato que pretende ser um ato jurídico, especialmente um ato estatal, não o é objetivamente por ser irregular, isto é, por não preencher os requisitos que uma norma jurídica de grau superior lhe prescreve. O ato nulo carece de antemão de todo e qualquer caráter jurídico, de sorte que não é necessário, para lhe retirar sua qualidade usurpada de ato jurídico, um outro ato jurídico. Se, em vez disso, tal ato fosse necessário, não estaríamos diante de uma nulidade, mas de uma anulabilidade (KELSEN, 2007, p. 140-141).

Assim, para Kelsen, como a lei inconsti-

tucional continua sendo válida e aplicada por juízes e tribunais até que uma decisão da corte viesse a pronunciar sua inconstitucionalidade e a retirasse do mundo jurídico, ela constitui-se anulável. Em consequência, a decisão que a reconhecesse teria natureza constitutiva negativa, produzindo efeitos *ex nunc*, não havendo retroatividade ao momento de criação da lei.

O Segundo Meyer (2008, p. 127), o instituto da nulidade tem origem no direito romano e constantemente traz soluções drásticas por meio de vias de fato, o que se revela incompatível com o Estado de Direito. A nulidade deveria ser observada como uma sanção ou consequência jurídica de ato viciado, não uma qualidade inerente deste. O autor entende que a supremacia da Constituição não oferece resposta imediata de uma nulidade do ato inconstitucional, na medida em que os ordenamentos jurídicos possuem diferentes efeitos para a sanção aos atos contrários à Lei Maior.

Já que a declaração de inconstitucionalidade estabelece uma situação jurídica nova (desconsidera-se a presunção de constitucionalidade da norma no momento em que foi criada), os efeitos devem ser prospectivos. Por motivos de prejuízo à segurança jurídica, à estabilidade do direito e à sua própria finalidade, Regina Ferrari (1999, p. 212) compartilha do mesmo entendimento:

Assim, 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 consequências que não seria prudente ignorar, e isto principalmente em nosso sistema jurídico, que não determina um prazo para a arguição de tal invalidade, podendo a mesma ocorrer dez, vinte ou trinta anos após sua entrada em vigor.

Apesar dos mencionados contrapontos, a teoria da nulidade da norma constitucional foi adota pelo direito brasileiro desde o início da República. Autores, como Ruy Barbosa (1893) e Alfredo Buzaid (1958), já compartilhavam dessa ideia. Na verdade, revela-se inegável que a teoria da nulidade da lei inconstitucional, embora vencedora, deva realizar concessões e abrir exceções em nome do próprio interesse público, o qual é o fim primordial do Direito.

4 A RELATIVIZAÇÃO DA TEORIA DA NULIDADE COMO CONTRIBUIÇÃO PARA A SEGURANÇA JURÍDICA

A declaração de inconstitucionalidade de uma lei faz com que, automaticamente, a lei que havia sido revogada, ou que não incidia sobre as situações nela previstas por ser mais genérica, passe a ser aplicável de modo retroativo. Tanto na concessão de medida cautelar (artigo 11, §2º da lei 9868/99) como na decisão definitiva de mérito, a declaração de inconstitucionalidade torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

A lei n. 9868/99, a qual dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, previu expressa permissão de uma relativização da teoria da nulidade do ato inconstitucional. De maneira excepcional, admite-se a não retroatividade dos efeitos da nulidade ao início da vigência da lei violadora, é o que a doutrina denomina de modulação dos efeitos da decisão. Veja:

Art. 27. 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.

Sendo assim, o afastamento da aplicação da teoria integral da nulidade só ocorrerá quando demonstrado que a declaração de inconstitucionalidade traria danos à segurança jurídica ou a algum outro valor constitucional diretamente vinculado ao interesse social. O procedimento adotado de um quórum especial, de dois terços dos votos, garante uma maior restrição na utilização da modulação dos efeitos da decisão.

Isso, na generalidade das situações, se dá em favor do cidadão, que passa a ter direito à restituição de tributos pagos com base na lei declarada inconstitucional, por exemplo. No

caso, embora bem menos frequente, de tais efeitos retroperantes prejudicarem o cidadão, a eficácia *ex tunc* (retroativa) não pode ser absoluta. Nenhuma norma deve retroagir em desfavor do cidadão.

Algumas técnicas de decisão e de interpretação alemãs são importadas pelo Brasil, em que não há a declaração de nulidade da norma inconstitucional, como a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, bem como a interpretação conforme a Constituição.

Na primeira, o Supremo define uma interpretação do dispositivo legal como inconstitucional, excluindo uma única forma de aplicação do texto normativo, permitindo outras que condizem com a Constituição. Cite-se a ADI 939-7, em que o Supremo analisou a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3, de 17/03/1993, a qual autorizava a União a instituir o Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IPMF) sem a observância do princípio da anterioridade (art. 105, III, b, da Constituição Federal) e das imunidades previstas no inciso VI do art. 150 da CF/88 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 939 – 7. Min. Relator: Sydney Sanches, 1994).

A decisão foi no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da Emenda n. 3 e a inconstitucionalidade sem redução de texto da Lei Complementar n. 77/93, a qual instituiu o referido imposto, para que este fosse cobrado apenas no exercício seguinte e com respeito às imunidades previstas no art. 150, VI.

Na segunda, o STF define a única interpretação da lei compatível com a Lei Maior, excluindo qualquer outra que se revele distinta. Essa técnica foi utilizada em polêmico julgamento acerca do reconhecimento da união homoafetiva (ADPF 132 / RJ). Na decisão, deu-se a interpretação do art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal. A interpretação conforme a Constituição foi efetuada para excluir do dispositivo em tela qualquer significado que impeça o reconhecimento como família da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo,

aplicando-se à união homoafetiva as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 132. Relator: Min. Ayres Britto, 2011).

Ademais, outro clássico caso brasileiro de prevalência do princípio da segurança jurídica sobre a teoria da nulidade é o da ADI2240-7/BA. Nessa circunstância, em que a lei estadual da Bahia criou o Município de Luís Eduardo Magalhães sem a lei complementar federal prevista no texto constitucional, exsurgiu, conforme acordou o Supremo, uma situação excepcional, um ‘estado de exceção’, que não poderia ser ignorado. Com o fim de estabilidade jurídica, manteve-se o reconhecimento da existência válida do referido município. Com efeito, declara o STF:

[...] O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. **O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município.** 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2240 – 7. Relator: Min. Eros Grau, 2007, grifo nosso).

Assim, conforme assevera o atual ministro e doutrinador Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 257), o Supremo deve reconhecer a legitimidade da aplicação provisória da lei inconstitucional quando razões de índole consti-

tucional, em particular, 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.

Destaque-se também o exemplo enfatizado por Hugo de Brito Machado Segundo (2010, p. 508) das empresas agroindustriais no que diz respeito à contribuição previdenciária prevista no artigo 25 §2º da lei n. 8870/94. Essa contribuição incidia sobre o valor estimado da matéria-prima *in natura* produzida pelas próprias agroindústrias, substituindo a contribuição incidente sobre a folha de salários relativa aos empregados que atuam nesse setor (trabalhadores rurais). Em suma, enquanto a contratação de trabalhadores urbanos detinha incidência da contribuição sobre a folha de salários, a contratação de trabalhadores rurais sofria a contribuição sobre tal percentual do faturamento estimado.

Referido dispositivo tornou-se objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) instaurada pela Confederação Nacional das Indústrias, nos termos do acordão:

[...] 2. Mérito. O art. 195, I, da Constituição prevê a cobrança de contribuição social dos empregadores, incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro; desta forma, quando o § 2º do art. 25 da Lei nº 8.870/94 cria contribuição social sobre o valor estimado da produção agrícola própria, considerado o seu preço de mercado, **é ele inconstitucional porque usa uma base de cálculo não prevista na Lei Maior**. 3. O § 4º do art. 195 da Constituição prevê que a lei complementar pode instituir outras fontes de receita para a seguridade social; desta forma, quando a Lei nº 8.870/94 serve-se de outras fontes, criando contribuição nova, além das expressamente previstas, é ela inconstitucional, porque é lei ordinária, insuscetível de veicular tal matéria. 4. Ação direta julgada procedente, por maioria, para declarar a inconstitucionalidade do § 2º da Lei nº 88.870/94. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 1103 DF, Relator: Min. Maurício Corrêa, 1997, grifo nosso).

Ocorre que, a declaração de inconstitucionalidade dessa forma de cálculo acarretou prejuízos para determinadas empresas cuja mão de obra é elevada, mas o valor do produto *in natura* é baixo, como produtores de álcool, açúcar e castanha de caju. O problema agra-

vou-se quando tais empresas, exigidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), submeteram-se a esse tratamento de maneira retroativa, em especial aos cinco anos anteriores à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (STF).

Partindo do pressuposto de que o artigo da lei 8870/94 nunca tivesse existido, foi exigido o recolhimento da diferença entre o que haviam pago e o que deveriam ter recolhido com base na folha de salários de seu setor rural, não olvidando o acréscimo de multa e de juros.

Em que pese os efeitos normativos de uma declaração de inconstitucionalidade em sede de ADI, quais sejam *erga omnes*, vinculante, *ex tunc* e repristinatório, a retroatividade não pode prejudicar o cidadão. A Lei Maior protege o indivíduo de boa fé que confiou na presunção de constitucionalidade e de legalidade da lei antes de declarada sua nulidade, conforme artigo 5º, XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Nesse sentido, Hugo de Brito Machado Segundo (2010, p. 509) aduz:

A supremacia constitucional existe como forma de proteção do cidadão em face do Estado, sobretudo em face do Estado legislador. É instrumento indispensável a que se possa cogitar de um efetivo Estado de Direito. Não é possível, portanto, que essa supremacia, que existe em função do cidadão, seja invocada em benefício do Estado para prejudicar o cidadão.

Em matéria tributária, a CF/88, em seu artigo 150, III, ‘a’, prevê o princípio da irretroatividade ao vedar que qualquer ente federativo exija tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou majorado. Assim, a lei tributária não pode retroagir em desfavor do contribuinte. Não há exceções para essa norma constitucional. Admitir que o Poder Público obtenha proveito de uma declaração de inconstitucionalidade em face de um cidadão que cumpriu fielmente a lei antes desta ser declarada nula vai de encontro aos valores constitucionalmente protegidos em unidade, em especial o da boa-fé.

Em maio de 2015, ainda sob esse contexto de relativização da teoria da nulidade do

ato inconstitucional, Supremo firmou entendimento de que a decisão preferida por esta Corte que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz reforma ou rescisão automática das decisões anteriores. Para isso, o Supremo entendeu que “será indispensável”, de acordo com o caso, a interposição do recurso próprio ou o ajuizamento de ação rescisória (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 730462/SP, Relator: Min. Teori Zavascki, 2015).

A decisão foi tomada em Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida. No caso concreto em baila, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região aplicou decisão do Supremo tomada em ADI, mas não reformou uma sentença que condenava ao pagamento de honorários de sucumbência, sob a justificativa da coisa julgada. A controvérsia girava em torno de saber se a declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato posterior teria reflexos automáticos sobre a sentença anterior transitada em julgado.

O relator da decisão, à época, Ministro Teori Zavascki, alertou que não se poderia confundir a eficácia normativa e a eficácia executiva de uma sentença que declara a inconstitucionalidade de preceito normativo. A primeira equivale a retirada do plano jurídico a norma com efeito *ex tunc* enquanto que a segunda se refere ao efeito vinculante dessa decisão.

Tendo em vista decorrer da sentença, e não da vigência da norma, a eficácia executiva (efeito vinculante) tem como termo inicial o dia da publicação do acórdão no Diário Oficial da União, ou seja, o dever de respeitar a decisão somente surge após a referida publicação. O efeito vinculante não nasceria da inconstitucionalidade, mas da decisão que assim a declarasse. Assim, o efeito vinculante não atinge os atos pretéritos, inclusive a coisa julgada, a qual se revela limite insuperável à força retroativa.

Ainda que se revele, a priori, inadmissível a vigência de uma norma inconstitucional, a sua nulidade pode acarretar, conforme fora exemplificado acima, prejuízos à sociedade superiores a obediência de uma lei ou de um ato normativo inválido. Devem ser levados

em consideração o tempo de vigência anterior da lei, os contratos e os direitos adquiridos durante esse percurso, a boa fé dos cidadãos que a cumpriam, a repercussão e o alcance das consequências de sua nulidade diante de seu efeito retroativo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência da norma jurídica é condição de necessária para que esta possa ser revestida de vigência, de validade ou de eficácia. A existência está vinculada ao processo formal de criação de uma lei ou ato normativo. A validade refere-se à sua conformidade não apenas formal, mas também material com o seu regramento superior. Por fim, a eficácia diz respeito à aplicabilidade da norma por seus destinatários na realidade social, independentemente de seu fim ter sido atingido ou não (efetividade).

Percebe-se, portanto, uma clara ordem de análise da norma, em que não se pode passar para o plano da validade sem antes ter a certeza da existência. Da mesma maneira, não é coerente observar os graus de eficácia sem antes verificar a validade, embora haja divergências doutrinárias.

A inconstitucionalidade constitui vício aferido no plano da validade. Reconhecida a invalidade, veda-se automaticamente a sua aplicabilidade. O ordenamento jurídico pátrio adota a teoria da nulidade de pleno direito para normas contrárias à Lei Maior, lógica importada precipuamente dos Estados Unidos. A decisão judicial possui caráter declaratório, produzindo efeitos retroativos, colhendo a lei ou o ato normativo a partir de sua entrada em vigor no mundo jurídico.

Em regra, no caso do controle abstrato de normas, exercido pelo Judiciário, a ineficácia estender-se-á a todos os indivíduos sem qualquer distinção. Ocorre que, por motivos de interesse social e de segurança jurídica, desde que obedecida as diretrizes formais (quórum de 2/3), a decisão poderá modular seus efeitos no plano do alcance de sua validade bem como de sua eficácia. São também opções para evitar

prejuízos maiores à sociedade do que a vigência de uma lei inconstitucional as técnicas de interpretação: a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, bem como a interpretação conforme a Constituição.

A necessidade de uma relativização da teoria da nulidade no contexto do controle de constitucionalidade surgiu diante da preocupação com a garantia de valores, como a boa-fé e segurança jurídica do indivíduo. Um cidadão que cumpriu fielmente a lei, tendo em vista sua presunção de constitucionalidade, antes desta ser declarada inválida vai de encontro aos valores constitucionalmente protegidos em unidade.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a justiça federal**. Rio de Janeiro: Companhia Imprensora, 1893.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2001.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 2240 – 7**. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Requerido: Governador do estado da Bahia e Assembleia Legislativa do Estado da Bahia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 3 de agosto de 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi2240.pdf>>. Acesso em : 21 jan. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 1103/DF**. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Requerido: Presidente da República Congresso Nacional. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 25 de abril de 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266658>>. Acesso em: 27 jan. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 132**. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimado: Tribunais de Justiça dos Estados, Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 21 jan. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 939 – 7**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Min. Relator: Sydney Sanches. Brasília, 18 de março de 1994. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>> Acesso em : 21 jan. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n° 730462-SP**. Recorrente: Nelson Itiro Yanasse e outros. Recorrido: Caixa Econômica Federal. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 28 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=730462&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 27 jan. 2017.
- BUZAID, Alfredo. **Da ação de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. 1.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico**. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2010.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao estudo do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- NINO, Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Depalma, 2003.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.