

# A Irretroatividade das Normas

**Marcelo Leonardo Tavares**

*Doutorando e Mestre em Direito Público pela UERJ. Coordenador de Direito Previdenciário e Professor de Direito Previdenciário e de Direito Constitucional da EMERJ. Juiz Federal.*

## 1. INTRODUÇÃO

A principal função do Direito é a de regular relações sociais entre pessoas,<sup>1</sup> possibilitando que se saiba de antemão as consequências de determinados atos e a de permitir tomadas de decisões de acordo com certa expectativa. O Direito tem por finalidade precípua garantir segurança e previsibilidade a partir de premissas de condutas comportamentais previamente consideradas.

Se partirmos da definição de ordenamento dos direitos fundamentais como conjunto de normas garantidoras dos pressupostos de relacionamento entre o indivíduo e o Estado,<sup>2</sup> ressalta a importância

---

<sup>1</sup>Cabe ao Direito, no objetivo de regular condutas humanas, prever consequências positivas ou negativas para a ocorrência dos atos anteriormente definidos hipoteticamente nas normas. Neste sentido é que Hans Kelsen, após afirmar que "as normas de uma ordem jurídica regulam a conduta humana", prossegue: "Esta conduta pode consistir numa ação positiva ou numa omissão. Na medida, porém, em que a ordem jurídica é uma ordem social, ela somente regula, de uma maneira positiva, a conduta do indivíduo enquanto esta se refere – imediata ou mediadamente – a um outro indivíduo. É a conduta de um indivíduo em face de um, vários ou todos os outros indivíduos, a conduta recíproca dos indivíduos, que constitui o objeto desta regulamentação." *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 33 e 34.

<sup>2</sup> Para a condução do presente trabalho, a dimensão subjetiva que mais interessa é a do relacionamento entre indivíduo e Estado, sem embargo da relevância dos direitos fundamentais na regulação das relações entre as pessoas. Como define Antonio Enrique Perez Luño: "En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales determinan el

de estudarmos em que base de segurança será estipulado esse vínculo e qual o grau de estabilidade oferecido para as pessoas na relação jurídica, em especial porque o Estado monopoliza a produção das normas regulatórias e fica, em relação ao indivíduo, em nítida posição de vantagem. O Estado, que ocupa um dos pólos da relação obrigacional, tem também o poder para determinar as hipóteses definidoras do vínculo e suas conseqüências.

Vários pontos podem ser discutidos a partir da pretensão de segurança da relação jurídica entre o particular e o Estado: a amplitude da aplicação do princípio do Estado de Direito, a conformação do princípio da tipicidade e a proteção de expectativas legítimas, dentre outros.

A preocupação do trabalho, contudo, é investigar em que sentido a irretroatividade das normas protege o indivíduo em face do Estado no sistema de direitos fundamentais.

Isto porque se o Estado, além de poder estabelecer os parâmetros de fixação da relação jurídica, ainda puder estipular, sem limitação, efeitos retroativos das normas regulatórias, decerto que a segurança, um dos principais objetivos do Direito, ficará prejudicada.

A abordagem do tema envolve a busca de resposta para alguns questionamentos: a irretroatividade é princípio, regra, ou ambos? A irretroatividade é absoluta? Qual a vinculação entre a irretroatividade e a proteção do ato jurídico perfeito e do direito adquirido? Como o Supremo Tribunal Federal tem aplicado a irretroatividade?

O desenvolvimento será conduzido a partir da verificação do tratamento normativo da irretroatividade nas Constituições brasileiras, da separação entre os conceitos de vigência e eficácia, do relacionamento entre a irretroatividade e os princípios do Estado de Direito e da Segurança Jurídica e do modo pelo qual a matéria tem sido tratada nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro ponto, portanto, é o do conhecimento do tratamento normativo da irretroatividade na ordem jurídica do Brasil.

---

*estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo em sus relaciones com el Estado que en sus relaciones entre si. Tales derechos tienden, por tanto, a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no solo frente al poder, sino también frente a los demás miembros. Los derechos fundamentales. 7ª. edición. Madrid: Editorial Tenos, 1998, p. 22.*

## 2. IRRETROATIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Desde o Império, e à exceção do período do Estado Novo, sempre houve preocupação por parte do legislador constituinte com a disciplina da irretroatividade das normas.

De início, com previsões de puro impedimento de retroação.

A Constituição de 1924 dispunha, no art. 179, II e III: “Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade pública... A sua disposição não terá *efeito retroactivo*.”

E o art. 11, parágrafo 3º, da Constituição de 1891: “É vedado aos Estados, como à União...Prescrever leis *retroactivas*.”

A partir da Constituição de 1934 (e exceto na Carta de 1937), as previsões normativas deixaram de impedir a simples retroação da lei para, ao invés, sem mais vedá-la expressamente, ressaltar determinadas situações em que a retroação não seria possível, através da fórmula de proteção subjetiva do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada: “A lei não prejudicará do direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” (art. 113, 3, da Constituição de 1934; art. 141, parágrafo 3º, de 1946; art. 150, parágrafo 3º, de 1967).

A Constituição de 1988 repetiu o dispositivo “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI), e o protegeu como cláusula pétrea “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:...IV – os direitos e garantias individuais.”

O histórico da evolução das normas constitucionais a respeito do tema demonstra o conflito entre duas teorias: a objetiva, que pugna pela aplicação imediata das normas, acatando porém as situações jurídicas definitivamente constituídas, isto é, vedando em princípio a retroação da lei e sua aplicação a fatos passados, genericamente,<sup>3</sup> idéia inspiradora da elaboração dos dispositivos referidos

---

<sup>3</sup>“La base fondamentale de la science des conflits de lois dans les temps, c’est la distinction de l’effet rétroactif et l’effet immédiat de la loi. Cela paraît une donnée très simple: l’effet rétroactif, c’est l’application dans le passé; l’effet immédiat, l’application dans le présent; il ne paraît pas très malaisé de définir et de distinguer ces deux moments de la durée. Si la loi prétend s’appliquer à des faits accomplis (*facta praeterita*), elle est rétroactive; si elle prétend s’appliquer à des situations en cours (*facta pendencia*), il faudra établir une séparation entre les parties antérieures à la date du changement de législation, qui ne pourraient être atteintes sans rétroactivité, et les parties postérieures, pour lesquelles la loi nouvelle, si elle doit s’appliquer, n’aura jamais qu’un effet immédiat; enfin, vis-à-vis des faits à venir (*facta futura*), il est clair que la loi ne peut jamais être rétroactive.” ROUBIER, Paul. *Le Droit Transitoire*. 2e. édition. Paris: Éditions Dalloz et Sirey, 1960, p. 177.

nas Constituições de 1824 e 1891; e a teoria subjetiva, que admite a retroação, resguardada a proteção do direito subjetivamente adquirido, que influenciou nossas Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1988.<sup>4</sup>

Duas observações devem ser feitas: 1) no direito comparado, em regra, a disciplina da irretroatividade das normas tem natureza infraconstitucional, o que significa dizer que seu âmbito de aplicação é mais restrito do que o da proteção do ordenamento brasileiro, uma vez que seria possível a uma outra lei excepcionar a previsão geral legal protetiva contra a retroação,<sup>5</sup> e 2) mesmo no período em que as Constituições (de 1824 e 1891) aliavam-se à doutrina objetiva da retroação da lei, havia posicionamentos interpretativos em favor da tese subjetiva, como o que consta na seguinte passagem da lavra de Rui Barbosa, no início do século passado:

*“Não é o retroagir da lei, todo e qualquer retroagir, a retroatividade pela retroatividade, o que se quer obstar; mas o retroagir lesivamente, isto é, a retroatividade atentatória dos direitos adquiridos.”<sup>6</sup>*

A principal diferença entre as duas teorias consiste no modo genérico de admitir ou não a retroação. A teoria objetiva admite a aplicação imediata da lei, inclusive para que produza efeitos sobre os fatos pendentes, que serão cingidos em fatos anteriores e posteriores à lei, para fim de incidência da lei nova, de plano, sobre os últimos. Mas a lei não pode ser aplicada a fatos passados. De outro lado, a teoria subjetiva não impede, como premissa, a retroação normativa, desde que protegidas determinadas situações subjetivas, dentre as quais os direitos já adquiridos.

A definição do que vem a ser direito adquirido, conceito da maior importância para a compreensão da irretroatividade segundo a teoria subjetiva, pode ser obtida a partir de comparação

---

<sup>4</sup> Ver MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*. São Paulo: Freitas Bastos, 1946, p. 9.

<sup>5</sup> FRANÇA, Limongi. *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*. 5ª. edição. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 184.

<sup>6</sup> “Leis Retroativas e Interpretativas no Direito Brasileiro”. in *Obras Completas*. Rio de Janeiro, 1948, v. 25, t. 4, p. 107.

com outros dois fenômenos: da expectativa de direito e do direito consumado.

Partindo do pressuposto da previsão normativa a respeito de uma determinada hipótese, há que se verificar se houve a ocorrência fática completa dela e se já houve produção de efeito.

Se o fato previsto na norma ainda não se aperfeiçoou, diz-se que há expectativa de direito. Se o fato já se completou, mas não houve produção de efeitos concretos, o direito já é considerado adquirido. Uma vez produzidos efeitos jurídicos, estaremos diante de direito consumado.<sup>7</sup>

A fim de que se delimite a abrangência do termo, conceitua-se, segundo GABBA:

*“É adquirido todo direito que a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato foi consumado, embora a ocasião de fazê-lo valer se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo; e que b) nos termos da lei sob cujo império se entabulou o fato do qual se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio da quem o adquiriu.”<sup>8</sup>*

Portanto, a verificação da ocorrência do direito adquirido requer previsão normativa sobre a hipótese e ocorrência do fato previsto na norma.

A adoção da teoria subjetiva da irretroatividade pelas Constituições brasileiras tradicionalmente é feita em torno do conceito de

---

<sup>7</sup> Luís Roberto Barroso apresenta síntese no mesmo sentido em “A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo”. *Temas de Direito Constitucional*. V. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 60: “De modo esquemático, é possível retratar a exposição desenvolvida na síntese abaixo: a) expectativa de direito: o fato aquisitivo teve início, mas não se completou; b) direito adquirido: o fato aquisitivo já se completou, mas o efeito previsto a norma não se produziu, e c) direito consumado: o fato aquisitivo já se completou e o efeito previsto na norma já se produziu integralmente.”

<sup>8</sup> “É acquisito ogni diritto, che a) è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo in virtù della legge del tempo in cui il fatto viene compiuto, benchè l’occasione di farlo valere non si sia presentata prima dell’attuazione di una legge nuova intronata al medesimo, e che b) a termini delle legge, sotto l’impero della quale accade il fatto da cui trae origine, entrò immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acquistato.”. GABBA, C. F. *Teoria della Retroattività delle Leggi*. 2ª. edizione. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1884, v. 1, p. 191. No mesmo sentido, a definição de PORCHAT, Reynaldo. *Da Retroactividade das Leis Civis*. São Paulo, 1909, p. 32. “Direitos adquiridos são consequências de factos jurídicos passados, mas consequências ainda não realizadas, que ainda não se tornaram de todo effectivas. Direito adquirido é, pois, todo o direito fundado sobre um facto jurídico que já sucedeu, mas que ainda não foi feito valer.”

direito adquirido, e não do direito consumado. Não há necessidade de que sejam produzidos os efeitos previstos na norma antiga para que a nova norma seja impedida de incidir. Tão-só com a ocorrência do fato previsto pela norma antiga, o direito passa a integrar o patrimônio da pessoa e fica protegido contra a retroação da lei nova.

Não há, portanto, necessidade de consumação dos efeitos. A proteção contra a retroação protege-o antes, desde o momento em que já está adquirido, mesmo não fruído.

Da mesma forma, deve-se observar que, pelo menos de maneira expressa, não há proteção contra a aplicação imediata da nova norma se os fatos previstos pela antiga não se aperfeiçoaram, isto é, não é da tradição formal da legislação brasileira a proteção da expectativa de direito.<sup>9</sup>

Por fim, deve ser registrada a presença de mais duas alusões à irretroatividade da lei na Constituição de 1988: a proteção da liberdade física contra a aplicação retroativa da lei penal menos benéfica ao indivíduo (art. 5º, XL – “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”), e a proteção do contribuinte contra a aplicação da lei tributária menos benéfica (art. 150, III, a – “é vedada a cobrança de tributos...em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado”).

Assim é que se pode afirmar que a atual previsão normativa da Constituição não impede expressamente a retroação da lei, mas apenas protege as situações já consolidadas em direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, e protege o indivíduo em matéria penal e tributária em face de uma tipificação que lhe seja mais gravosa.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> A proteção, no ordenamento jurídico brasileiro, da situação da expectativa de direito foge ao objetivo deste trabalho. No entanto, não é demais afirmar que os princípios da segurança jurídica e do Estado de Direito inspiram a necessidade de que as situações ainda não consolidadas, mas já em andamento na realização dos fatos (*facta pendentia*, na visão de Paul Roubier), sejam merecedoras de regras que propiciem uma transição civilizada, isto é, deve ser garantida a proteção da legítima expectativa, mesmo em grau diverso da prevista para o direito adquirido, se for o caso. Sobre o tema, ver SCHONBERG, Soren. *Legitimate Expectations in Administrative Law*. New York: Oxford University Press, 2000.

<sup>10</sup> No STF, ver a manifestação do Min. Celso de Mello, na ADI MC no. 605-DF: “O princípio da irretroatividade somente condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, em ordem a inibir a ação do Poder Público eventualmente configuradora de restrição gravosa (a) ao *status libertatis* da pessoa (CF, art. 5º, XL), (b) ao *status subjectionis* do contribuinte em matéria tributária (CF, art. 150, III, a) e (c) à segurança jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 150, XXXVI).”

Entretanto, o fenômeno da retroação não tem como ser apreendido sem a definição dos conceitos de vigência e eficácia das normas.

### 3. VIGÊNCIA E EFICÁCIA DAS NORMAS

Uma norma não pode ter vigência para o passado.

Essa constatação é o principal pressuposto da necessidade de serem diferenciados os fenômenos de vigência e eficácia das normas e esses, por sua vez, ainda apartados do de existência.

O estudo dogmático a respeito do tema indica não haver convergência de opiniões.

Partamos das colocações feitas por Luís Roberto Barroso que, sem aludir ao conceito de vigência, aponta diferença entre existência e eficácia:

*“A existência de um ato jurídico – que pressupõe, naturalmente, uma manifestação no mundo dos fatos – verifica-se quando estão presentes os elementos constitutivos definidos pela lei como causa eficiente de sua incidência...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... A eficácia dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos...Uma norma jurídica pode ser perfeita (plano da existência, com a presença de todos os elementos constitutivos), válida e eficaz, quando, concluído o seu ciclo de formação, encontra-se plenamente ajustada às regras legais superiores e está disponível para a deflagração dos efeitos que lhe são típicos. Tal seria o exemplo de uma lei formal e materialmente constitucional, em plena vigência. Pode, também, ser perfeita, válida e ineficaz,*

*como, v.g., uma lei já aprovada, mas com sua vigência diferida.*<sup>11</sup>

Apesar de as afirmações acima delinearem as conformações principais do fenômeno, algumas questões permanecem em aberto: 1) existência é sinônimo de vigência?, e 2) qual a diferença entre vigência e eficácia?

Sendo a norma uma espécie de ato jurídico, sua existência depende da presença de três elementos básicos: órgão, forma e objeto. Para ser verificada a existência de uma norma não importa a qualificação desses elementos, isto é, se o órgão é competente, se a forma é a prevista na norma superior na qual encontra fundamento e se o objeto é lícito, matéria reservada ao conceito de validade. Basta que os referidos elementos estejam presentes para que passe a existir. No ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer, por exemplo, que a lei ordinária existe a partir de sua sanção, ou da rejeição do veto. Ocorrendo a terceira fase do processo legislativo (após as de iniciativa e de discussão e votação), todos os órgãos previstos constitucionalmente para atuar já terão exercido suas atribuições (legislativo e executivo, ou, se for o caso, somente o legislativo, mediante a rejeição do veto), de acordo com determinada forma e considerando um objeto específico. Por este motivo, o art. 66, nos parágrafos 1º e 7º, da Constituição, utiliza-se, tecnicamente, dos termos de veto a *projeto de lei* e promulgação da *lei*. As últimas fases do processo legislativo, de promulgação e publicação, são fases meramente complementares. O procedimento de elaboração legislativa encontra-se constituído com a sanção ou rejeição do veto. Pode-se afirmar, então: neste momento, a lei passa a existir.

Contudo, não pode gerar efeito, não pode ser executada.

E nisto consiste a diferença entre existência e vigência. A lei que tem vida, que já integra o ordenamento jurídico e é passível de execução, é a lei em vigor, ou vigente. A vigência da lei tem por pressuposto obrigatório sua publicação. Não há lei em vigor sem

---

<sup>11</sup> O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 3ª. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 78/82.



que tenha sido dado conhecimento de sua existência a todos. Pode haver lei já publicada sem vigência, em período de *vacatio legis*. Mas não o contrário, lei em vigor sem publicação.

A vigência da lei ocorre sempre para o futuro, por questão de natureza, pois para o futuro corre o tempo.

Se a publicação é pressuposto da vigência e ela somente ocorre em determinado momento, somente a partir dele se pode cogitar que ela entre em vigor. Não se pode publicar uma norma em momento passado.<sup>12</sup>

A consequência dessa afirmação é que a retroação não altera a vigência da lei, como pode parecer à primeira vista, mas sim sua eficácia. Uma lei não pode ter vida para o passado, mas pode deitar suas consequências com efeito retroativo.

A eficácia normativa surge em decorrência da vigência, mas com ela não se confunde, e pode ser definida como a aptidão genérica da norma em produzir efeitos jurídicos, isto é, a capacidade de incidir sobre fatos, regulando relações jurídicas.

Em regra, pode-se afirmar que uma norma em vigor é eficaz e uma norma eficaz está em vigor.

Mas não obrigatoriamente os fenômenos serão simultâneos.

Há normas em vigor não eficazes, pois, apesar de já integrarem o ordenamento jurídico e serem passíveis, em tese, de execução, pende sobre elas condição suspensiva de eficácia. É o que ocorre, por exemplo, com a lei que institui contribuição para a seguridade social, em vigor a partir da publicação, durante os noventa dias a contar daí, por força do art. 195, parágrafo 6º, da Constituição. Pode-se afirmar que a lei já estará em vigor, mas ainda não é eficaz, isto é, não pode incidir sobre os fatos geradores em virtude de uma condição suspensiva garantidora da não-surpresa ao contribuinte. Tam-

---

<sup>12</sup> Essas afirmações aproximam-se da exposição de José Afonso da Silva em *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª. edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 52. O autor afirma: "A vigência, aqui, é tomada no seu sentido técnico-formal de norma que foi regularmente promulgada e publicada, com a condição de entrar em vigor em data determinada. Vigência (do verbo vigor, do latim *vigere*) é, no sentido indicado, a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, que a faz exigível, sob certas condições. Vigência, pois, é o modo específico da existência da norma jurídica. Vigência não se confunde com eficácia, como veremos mais embaixo; mas para que a eficácia se verifique é necessário que a norma comece a vigorar. A vigência é condição de efetivação da eficácia...". A diferença é que o constitucionalista não identifica distinção entre os conceitos de existência e vigência propriamente dita.

bém é o caso da norma objeto de decisão que defere medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade – ADI. Estará em vigor, com eficácia suspensa. Ou aquela declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de inconstitucionalidade após a edição de Resolução pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição. Tecnicamente, a norma, declarada inválida com efeito abrangente apenas das pessoas envolvidas no processo levado a julgamento no STF, tem sua vigência continuada, com eficácia suspensa, a partir da edição da referida Resolução, de forma *erga omnes*. O mesmo se pode afirmar em relação ao que acontece com norma supletiva eventualmente editada pelo Estado da Federação em matéria de competência concorrente quando a União passa a exercer sua atribuição de editar normas gerais (art. 24, parágrafo 4º, da Constituição).

Acontece o fenômeno inverso na retroação da lei.

Uma lei entra em vigor e passa a ser aplicável aos fatos. Em geral, aos fatos a partir de sua vigência. Mas poderia, em tese, até mesmo incidir sobre fatos passados.

Assim, a retroatividade da lei não altera sua vigência, que se dá sempre para o futuro, mas faz com que ela possa regular relações estabelecidas em fatos ocorridos no passado. É o caso da lei penal mais benéfica: é publicada, entra em vigor para o futuro, mas também incide sobre atos anteriores a este momento.

Devem ser apartados, portanto, os fenômenos da existência, da vigência, da validade, da eficácia e da aplicabilidade da norma.

Se os elementos constitutivos da norma não estiverem presentes, ela não existe e em regra sequer há necessidade de manifestação expressa neste sentido. Imaginemos uma “lei” elaborada pelos alunos de uma faculdade de Direito. O vício de atribuição do órgão elaborador é tão grave, tendo em vista que não é sequer órgão do Estado e nem em tese a poderia ter elaborado, que o ato não existe e isso não exige maior formalidade na verificação. Não há necessidade de um pronunciamento oficial a respeito do vício. Estaremos diante de uma “não-lei”.

Se os elementos compuserem a lei mas não forem adequados à previsão normativa na qual encontra fundamento, a referida lei é inválida e, para que se possa contrariar a presunção relativa de sua

constitucionalidade, é importante que haja declaração oficial neste sentido.

Prosseguindo, uma lei publicada entra em vigor imediatamente ou na data designada no futuro. E, em princípio, estará apta a incidir sobre os fatos por ela previstos, quando ocorrerem, se não pender uma condição suspensiva, e até mesmo sobre fatos passados, se for o caso. Diremos que é eficaz, pois tem aptidão genérica para incidir.

Poderá, ainda, ser aplicada a alguns fatos, mas não a outros, que estão fora de seu âmbito de incidência. Para os primeiros, terá aplicabilidade, será aplicável, mas não para os demais.<sup>13</sup>

Logo, é a partir da diferença entre os diversos atributos do ato normativo, em especial da distinção entre vigência e eficácia, que se deve efetuar o estudo da retroatividade da norma.

Neste sentido, vimos que é possível à norma, em tese, incidir sobre fatos passados – ter eficácia retroativa.

Resta saber se isto é desejável pelo Direito, como ele impede a retroação na medida em que não lhe interessa, como a permite quando lhe parece adequada, e se há critérios de avaliação de sua validade. Ainda, se a disciplina da irretroatividade é efetuada no Brasil através de princípio ou regra, com caráter absoluto ou relativo.

#### 4. IRRETROATIVIDADE: REGRA OU PRINCÍPIO?

No momento atual de desenvolvimento da dogmática jurídica é notório o esforço empreendido na compreensão do fenômeno normativo, em especial na distinção entre princípios e regras como espécies de normas.<sup>14</sup>

Partiremos de uma proposta conceitual de regra efetuada por Humberto Ávila:<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquele como potencialidade, esta como realizabilidade, praticidade." DA SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª. edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 55.

<sup>14</sup> Dentre outras, destacam-se, como obras de referência, DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1991 e ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. Por certo não se pretende, neste trabalho, aprofundar a discussão do tema além do que interessa ao fenômeno da retroação.

<sup>15</sup> *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª. edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70.

*“As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.”*

Para o autor gaúcho, a eficácia interna direta das regras é preliminarmente decisiva, isto é, as regras estabelecem uma solução provisória para determinado conflito de interesses já detectado pelo Poder Legislativo; possuem uma função definitiva “na medida em que delimitam o comportamento que deverá ser adotado para concretizar as finalidades estabelecidas pelos princípios” (eficácia interna indireta) e têm uma eficácia externa que é a de “estabelecer condutas” e “a de atribuir a um determinado sujeito a propriedade de ser competente para realizar determinado ato jurídico sobre uma matéria dada.”<sup>16</sup>

Neste sentido pode-se afirmar que a previsão “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” é uma regra, pois determina uma conduta ao legislador para que, se pretender editar uma lei retroativa, não possa prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. A competência para praticar o ato legislativo retroativo é dada ao legislador a partir de uma opção constitucional prévia de ponderação entre o princípio da segurança e o princípio da legalidade, diante da necessidade, ao mesmo tempo, de se garantir previsibilidade nas conseqüências da conduta humana, e a possibilidade de normatização de fatos passados, para regular atos que antes ou não estavam previstos ou foram previstos de forma indevida ou insuficiente na avaliação do Estado.

O mais importante a ser extraído da leitura desse dispositivo constitucional como regra é a conclusão de que ele não veda a retroação.

Pelo contrário, admite-a mesmo, desde que respeitadas as garantias referidas.

---

<sup>16</sup> *Op. cit.*, p. 82, 83 e 86.

Pode-se ler o dispositivo assim, como regra: a lei pode ser normalmente retroativa, desde que não prejudique o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. E vejamos a gravidade da consequência: se esta é a regra, a lei se aplica ao passado, mesmo implicitamente.

Para alguns, essa é a única leitura a ser feita. Como exemplo, cito parte de voto proferido, no Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Eros Grau:

*“Aqui neste Tribunal deixou-se bem claro, em inúmeros votos do Ministro Orosimbo Nonato, que a Constituição de 1946, ao contrário da 1891, não estabeleceu a proibição de leis retroativas, bastando-se afirmar que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Essas observações cabem qual uma luva à Constituição de 1988. Os mais atentos sabem que no Brasil, na vigência da Constituição de 1988, não há vedação da retroatividade das leis senão quando a retroação de uma delas prejudique direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada...Em outros termos: no Brasil, sob a égide da Constituição de 1988, a lei é, em princípio, retroativa. Apenas não pode (prossigo a transcrever Francisco Campos)”* *“alterar as situações jurídicas definitivamente constituídas retirando do patrimônio público ou privado direito que a ele tenha incorporado em virtude de fato ou de ato jurídico, ao qual a lei do tempo do seu evento ou da sua realização atribuiu a força de gerar aquele efeito.”*<sup>18</sup>

A interpretação parece ser insuficiente.

Isto porque, derivado do princípio da segurança jurídica, que por sua vez deriva do princípio do Estado de Direito,<sup>19</sup> há possibili-

---

<sup>17</sup> Direito Administrativo, vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 12: “A Constituição não determina, com efeito, que a lei não deve ser retroativa. O que ela prescreve é que a lei não poderá retroagir em prejuízo de direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada.”

<sup>18</sup> ADI nº. 3.128-DF, p. 581/582.

<sup>19</sup> Ver ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 296: “Recentemente o Supremo Tribunal Federal, com base em clássico estudo de COUTO E SILVA, decidiu que o princípio da segurança

dade de se extrair um princípio da irretroatividade do dispositivo do art. 5º, XXXVI, da Constituição.<sup>20</sup>

O princípio da irretroatividade busca imediatamente proteger a finalidade da previsibilidade e estabilidade das condutas humanas, possibilitando às pessoas que pautem suas condutas de acordo com a norma previamente editada e da qual se deu conhecimento.

Estabelece, como orientação geral, ao contrário da leitura que se pode obter do dispositivo como regra, um ideal de que a lei não deve atingir fatos passados, sob pena de gerar insegurança na sociedade, da seguinte forma: as leis não devem, em princípio, retroagir.

A irretroatividade, como princípio estabelecido com base no Estado de Direito, reforça o valor da eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade do Estado em relação aos cidadãos.

E isso é vital para a efetivação dos direitos fundamentais.

Como visto anteriormente, a questão da possibilidade de retroação da norma é especialmente cara aos direitos fundamentais, tendo em vista que esses direitos são configurados a partir de uma relação jurídica Estado-indivíduo, em que uma das partes, o Estado, tem o monopólio para estabelecer as regras do relacionamento.

O princípio do Estado de Direito impõe a aceitação do princípio da irretroatividade e faz com que a relação jurídica de direitos fundamentais, antes apoiada na vontade pura do Estado, desloque-se para condicioná-la à liberdade dos cidadãos, indicando ao Estado que se abstenha, *a priori*, de normatizar para atingir fatos ocorridos no passado.<sup>21</sup>

---

jurídica é sub-princípio do sobre princípio do Estado de Direito, da seguinte forma: 'Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (v. g. art. 2º). Em verdade, a segurança jurídica, como sub-princípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado a realização da própria idéia de justiça material...' (Petição nº. 2900, Rio Grande do Sul, Medida Cautelar, Decisão em 08.04.2003, Relator Ministro Gilmar Mendes, Informativo do Supremo Tribunal Federal, nº. 310, transcrições)."

<sup>20</sup>Idem, p. 142. O autor apresenta comentário sob foco da previsão de irretroatividade da lei tributária: "Na perspectiva da espécie normativa que a exterioriza, a proibição de retroatividade é bidimensional. Sua dimensão normativa preponderante é de regra, na medida em que descreve o comportamento a ser adotado pelo Poder Legislativo, ...É preciso enfatizar, porém, que a irretroatividade possui sentido normativo indireto de princípio, na medida em que estabelece o dever de buscar um ideal da previsibilidade, de estabilidade, de cognoscibilidade, de confiabilidade e de lealdade."

<sup>21</sup>No mesmo sentido, ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Valladolid: Trotta, 1995, p. 23/24: "La tradicional concepción de la organización estatal, apoyada solo sobre el principio de autoridad, comienza a experimentar un

Portanto, não apenas a regra da irretroatividade da lei traz segurança aos direitos fundamentais, protegendo a situações de direito adquirido, de ato jurídico perfeito e coisa julgada, mas também e especialmente o princípio da irretroatividade, ao exigir do Estado que, na atividade normativa de relação jurídica entre ele e os indivíduos, abstenha-se, como orientação geral, de disciplinar fatos já ocorridos, isto é, não abuse de sua posição de vantagem de ser parte e normatizador ao mesmo tempo, pois de outra forma acabará por prejudicar padrões de previsibilidade e estabilidade nas condutas.

O princípio da irretroatividade, ao excluir, *a priori*, a retroação normativa, passa a exigir, para que ela ocorra, previsão expressa em lei e a sujeita a uma avaliação de relevância no fim protegido que justifique o sacrifício, pelo menos em parte, da segurança da relação.<sup>22</sup> Ausente a relevância do valor que tenha ensejado a aprovação da norma retroativa, esta fica passível de declaração de invalidade, por agressão à Constituição.

Pode-se então concluir a respeito da interpretação do dispositivo do art. 5º, XXXVI, da Constituição: é um princípio e uma regra, da qual se extrai o seguinte comando normativo: a lei não deve, *a priori*, retroagir; se o fizer, que seja de forma expressa, para a proteção justificável de relevante bem jurídico, e sem agredir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Portanto, a irretroatividade não é absoluta. A retroação não deve, mas pode ocorrer, sob determinadas condições permitidas pela Constituição.

Consolidada a conformação da irretroatividade, resta verificarmos como o Supremo Tribunal Federal a tem interpretado em sua jurisprudência.

---

*cambio. El sentido general del Estado liberal de derecho consiste en el concidionamiento de la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad, en el marco del equilibrio recíproco establecido por la ley. Éste es el núcleo central de una importante concepción del derecho preñada de consecuencias.*"

<sup>22</sup> A importância da leitura do dispositivo como princípio realirma a imposição ética no relacionamento entre o Estado e indivíduo, legitimando o poder. Como comentam ATIENZA, Manuel e RUIZ MANERO, Juan em *Las piezas del derecho – Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996, p. 25: "...el poder del Derecho en la sociedad aumenta también la demanda de que ese poder esté limitado por criterios morales que los ordenamientos jurídicos tienden a incorporar bajo la forma de derechos humanos o derechos fundamentales. Por eso, los principios jurídicos encuentran una formulación cada vez más explícita en las declaraciones de derechos recogidas en las Constituciones."

## 5. A IRRETROATIVIDADE DAS NORMAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O Supremo Tribunal Federal possui diversos precedentes de aplicação do dispositivo da irretroatividade, desde antes da edição da atual Constituição.

Em linhas gerais, verifica-se que as decisões encontram-se baseadas na distinção da abrangência da retroação e nos efeitos diversos da retroação em relação às espécies normativas constitucional e legal.

Serão estudados quatro casos paradigmáticos, esperando-se, com isso, traçar um perfil dos principais posicionamentos do Tribunal a respeito da matéria: o primeiro é de um julgamento anterior à Constituição de 1988 e tem como principal questão a delimitação da possibilidade de retroação por norma constitucional editada por emenda; no segundo, apura-se a capacidade de incidência imediata da nova Constituição; no terceiro, a aplicação da norma legal, e no quarto qual a atual orientação do Supremo Tribunal Federal na admissibilidade ou não de retroação de norma de emenda constitucional, após a Carta de 1988.

**1º. caso:** RE nº. 94.414-1, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 13 de fevereiro de 1985.

Relato: o art. 114, I, da Constituição de 1967, com redação dada pela EC nº. 1/69, dispunha: "Art. 114. É vedado ao juiz, sob pena de perda do cargo público: I – exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo um cargo de magistério e nos casos previstos nesta Constituição."<sup>23</sup>

Em 1977 foi editada a EC nº. 7, que deu nova redação ao inciso, estabelecendo: "I – exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular, e nos casos previstos nesta Constituição."

Com isso, houve maior restrição à liberdade de exercício de outra atividade por magistrado, mediante dispositivo com redação

---

<sup>23</sup> A Emenda Constitucional nº. 1/69 não inovou nesta matéria e manteve o mesmo conteúdo normativo do art. 109, I, da Constituição de 1967.



dada por emenda constitucional. Enquanto a regra original impedia que o juiz exercesse outra função pública, salvo um cargo de magistério, o que significa dizer que poderia exercer livremente outras funções privadas e, mesmo no caso de magistério, não necessariamente seria de nível superior, a redação dada pela EC nº. 7/77 limitava, a partir dela, o exercício de outra atividade por magistrado a uma função pública ou privada de magistério superior.

Alguns juízes, investidos nos cargos antes da entrada em vigor da EC nº. 7/77, questionaram a aplicabilidade da alteração, sob fundamento de que a emenda constitucional não poderia retroagir para abranger a situação funcional deles, já consolidada.

O controle de constitucionalidade foi efetuado tendo, por norma objeto, a nova redação do art. 114, I, da Constituição, com redação dada pela EC nº. 7/77 e, por norma paradigma, o art. 150, parágrafo 3º, daquela Constituição, que vedava à lei agredir direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Neste julgamento, o Supremo Tribunal Federal definiu a aplicabilidade imediata das normas constitucionais, sem que se pudesse invocar contra elas a figura do direito adquirido. Foi fixado o entendimento de que a regra da impossibilidade de agressão pela lei ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada dirige-se apenas ao legislador ordinário, e não ao constituinte, seja ele originário, seja ele derivado. Apoiado nas lições de João Barbalho (*Constituição Federal Brasileira – Comentários*, 1902, p. 42), Carlos Maximiliano (*Comentários à Constituição de 1946*, v. III, 5ª. edição, 1954, nº. 505, nota 7, e *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*, 1946, p. 60), Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº. 1 de 1969*, tomo I, p. 538 e tomo VI, p. 389) e Bento de Faria (*Aplicação e Retroatividade da Lei*, 1934, p. 25), o Supremo afirmou que se o Poder Constituinte, originário ou derivado, determina a imposição da regra, o interesse pelo bem comum exige sua aplicação imediata sobre os efeitos futuros (impedimento, a partir dali, do exercício de outra função, pública ou privada, que não seja a do magistério superior) de fatos passados (investidura pretérita em cargo de magistrado).

Destaco a passagem seguinte do voto do relator, por seu teor explicativo: "...a Constituição aplica-se de imediato, não desfaz efei-

tos passados de fatos passados (salvo se expressamente estabelecer o contrário), mas alcança os efeitos futuros de fatos a ela anteriores (exceto se os ressaltar de modo inequívoco).”<sup>24</sup>

Conclusão: De acordo com o precedente, apoiado em lições doutrinárias praticamente consensuais à época, não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do Poder Constituinte originário ou do Poder Constituinte derivado.

Obs: as normas objeto de análise, os fatos e a decisão foram anteriores à Constituição de 1988.

2º. caso. RE nº. 140.499-0, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 12 de abril de 1994.

Relato: Alguns benefícios especiais de pensão por morte foram concedidos pela Administração Pública do Estado de Goiás, antes da Constituição de 1988, vinculados ao valor do salário mínimo. Isto significava que toda vez que houvesse nova estipulação do valor do salário mínimo, automaticamente seriam aumentadas as pensões. A nova Carta, no art. 7º, IV, vedou a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Após sua edição, o Estado aplicou índice de reajuste diferente do utilizado pela União para atualizar o salário mínimo. As pensionistas, no processo, sob argumento de consolidação de direito adquirido, sustentaram a não aplicação do dispositivo constitucional ao caso delas, uma vez que estariam protegidas por direito adquirido.

O controle de constitucionalidade foi efetuado tendo, por norma objeto, a norma legal editada após a Constituição de 1988, que desvinculou o reajuste das pensões da modificação do valor do salário mínimo, por força do art. 7º, IV, da Constituição e, por norma paradigma, o art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, que veda à lei agredir direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Neste julgamento, o Supremo Tribunal Federal reafirma a impossibilidade de invocação de direito adquirido em face de nova Constituição, cujas normas devem ter eficácia imediata, aplicando-se aos efeitos futuros de fatos passados.

---

<sup>24</sup> P. 236.

O precedente é relevante para identificar o conceito de retroatividade mínima, média e máxima. Destaca-se, assim, a seguinte passagem do voto do relator:

*“Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que os dispositivos constitucionais têm vigência imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima). Salvo disposição expressa em contrário – e a Constituição pode fazê-lo –, eles não alcançam os fatos consumados no passado nem as prestações anteriormente vencidas e não pagas (retroatividade máxima e média).”*

O posicionamento do Min. Moreira Alves nessa matéria tem por base os ensinamentos de Matos Peixoto, que assim expunha o tema:

*“Dá-se a retroatividade máxima (também chamada restituitória, porque em geral restitui as partes ao ‘status quo ante’), quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados (transação, pagamento e prescrição)...A retroatividade é média quando a lei nova atinge o efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela...enfim a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor.”<sup>25</sup>*

No mesmo sentido é a lição de Paul Roubier:

*“Se a lei pretende aplicar-se aos fatos realizados (facta praeterita), é ela retroativa; se pretende aplicar-se a situações em curso (facta pendentia), convirá estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da modificação da legislação, que não poderão ser atingidas sem retroatividade, e as*

---

<sup>25</sup>“Limite temporal da lei”. Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, v. IX, p. 9 a 47.

*partes posteriores, para as quais a lei nova, se ela deve aplicar-se, não terá efeito imediato; enfim, diante dos fatos a ocorrer (facta futura), é claro que a lei não pode jamais ser retroativa.*"<sup>26</sup>

Aplicando os ensinamentos ao caso, teremos: a norma constitucional editada pelo Poder Constituinte Originário deve ser imediatamente aplicada aos fatos pendentes e aos futuros, isto é, a partir de sua edição, atinge o direito adquirido e impede que as pensões antigas sejam reajustadas por vinculação automática ao aumento do salário mínimo (aplicação imediata à parte posterior do *facta pendentia*), bem como atinge a expectativa de direito ao vedar que as novas pensões a serem concedidas, para as quais nem todos os requisitos se encontravam presentes quando entrou em vigor a nova norma constitucional, estipulem o salário mínimo como referência de reajuste (*facta futura*).

A retroação mínima de qualquer norma constitucional original é fenômeno que ocorre naturalmente. A norma constitucional pode, ainda, mas desde que o faça de forma expressa, ter aplicação retroativa máxima sobre fatos passados (*facta praeterita*), desconstituindo direito consumado e determinando a devolução da diferença entre o reajuste sob novo índice estipulado e o da vinculação ao salário mínimo sobre as competências passadas e recebidas de pensão; e retroação média sobre a parte passada dos fatos pendentes (parte passada do *facta pendentia*), desconstituindo direito adquirido e impedindo que as pensionistas recebam competências anteriores à Constituição, mas ainda não pagas, com reajuste por vinculação ao salário mínimo.

A partir dessas afirmações, é possível organizar-se o seguinte quadro quanto à eficácia das *normas constitucionais* e sua retroatividade:

---

<sup>26</sup> " Si la loi prétend s'appliquer à des faits accomplis (*facta praeterita*), elle est retroactive; si elle prétend s'appliquer à des situations en cours (*facta pendentia*), il faudra établir une séparation entre les parties antérieures à la date du changement de législation, qui ne pourraient être atteintes sans rétroactivité, et les parties postérieures, pour lesquelles la loi nouvelle, si elle doit s'appliquer, n'aura jamais qu'un effet immédiat; enfin, vis-à-vis des faits à venir (*facta futura*), il est clair que la loi ne peut jamais être rétroactive." *Op. cit.*, p. 177.

## QUADRO 1

INCIDÊNCIA SOBRE...	<b>FACTA</b>	DIREITO AGREDIDO	RETROAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL
Título anterior à nova constituição com efeitos passados ainda não fruídos	<i>Praeterita</i>	Consumado	Máxima. Possível, desde que a constituição tenha referência expressa
Título anterior à nova constituição com efeitos passados ainda não fruídos	Parte anterior do <i>facta pendente</i>	Adquirido	Média. Possível, desde que a constituição tenha referência expressa
Título anterior à nova constituição com efeitos futuros a ela	Parte posterior do <i>facta pendente</i>	Adquirido	Mínima. Aplicação imediata da constituição. Ocorre em regra, sem necessidade de referência expressa
Título posterior à nova constituição	<i>Futura</i>	Expectativa de direito	A rigor não é caso de retroação. Aplica-se a nova norma constitucional.

Assim é que se afirma que não há direito adquirido em face da Constituição.

A nova norma constitucional aplica-se imediatamente sobre os efeitos futuros fixados em título anterior à norma (retroação mínima), desconstituindo direito adquirido. Também se aplica aos títulos que ainda não ingressaram no patrimônio da pessoa, pois os requisitos não foram completados sob vigência da regra anterior, impedindo que a expectativa de direito se realize com a transformação em direito adquirido. Nessa última situação não há agressão a direito

adquirido. E dela se cunha a afirmação de que não há direito adquirido a regime jurídico e consigna que o direito não é adquirido tão-só pela previsão normativa, mas sim pela ocorrência de todos os fatos previstos em lei para tanto.

Obs.: o julgamento envolveu aplicação de norma constitucional editada pelo Poder Constituinte Originário sobre título jurídico anterior à Constituição.

**3º. caso:** ADI nº. 493-0, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 25 de junho de 1992.

Relato: Foram pactuados contratos de mútuo vinculados ao sistema brasileiro de habitação com previsão de atualização do saldo devedor pelo Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP). A Medida Provisória nº. 294/1991, convertida na Lei nº. 8.177/91, alterou a forma de atualização do referido saldo, passando a adotar a Taxa Referencial (TR) como critério, com pretensão de ser aplicada não só aos contratos futuros, mas também aos reajustes futuros de contratos lavrados anteriormente à sua entrada em vigor.

A questão que envolve o processo é a possibilidade ou não de a lei nova ser aplicada para alterar, no futuro, os critérios de atualização de saldo devedor de contratos pactuados antes, isto é, se a lei pode ter retroação mínima.

O controle de constitucionalidade foi efetuado tendo, por norma objeto, os dispositivos da MP nº. 294/91 e da lei de conversão, Lei nº. 8.177/91, que introduziram a TR como índice de reajuste a ser aplicado a todos os contratos lavrados antes ou depois das novas regras. A norma paradigma é o art. 5º., XXXVI, da Constituição de 1988, que veda à lei agredir direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Neste julgamento, o Supremo Tribunal Federal afirma a possibilidade de aplicação da nova norma infraconstitucional somente aos contratos (títulos) lavrados depois de sua edição. E impede que a lei tenha retroação mínima.

A Corte, neste caso, deixa patente que aplicar a lei nova aos efeitos futuros de fato passado (retroação mínima) é modalidade de retroação vedada pela Constituição.

A respeito do tema, consta no voto do relator:

*“Quanto à terceira espécie (de retroação) – a da retroatividade mínima -, há autores que sustentam que, nesse caso, não se verifica, propriamente, a retroatividade, ocorrendo, aí, tão somente a aplicação imediata da lei...Essas colocações são manifestamente equivocadas, pois dúvida não há de que, se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa porque vai interferir na causa, que é um fato ocorrido no passado. Nesse caso, a aplicação imediata se faz, mas com efeito retroativo.”<sup>27</sup>*

Além disso, o Supremo Tribunal também se pronunciou categoricamente no sentido de que o preceito constitucional que determina que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada aplica-se a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva.

Outra passagem do voto do relator que merece destaque:

*“No direito brasileiro, o princípio do respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido é de natureza constitucional, e não excepciona de sua observância por parte do legislador lei infraconstitucional de qualquer espécie, inclusive de ordem pública, ao contrário do que sucede em países como a França em que esse princípio é estabelecido em lei ordinária, e, conseqüentemente, não obriga o legislador (que pode afastá-lo em lei ordinária posterior), mas apenas o juiz, que, no entanto, em se tratando de lei ordinária de ordem pública, pode aplicá-la, no entender de muitos, retroativamente ainda que ela silencie a esse respeito.”<sup>28</sup>*

---

<sup>27</sup> P. 302 e 303. Dois autores merecem referência no posicionamento afastado pelo Supremo Tribunal Federal: PLANIOL. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, vol. 1, p. 95., e ROUBIER, Paul. *Op. cit.*, p. 177.

<sup>28</sup> P. 304.

Podemos nos utilizar de um exemplo mais completo para a compreensão do fenômeno da retroação da norma infraconstitucional.

Suponhamos que uma lei estipule um limite máximo X como índice de juros de mora para determinados contratos e duas pessoas contratem com a fixação do referido índice X permitido em lei. O devedor de uma obrigação decorrente do contrato fica inadimplente por um período. Paga algumas prestações em atraso com juros no índice fixado. Outras competências vencidas, em atraso, ainda não foram pagas e é então editada nova lei reduzindo a fixação do índice máximo de juros de mora para  $X/2$ .

Se essa lei somente fosse aplicada aos contratos lavrados após o início de sua eficácia, teria efeito para o futuro (incidirá sobre *facta futura*), que é admitido pela Constituição. Não há nenhuma limitação a isso, pois a lei não seria retroativa.

Se a lei determinasse que a nova taxa de juros seria aplicada às competências vincendas em relação a sua entrada em vigor (incidência sobre os efeitos futuros de fatos passados, isto é, parte posterior do *facta pendentia*), incidindo sobre contratos lavrados antes (hipótese semelhante à da aplicação da TR), teria eficácia mínima, o que é vedado pela Constituição.

Se a lei impedisse ao credor a percepção de valores de competências vencidas inadimplidas antes da entrada em vigor da lei, teria eficácia retroativa média, o que também não é admitido pela Constituição.

E se a nova lei determinasse a devolução de valores recebidos em competências pretéritas com base na diferença entre a taxa de juros X pactuada e a  $X/2$ , prevista na nova lei, teria retroatividade máxima, o que também não seria permitido.

Em relação a normas infraconstitucionais, não é possível qualquer modalidade de retroação, mínima, média ou máxima, seja por lei de ordem pública ou privada.

Portanto é possível organizar-se o seguinte quadro quanto à eficácia das *normas infraconstitucionais* e sua retroatividade:



## QUADRO 2

INCIDÊNCIA SOBRE...	<b>FACTA</b>	DIREITO AGREDIDO	RETROAÇÃO DA NORMA LEGAL
Título anterior à nova lei com efeitos passados já fruídos	<b><i>Praeterita</i></b>	Consumado	Máxima. Não é possível
Título anterior à nova lei com efeitos passados ainda não fruídos	Parte posterior do <b><i>facta pendentia</i></b>	Adquirido	Média. Não é possível
Título anterior à nova lei com efeitos futuros a ela	Parte posterior do <b><i>facta pendentia</i></b>	Adquirido	Mínima. Não é possível.
Título posterior à nova lei	<b><i>Futura</i></b>	Expectativa de direito	A rigor, não é caso de retroação. Aplica-se a nova norma legal.

Obs.: o julgamento envolveu aplicação de norma infraconstitucional sobre título jurídico anterior à nova lei.

4º. caso: ADI nº. 3.128-7, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para acórdão Min. Cezar Peluso. Julgamento em agosto de 2004.

Relato: O art. 4º da EC nº. 41/2003 previu a incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e pensões concedidas pela Administração Pública antes de sua edição. Foi então proposta ADI que, dentre diversos objetos, impugnava a referida cobrança, sob vários argumentos, sendo um deles a impos-

sibilidade de aplicação de emenda constitucional retroativa agressora de direito adquirido.

Para o que interessa ao trabalho, a principal questão posta em julgamento diz respeito à possibilidade de cobrança de contribuição previdenciária incidente sobre proventos de aposentadorias e pensões concedidas até o dia 31/12/2003, véspera da data da entrada em vigor da EC nº. 41/2003.

Na sessão de julgamento havia muita expectativa sobre qual posicionamento seria adotado pelo Supremo Tribunal Federal, após a Constituição de 1988, a respeito da possibilidade ou não de emenda constitucional desrespeitar direito adquirido. Relembre-se que o entendimento da Corte anteriormente era no sentido de que a limitação contra a retroação somente abrangia atos legislativos infraconstitucionais (conforme estudo anterior do caso 1).

Não foi desta vez.

No julgamento da ADI nº. 3.128-7, o Supremo Tribunal Federal deixou de expressar seu posicionamento a respeito do tema, pois a maioria dos ministros afirmou que não havia direito adquirido à não tributação futura, isto é, o título de aposentadoria ou pensão anterior não confere regra de imunidade tributária. E por não se estar diante de violação a direito adquirido não haveria necessidade de pronunciamento, neste caso, sobre a possibilidade ou não emenda constitucional agredi-lo.

Mas isso não significa que não se possam extrair alguns ensinamentos do julgamento, uma vez que alguns ministros pronunciaram-se formalmente.

Os ministros Carlos Ayres Britto, Celso de Mello, Marco Aurélio e Ellen Gracie votaram no sentido da inconstitucionalidade da cobrança por violação do direito adquirido e afirmaram que emenda constitucional não pode agredi-lo.

O Ministro Joaquim Barbosa afirmou que a cláusula da irretroatividade do art. 5º, XXXVI, da Constituição “protege os direitos adquiridos contra iniciativas do legislador infraconstitucional, e não do constituinte derivado.”<sup>29</sup> Na mesma linha indicativa, apesar

---

<sup>29</sup> P. 496.

de não ter feito a afirmação expressamente, parece caminhar o voto do ministro Nelson Jobim.<sup>30</sup>

Os demais ministros, dentre eles Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence, não se pronunciaram sobre a questão.

Logo, pode-se afirmar, no momento da redação do trabalho, que ainda não há maioria configurada no Supremo Tribunal Federal para modificar o entendimento tradicional de que o dispositivo do art. 5º, XXXVI, da Constituição, não limita a atuação do Poder Constituinte Derivado.

E a questão merece análise.

O ministro Celso de Mello, em seu voto, afirma:

*“Cumpre registrar, neste ponto, que não apenas os atos legislativos comuns, mas quaisquer outras espécies normativas – incluída, também, a própria emenda à Constituição – devem observar em seu processo de formação, a cláusula constitucional pertinente do direito adquirido, sob pena de, em assim não ocorrendo, incidirem em situação de inconstitucionalidade material.”<sup>31</sup>*

Essa é a postura moderna mais comum entre os professores de Direito Constitucional.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> P. 769: “Lá, Ministro Sepúlveda Pertence, (refere-se à última Assembléia Nacional Constituinte) o discurso era exatamente este: falava-se na lei infraconstitucional. Por quê? Porque sempre tive presente, no processo constituinte, que a petrificação contra a Constituição, quando as necessidades sociais possam determinar situações adversas, corresponde a empurrar governos para a ilegalidade e para o golpe, no sentido de derrubar a Constituição para reformá-la. Isso, as Constituições, na sua manutenção e na sua plasticidade futura, não podem impor à sociedade.”

<sup>31</sup> P. 707.

<sup>32</sup> Ver BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 52; DA SILVA, José Afonso. “Reforma Constitucional e Direito Adquirido”. *In: Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 221-333; BRITTO, Carlos Ayres e PONTES FILHO, Waldir. “Direito Adquirido contra Emenda Constitucional”. *In Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, nº 202:75-90, 1995; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 191-204; FERREIRA, Luiz Pinto. “Emendas à Constituição, as Cláusulas Pétreas e o Direito Adquirido”. *In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, nº 1: 203-224, 2003; HORTA, Raul Machado. “Constituição e Direito Adquirido”. *In Revista de Informação Legislativa* nº 112. Brasília: Senado Federal, 1991, p. 860; DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle de Constitucionalidade*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. RAMOS, Elival da Silva. *A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 228-242. Contra, SARMENTO, Daniel. “Direito Adquirido, emenda constitucional, democracia e reforma da previdência.” *In: TAVARES, Marcelo Leonardo (Org.). A Reforma da Previdência Social – temas polêmicos e aspectos controvertidos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 1-48, sob fundamento de que, como não há direito individual absoluto, a cláusula impeditiva de agressão a direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, quando aplicada a emendas constitucionais, pode ser objeto de ponderação com outros valores protegidos pela Constituição.

O raciocínio mais difundido é o de que a Constituição de 1988, além de repetir a fórmula adotada por todas as Constituições desde 1934, menos a de 1937, da redação “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, protegeu ainda, como cláusula pétrea, os direitos individuais – “Art. 60....parágrafo 4º: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:...IV – os direitos e garantias individuais.”, dentre os quais o inciso XXXVI, do art. 5º.

Logo, a emenda constitucional não poderia também agredir direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito. Sob este argumento, a inclusão dos direitos e garantias individuais como cláusula pétrea, proibitiva de elaboração de proposta de emenda tendente a aboli-los, faria com que, obrigatoriamente, se obtivesse uma interpretação do termo “lei” no dispositivo “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” como qualquer ato normativo que não fosse produto do legislador constituinte originário. Logo, a partir de 1988, ficaria prejudicada a aplicação dos precedentes históricos na matéria, lavrados anteriormente, que não estendem à emenda constitucional a impossibilidade de agressão ao direito adquirido.

Valem como referência as afirmações de Carlos Ayres Britto e Valmir Pontes Filho:

*“...se a referência apenas à lei, em tema de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, fosse um abre-te sésamo para a edição de emendas, cairíamos todos numa contradição grotesca, que a nossa Constituição também só mencionou a lei, e não a emenda, enquanto veículo de imposição de deveres de conteúdo positivo, ou negativo (‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’). E a falta de menção às emendas significaria a imprestabilidade delas para obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa? À toda evidência, não! Diga-se o mesmo da norma constitucional que proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário ‘lesão ou ameaça da direito’ (art. 5º, inciso XXXV), que nem por silenciar quanto às emendas, está liberando qualquer delas para interditar o acesso de toda pessoa privada às instâncias judicantes na matéria.”*

Talvez seja adequada a verificação do que os autores denominaram de “contradição grotesca”.

De início, para voltar a afirmar que é absolutamente incomum tão-só se ter, em nível constitucional, proteção contra agressão normativa a direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Além disso, verifica-se que, no Brasil, desde a década de 1930, tem-se a proteção normativa nas Constituições, e não foram poucas (1934, 1946, 1967, EC nº. 1/69 e 1988), sempre com a adoção da mesma fórmula “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” e que foi com base na leitura deste dispositivo que, repita-se, em nada foi alterado na Constituição de 1988, que o Supremo Tribunal Federal fundou o entendimento de que o termo “lei” deve ser lido como “norma infraconstitucional” e não como norma constitucional, seja oriunda do Poder Constituinte Originário, seja do Poder Constituinte Derivado.

A proteção dos direitos e garantias individuais, alçados a cláusula pétrea impeditiva de elaboração de proposta tendente a abolí-los em nada muda a proteção do conteúdo material da cláusula do art. 5º, XXXVI, da Constituição.

A novidade introduzida pela Constituição de 1988 é a impossibilidade de proposta de emenda pretender revogar ou erodir exageradamente a previsão do referido inciso. Seria inconstitucional, por exemplo, uma emenda constitucional que pretendesse abrogar a previsão do art. 5º, XXXVI, pois ele está protegido contra isso, mas, parece-me, não há respaldo na Constituição para prosseguir o raciocínio e afirmar que, materialmente, o conteúdo normativo do termo “lei” é outro a contar de 1988, e passa a incluir emendas constitucionais.

As afirmações de Carlos Ayres Britto e Valmir Pontes Filho podem ser refutadas: quando há previsão constitucional de dever de conteúdo positivo para o Estado, como ocorre em “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, em que há determinação para que o Estado somente possa regular situações de obrigação do indivíduo mediante ato normativo dotado de generalidade e abstração, com a utilização do termo “lei”, pode-se concluir que a emenda poderá impor obrigação ao indivíduo, pois é ato normativo superior à lei. Se a lei pode, a emenda

também pode regular obrigações para as pessoas. Portanto, a referência não é de muita utilidade.

Quanto à imposição de conteúdo negativo para o Estado, a questão não é simples. O exemplo utilizado foi “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos”. E os autores indicam que, nem por silenciar quanto às emendas, está liberado a qualquer delas interditar o acesso de pessoa privada às instâncias judicantes.

Mas a emenda, ao alterar o sistema constitucional de repartição de competências, pode afastar do conhecimento do Poder Judiciário algumas questões. Foi o que ocorreu, por exemplo, quando a EC nº. 45/2004 deu competência ao Senado para julgamento, cujo mérito não pode ser controlado por qualquer órgão do Poder Judiciário, dos membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público. O mesmo se pode dizer se emenda constitucional também atribuísse ao órgão político do Senado competência para julgamento de ocupantes de outros cargos, como o Presidente do Banco Central, excluindo do Poder Judiciário o conhecimento das questões de mérito, que são incontrolláveis.

Reconheço o perigo da tese em um país que tem compulsão pelas emendas constitucionais e que pouco preza a segurança das relações jurídicas.

Mas não me parece ser este o argumento jurídico a fim de indicar seja outra a conclusão: a regra impeditiva de agressão a direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, XXXVI) limita apenas a eficácia retroativa de atos normativos *infraconstitucionais*. A partir de 1988, o referido inciso não pode mais ser abolido ou erodido substancialmente por emenda constitucional.

Daí advém a importância da leitura da irretroatividade também como princípio, conforme anteriormente comentado, para exigir do Estado que, na atividade de normatizar relação jurídica entre ele e os indivíduos, mesmo por normas constitucionais, abstenha-se, como orientação geral, de disciplinar fatos já ocorridos, isto é, não abuse de sua posição de vantagem de ser parte e normatizador ao mesmo tempo e acabe por prejudicar padrões de previsibilidade e estabilidade nas condutas dos humanas.

É a irretroatividade como princípio que impede, *a priori*, a

retroação de qualquer norma, mesmo a de natureza constitucional, de forma relativa, e passa a exigir uma justificativa de proteção de um valor relevante para permitir a aplicação da norma a fatos pretéritos, sob pena, de, aí sim, ser considerada inválida.

## 6. CONCLUSÃO

Ao final do trabalho, podemos resumir os seguintes pontos:

a. O Estado tem posição de vantagem em relação ao indivíduo na relação de direitos fundamentais, pois monopoliza a regulação normativa dos direitos e obrigações;

b. O Brasil adota, desde a Constituição de 1934, e exceto na de 1937, a teoria subjetiva da retroação normativa, mediante o dispositivo “a lei não prejudicará do direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988);

c. A teoria subjetiva não impede, como premissa, a retroação normativa, desde que protegidas determinadas situações subjetivas, dentre as quais a do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada;

d. Uma norma não pode ter vigência para o passado. Uma lei entra em vigor e passa a ser aplicável aos fatos. Em geral, aos fatos a partir de sua vigência. Mas poderia, em tese, até mesmo incidir sobre fatos passados. A retroatividade da lei não altera sua vigência, que se dá sempre para o futuro, mas faz com que ela possa regular relações estabelecidas em fatos ocorridos no passado. Portanto, a retroação é fenômeno ligado à eficácia da norma;

e. O art. 5º, XXXVI, da Constituição, é um princípio e uma regra, da qual se extrai o seguinte comando normativo: a lei não deve, *a priori*, retroagir; se o fizer, que seja de forma expressa, para a proteção justificável de relevante bem jurídico, e sem agredir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. A irretroatividade não é absoluta. A retroação não deve, mas pode ocorrer, sob determinadas condições permitidas pela Constituição. Por este enunciado, a irretroatividade não é absoluta;

f. O posicionamento tradicional do STF, antes da Constituição de 1988, permite a aplicabilidade imediata das normas constitucionais, sem que se possa invocar contra elas a figura do direito adqui-

rido. A regra da impossibilidade de agressão pela lei ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada dirige-se apenas ao legislador ordinário, e não ao constituinte, seja ele originário, seja ele derivado.

g. Os dispositivos constitucionais têm vigência imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima). Salvo disposição expressa em contrário – e a Constituição pode fazê-lo –, eles não alcançam os fatos consumados no passado nem as prestações anteriormente vencidas e não pagas (retroatividade máxima e média);

h. Em relação a normas infraconstitucionais, não é possível qualquer modalidade de retroação, mínima, média ou máxima, seja por lei de ordem pública ou privada;

i. Ao contrário da opinião da maioria dos professores de Direito Constitucional, mesmo após a Constituição de 1988 a regra impeditiva de agressão a direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, XXXVI) limita apenas a eficácia retroativa de atos normativos infraconstitucionais. No entanto, o princípio da irretroatividade exige do Estado que, na atividade normativa de relação jurídica entre ele e os indivíduos, também por normas constitucionais, abstenha-se, como orientação geral, de disciplinar fatos já ocorridos, isto é, não abuse de sua posição de vantagem de ser parte e normatizador ao mesmo tempo e acabe por prejudicar padrões de previsibilidade e estabilidade nas condutas humanas, e

j. O princípio da irretroatividade jurídica é o que impede, a *priori*, a retroação de qualquer norma, mesmo a de natureza constitucional, de forma relativa, e passa a exigir uma justificativa de proteção de um valor relevante para permitir a aplicação da norma a fatos pretéritos, sob pena, de, aí sim, ser considerada inválida. ☐