ANA CLAUDIA DO REGO CONSANI

**OS DIREITOS ADQUIRIDOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
DE 1988**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2009

ANA CLAUDIA DO REGO CONSANI

**OS DIREITOS ADQUIRIDOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
DE 1988**

Dissertação de Mestrado no programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Alexandre de Moraes.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO - 2009

BANCA EXAMINADORA

Para Leonardo, meu marido, pelo amor e
companheirismo.

Para Maria do Carmo e Rodolpho, meus
pais, pelo constante exemplo e incentivo.

Agradeço ao Professor Alexandre de Moraes, pelos ensinamentos, pela constante e paciente presença acadêmica e pelo exemplo de dedicação e disciplina, que inspiram meu desenvolvimento profissional.

Agradeço à Fernanda Ghiuro Valentini Fritoli, pela dedicação e amizade sempre presentes.

Agradeço também a todos aqueles que me auxiliaram com pesquisas, sugestões e soluções, que tornaram possível esse trabalho.

RESUMO

Num país de férteis mudanças e alterações constitucionais como o Brasil, o tema direitos adquiridos desperta especial interesse da doutrina e da jurisprudência. A presente dissertação procura apresentar os contornos e limites de tais direitos subjetivos, abordando o tratamento que lhes foi conferido pela Constituição Federal de 1988, através do estudo de sua cláusula constitucional de proteção frente às novações normativas (art. 5º, inc. XXXVI), com amparo no exame das principais categorias de Direito Intertemporal.

No tocante à proteção constitucional dos direitos adquiridos e seu alcance, analisa-se detalhadamente a cláusula de garantia, com o exame de suas principais controvérsias à luz da doutrina e jurisprudência pátrias. Buscou-se fixar e entender a extensão da proteção dos direitos adquiridos na Constituição Federal de 1988, verificando-se os impactos da opção do legislador constituinte originário em petrificar essa garantia na Lei Maior, bem como a possibilidade de sua oposição face às manifestações do Poder Constituinte. Para tanto, são recordados os conceitos e características de cada uma das espécies de Poder Constituinte, com a apresentação das principais orientações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto.

Palavras-chave: direitos adquiridos, retroatividade, intertemporalidade, Direito Intertemporal, Poder Constituinte, Direito Constitucional.

ABSTRACT

In a country of fertile constitutional changes and modifications such as Brazil, the issue of vested rights arouses special interest of the doctrine of jurisprudence. This essay intends to present the contours and limits of such subjective rights, addressing the treatment given to them by the Federal Constitution of 1988, through the study of its constitutional clause of protection in relation to legislative innovations, with support in the examination of the main categories of intertemporal law.

Regarding the protection of constitutional rights and their scope, it examines in detail the guarantee clause, with the examination of its major controversies in the light of national doctrine and jurisprudence. It intends to fix and understand the extension of the protection of vested rights in the Constitution of 1988, analyzing the impacts of the choice made by the constituent legislature in petrifying this guarantee in the Constitution, as well as the possibility of its opposition to the manifestations of Constituent Power. In this matter, the concepts and characteristics of each species of Constituent Power are recalled, with the presentation of the major doctrinal and jurisprudential guidelines on the subject.

Keywords: vested rights, retroactivity, intertemporality, intertemporal law, Constituent Power, Constitutional Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1

CAPÍTULO I – A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO ADQUIRIDO

1 – DIREITO INTERTEMPORAL.....	5
1.1. Noções de Direito Intertemporal: fatos presentes, pendentes e futuros	5
1.2. Retroatividade, retrospectividade e ultratividade	11
2 – IRRETROATIVIDADE E DIREITOS ADQUIRIDOS	17
2.1. A doutrina clássica	17
2.2. Oposições à doutrina clássica – teorias objetivas.....	28
2.3. Conceito legal e constitucional de Direito Adquirido	38
2.4. Ato jurídico perfeito e coisa julgada	54
3 – A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	58

CAPÍTULO II - A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS ADQUIRIDOS

1 - DIREITOS ADQUIRIDOS NO BRASIL	71
1.1. Breve histórico do tratamento constitucional dos direitos adquiridos no Brasil... 71	
1.2. O significado da cláusula constitucional de proteção ao direito adquirido	79
2 - APLICABILIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL GARANTIDORA DOS DIREITOS ADQUIRIDOS.....	84
2.1. Aplicabilidade da norma constitucional	84
2.1.1. Norma constitucional de eficácia plena.....	84
2.1.2. Leis interpretativas	88

2.1.3. Leis de ordem pública.....	92
2.2. Elementos nucleares e periféricos	101
2.3. Destinatários da norma de proteção constitucional.....	104
2.4. A cláusula de não-retrocesso social.....	107

CAPÍTULO III – OS DIREITOS ADQUIRIDOS E O PODER CONSTITUINTE

1 – A PROTEÇÃO AOS DIREITOS ADQUIRIDOS E O PODER CONSTITUINTE.....	112
1.1. A teoria do Poder Constituinte	112
1.2. Direitos adquiridos em face do Poder Constituinte Originário	115
1.3. Direitos adquiridos em face do Poder Constituinte Derivado e Decorrente	121
1.3.1. Limites ao Poder Constituinte Derivado	123
1.3.2. Os direitos adquiridos como cláusula pétrea	133
1.3.3. A existência de direitos adquiridos diante da emenda à Constituição.....	139
1.3.4. Normas constitucionais ensejadoras de direitos subjetivos e os direitos adquiridos	146
1.3.5. Direitos adquiridos em face do Poder Constituinte decorrente	149
2 – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	152

IV – CONCLUSÕES	158

V – BIBLIOGRAFIA.....	163

INTRODUÇÃO

O estudo do tema “Direitos Adquiridos na Constituição Federal de 1988” mostra-se relevante em razão das inúmeras reformas normativas das quais tem sido alvo a Lei Fundamental brasileira.

A constante atuação do Poder Constituinte e a novação normativa que dela decorre têm alimentado a problemática da oponibilidade dos direitos subjetivos. Nesta esteira, o presente trabalho pretende analisar a proteção conferida aos direitos adquiridos na Constituição de 1988 e a confrontação desses direitos com as espécies de Poderes Constituintes – Originário, Derivado e Decorrente -; bem como trazer à baila os conceitos de Direito Intertemporal, analisando suas Teorias Subjetiva e Objetiva, com considerações embasadas no Direito Civil e na Teoria Geral do Estado.

O advento da sociedade contemporânea, com o desenvolvimento dos meios de comunicação e de transporte e aperfeiçoamento dos estudos científicos e tecnológicos, trouxe uma nova dinâmica às relações sociais, que evolui com rapidez inimaginável. O Direito, por sua vez, como principal instrumento de disciplina das relações sociais, não poderia ficar inerte face às novas necessidades que surgem diariamente.

O dinamismo destas mudanças no direito positivado – às quais não escapa a nossa Constituição Federal - torna cada vez mais importante a garantia dos direitos adquiridos, como um dos principais instrumentos de preservação da tão almejada segurança jurídica.

Muito embora o estudo dos conflitos de leis no tempo remonte ao Direito Romano, a questão adquiriu maior importância com a positivação do Direito. E não são poucas as obras que tentam solucionar a questão, abordando o tema dos direitos adquiridos.

Merecem destaque na doutrina estrangeira as obras de C. F. Gabba, com sua *Teoria della Retroattività delle Legge* e de Paul Roubier, que em sua obra *Le Droit Transitoire*

nos apresenta críticas à teoria clássica de Gabba, propondo novas soluções para o conflito das leis no tempo. Na doutrina nacional também encontramos obras de excelente qualidade sobre a disciplina dos direitos adquiridos no direito pátrio, em especial a monografia de Reynaldo Porchat (*Da Retroatividade das Leis Civis*) e, mais recentemente, a obra de R. Limongi França (*A Irretroatividade das leis e o Direito Adquirido*), em que encontramos um estudo detalhado sobre a evolução histórica dos direitos adquiridos, no Brasil e no direito estrangeiro.

O tema, que constitui um dos mais importantes pilares para a preservação da segurança jurídica, remanesce ainda controverso na doutrina e na jurisprudência e tem se apresentado com um dos mais complexos do Direito Constitucional.

Nesta empreitada, buscaremos apresentar algumas das questões mais relevantes sobre os direitos adquiridos, acompanhando sua evolução até a apresentação de seus temas contemporâneos para, ao final, ensaiar uma conclusão sobre seu atual tratamento no direito brasileiro.

Para a melhor compreensão dos direitos adquiridos, analisado neste estudo sob o prisma constitucional, apontaremos os principais fenômenos do Direito Intertemporal, indicando as possibilidades de solução dos conflitos de leis no tempo em nosso ordenamento jurídico-positivo.

Com o estudo das principais obras da doutrina estrangeira e nacional sobre o tema, abordaremos a evolução do Direito Intertemporal e do tratamento aos direitos adquiridos. Para tanto, faremos uma análise das teorias subjetiva e objetiva do direito intertemporal, observando a posição dos principais doutrinadores adeptos de cada uma delas. Com base nestas teorias, apontaremos o conceito legal, constitucional e doutrinário dos direitos adquiridos – enquanto forma de limitação aos fenômenos da retroatividade e retrospectividade legal. Realizaremos, ainda, um breve estudo sobre o ato jurídico perfeito e a coisa julgada que, embora protegidos pela mesma cláusula constitucional, hão de ser diferenciados dos direitos adquiridos.

Em nossas considerações, também será estudada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A Corte Suprema, ao analisar diversas questões *sub judice*, desempenha fundamental papel na conceituação dos direitos adquiridos e é responsável por dizer quando se considera adquirido um direito, à luz da Constituição Federal de 1988.

Em seguida, nos deteremos na cláusula constitucional de proteção aos direitos adquiridos, analisando sua arraigada proteção histórica. Debruçaremos-nos, ainda, no significado da norma contida no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, tanto sob o plano de seus efeitos como de sua eficácia e de seus beneficiários. Colocaremos sob exame a controvertida questão da aquisição de direitos em face de normas de ordem pública e concluiremos nossa análise sobre a cláusula constitucional, abordando a denominada “proibição de retrocesso social”, que vem ganhando campo no direito estrangeiro e nacional.

Finalmente, procuraremos abordar o tratamento dos direitos adquiridos em nosso ordenamento jurídico-constitucional e sua oponibilidade aos Poderes Constituintes Originário, Derivado e Decorrente. Para tanto, estudaremos os limites à atuação destes Poderes Constituintes, a opção do legislador originário em eleger a garantia dos direitos adquiridos como cláusulas pétreas e as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do assunto, nos posicionando sobre qual entendemos mais acertada.

Com isso, pretendemos agregar à doutrina constitucional pátria mais um estudo sobre este importante tema do Direito Constitucional, na tentativa de trazer um pequeno auxílio à compreensão do tema. Mais do que isso, pretendemos destacar a importância da proteção constitucional dos direitos adquiridos como forma de garantia da segurança jurídica do cidadão em face modificações constitucionais - especialmente num país que luta para se consolidar como verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Assim, tentaremos demonstrar a importância da proteção constitucional aos direitos adquiridos como verdadeira garantia individual. Proteção que, contudo, não há de ser interpretada de forma extremada, impedindo as necessárias adequações do sistema

constitucional às reais demandas da sociedade, sob pena de subvertemos a intenção do legislador originário.

Para facilitar a leitura deste trabalho, as citações em língua estrangeira foram versadas para o vernáculo, com tradução de nossa responsabilidade.

CAPÍTULO I – A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO ADQUIRIDO

1 – DIREITO INTERTEMPORAL

1.1. Noções de Direito Intertemporal: fatos pendentes, presentes e futuros

Falar em direitos adquiridos é falar do embate entre lei, tempo e vontades estatais. É falar de um ordenamento normativo que, diante das mudanças nas intenções e prioridades políticas do Estado e suas conseqüentes novações constitucionais e legislativas, passa a ameaçar a segurança jurídico-patrimonial do indivíduo e da sociedade.

Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹,

“É cediço que, no Brasil, são freqüentes as mudanças constitucionais. Umas decorrem da edição de novas Constituições, outras resultam de Emendas a essas Leis Fundamentais. Ora, essas mudanças nas regras quase sempre importam em colisão com direitos adquiridos. Põem em conseqüência a questão da sua eficácia quanto a estes direitos, que é complexa e controvertida”.

De fato, num país como o Brasil, cujo ordenamento jurídico se encontra positivado e fundamentado em uma Constituição escrita, e que desde a sua independência já conta com oito Constituições², as alterações mandamentais e seus efeitos sobre as situações jurídicas preexistentes tornaram o direito adquirido alvo de intenso estudo.

Um ordenamento jurídico que propõe eficácia normativa e credibilidade à sociedade não pode malbaratear a aplicação das leis e direitos que sob ela estão

---

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*, p. 186, 5ª ed., 2007.

² Considerando-se a Emenda I de 1969 à Carta de 1967 como verdadeiro exercício do Poder Constituinte Originário, embora não considerada como tal à época.

salvaguardados. No dizer de Ruy Barbosa, “*num país de liberdade e ordem, quem sobre todos manda, é a lei, a rainha dos reis, a superiora dos superiores, a verdadeira soberana dos povos*”³.

Os direitos que recebem sobrevida às mudanças legislativas encontram suas balizas na Teoria Geral do Estado. Nas raízes de nosso Direito Constitucional se localizam os primeiros parâmetros para a compreensão de permanência temporal dos direitos adquiridos. Por meio do estudo da aplicação da lei no tempo - complexa problemática da ciência do Direito -, analisa-se a própria efetividade e credibilidade do ordenamento jurídico. E é sobre o Direito Intertemporal que o estudioso de direitos adquiridos deve, desde logo, se debruçar.

Direito Intertemporal é a ciência jurídica que regula os efeitos da sucessão de leis no tempo, fixando o alcance de normas que se seguem reciprocamente. Nas palavras de Carlos Maximiliano, é o Direito Intertemporal que “*traça preceitos gerais, bem orientados e de cunho político, tendentes a resolver questões de aplicação, no tempo, de quaisquer leis, nacionais ou estrangeiras*”, indicando ao juiz “*qual o sistema jurídico sobre o qual deve basear sua decisão*”⁴.

Buscando o conceito de intertemporalidade jurídica, José Eduardo Martins Cardozo, diz tratar-se da “*situação jurídica tipificada, quando uma norma sucede a outra no campo temporal*”⁵. O autor ainda diferencia uma intertemporalidade não-conflitua – em que haveria somente a regulamentação do início e fim da vigência da norma – de uma intertemporalidade conflitua – que disciplinaria o conflito de normas no tempo e sua aplicabilidade ao fato concreto.

Elival da Silva Ramos, porém, afirma que:

---

³ BARBOSA, Rui. *Ruínas de um governo*, prefácio de notas de Fernando Nery. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1931.

⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal – ou Teoria da Retroatividade das Leis*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 2ª ed., 1955, p. 7.

⁵ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. Da coleção Estudos em homenagem ao Ministro e Professor Moreira Alves. Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 33.

“(...) toda intertemporalidade é potencialmente conflitual, na medida em que o fenómeno da sucessão de leis no tempo, sob qualquer aspecto que se analise, sempre deverá ser visto de uma perspectiva que conjugue os planos normativo (a norma em si mesma considerada), e fático, vale dizer, sob uma perspectiva fático-normativa, que é precisamente aquela aplicação da norma jurídica”⁶.

De fato, só se pode falar na existência de uma intertemporalidade não-conflitual após a verificação das consequências jurídicas e efeitos de uma nova lei. Essa verificação demanda a análise de todos os fatos concretos, dos direitos subjetivos de cada indivíduo cujas relações jurídicas e atos passaram a sujeitar-se à disciplina da nova legislação. Por isso, entendemos correto afirmar que toda intertemporalidade é *potencialmente* conflitual.

Este *potencial* conflito surge porque o Direito Intertemporal tem por base a aplicação imediata da lei. “*Isso significa*”, diz Ferreira Filho, “*que ela, uma vez perfeita e acabada e preenchidas as providências complementares que a levam ao conhecimento dos que devem cumpri-la, está apta a produzir efeitos, ou seja, é eficaz*”⁷.

O conflito de leis no tempo surge na medida em que uma lei nova entra em vigor, revogando a norma anterior. Tomando-se como referência este momento, podem surgir quatro tipos de situações fático-jurídicas: (i) decorrentes de *fatos passados*, ou seja, anteriores a entrada em vigor da lei; (ii) decorrentes de *fatos presentes*, que estão ocorrendo no exato momento da entrada vigor da nova legislação; (iii) decorrentes de *fatos futuros*, isto é, aqueles que ocorrerão somente após a entrada em vigor da lei; e (iv) decorrentes de *fatos pendentes*, qual seja, aqueles que, embora tenham ocorrido sobre a vigência da lei anterior, continuam projetando seus efeitos para o futuro.

---

⁶ RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 23.

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*, cit., p. 188-189.

O conceito de fatos pendentes, afirma Limongi França⁸ é o “*que mais interessa ao desenvolvimento científico do Direito Intertemporal*”. Analisando o desenvolvimento histórico do entendimento de *facta pendentia*, o autor afirma que seu conceito esteve, durante muito tempo, apenas adstrito às causas controversas pendentes de transação ou de decisão em juízo.

Como a grande maioria dos estudiosos do assunto, Miguel Maria Serpa Lopes⁹ afirma que a verdadeira matéria-prima do direito intertemporal são os *fatos pendentes*:

“(...) o conflito intertemporal ocorre entre duas leis: uma anterior, revogada; a outra posterior, vigente. Trata-se, precipuamente, de um corolário da própria função da lei, que é a de reger um determinado fato, criando, por essa regência, uma situação jurídica que tende a permanecer inalterada. Se esse fato for inteiramente exaurido sob a vigência da lei pretérita, a nenhum conflito dará lugar, pois se trata de uma situação consumada, inteiramente indiferente à nova lei superveniente. Também nenhum conflito pode gerar os novos fatos supervenientes e surgidos e consumados inteiramente sob a vigência da nova lei, pois esta tem necessariamente sobre eles um império absoluto. O grande problema assenta em relação àqueles fatos ou situações jurídicas que, nascidas no regime da lei ab-rogada, prosseguem em trânsito até serem apanhados pela nova lei revogadora”.

---

⁸ Como nos ensina R. Limongi França, foi no Direito Justinianeu, mais precisamente na Regra Teodosiana 440, que as idéias de *facta futura*, *facta praeterita* e *facta pendentia* ficaram claramente definidas, com uma riqueza sem precedentes: “*Quanto aos facta futura, o seu conceito não careceu de maior esmiuçamento, podendo-se dizer que já estava implícito no próprio texto da tábua undécima da Lei das XII Tábuas. Mas a noção de facta praeterita aparece em Justiniano pormenorizada pela contribuição dos Clássicos, abarcando os judicata, transacta finitave, conforme os fragmentos de Ulpiano e de Paulo. Nenhuma idéia, entretanto, foi tão enriquecida como a de facta pendentia, a qual, com efeito, é a que mais interessa ao desenvolvimento científico do Direito Intertemporal. Parece que não estávamos errados em afirmar que, até então, o conceito de facta pendentia estava particularmente adstrito às causas controversas pendentes de transação ou de decisão em juízo. (...) Na verdade, na Novela 22, a expressão *sous eventus* constitui uma referência explícita aos efeitos do ato jurídico que, não obstante se produzam no futuro, se devem regular *ex iis quae jam positae sunt legibus*. Na Autêntica 90 (C.4, 20, 18), pode-se dizer que se contém o respeito às estipulações de trato sucessivo, pois se deve reger conforme a lei antiga não só aquele que pagou todo o seu débito, mas também o que simplesmente o já tenha feito em parte. E, na Novela 66, é acatado o próprio testamento de pessoa que sobreviveu à lei nova e não teve tempo de modificá-lo”.* In FRANÇA, R. Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 5ª ed. rev. e atual., 1998, p. 22.

⁹ LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de direito civil*. 5ª ed., 1971, p. 170-171.

A lei, como regra, possui efeitos imediatos. Nessa linha de raciocínio, a lei nova somente pode regular as situações que ocorrerem após a sua entrada em vigor, ou seja, a novel legislação regulará os *factos futuros* e a lei revogada os *factos passados*. Quanto aos *factos pendentes*, Paul Roubier leciona que deve ser estabelecida uma distinção entre as partes anteriores à entrada em vigor da nova lei, que não podem ser alcançados por ela, salvo por retroatividade, e as partes posteriores, sobre as quais a lei nova terá efeitos imediatos.¹⁰

Manoel Gonçalves Ferreira Filho nos ensina que:

“Decorre do efeito imediato necessariamente que a norma nova rege os facta futura, jamais os facta praeterita. Quanto aos facta pendencia, certamente ela não colhe a parte que ocorreu no passado, podendo atingir a que virá no futuro.

Equivalente é a situação dos factos em relação à retroatividade ou irretroatividade da norma. Esta, observada a irretroatividade, não colhe os facta praeterita, pois do contrário seria retroativa. Atinge sem dificuldade os facta futura. Polemiza-se, entretanto, no tocante a seu efeito em face dos facta pendencia¹¹”.

Deve-se notar que, em Direito Intertemporal, quando se fala em *factos*, sejam eles presentes, passados, futuros ou pendentes, não se quer designar somente o fato em si, mas os efeitos jurídicos que dela decorrem. Tal assertiva fica mais clara com relação aos factos pendentes, pois eles não estão efetivamente ocorrendo no momento em que a lei nova entra em vigor, mas tão-somente seus efeitos se prolongaram no tempo¹².

¹⁰ ROUBIER, Paul. *Le Droit Transitoire (conflits des lois dans le temps)*. Paris: Dalloz et Sirey, 2ª ed., 1960, p. 177.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*, 5ª ed. Ed. Saraiva. 2007, p. 190-191.

¹² A esse respeito, Elival da Silva Ramos nos dá exemplo esclarecedor: “(...) alguém adquire a propriedade sobre um imóvel urbano em consonância com fato aquisitivo consumado inteiramente sob o domínio de vigência de legislação revogada, estipuladora de limitações administrativas a esse direito real; o direito de propriedade, contudo, enquanto efeito jurídico do fato aquisitivo passado, projeta-se para o domínio de vigência da legislação revogadora, que introduz uma nova disciplina sobre as limitações incidentes sobre o direito de propriedade, advindo a discussão de se saber qual a legislação aplicável na concreta situação, considerada fato pendente para efeitos da elaboração de uma solução, em consonância com o ordenamento jurídico respectivo.” Op. cit., p. 26, nota de rodapé 52.

Na classificação dos fatos em pendentes, passados, futuros e presentes, não se pode esquecer aqueles fatos que, por ocasião da vigência da lei revogada, não possuíam qualquer efeito jurídico, porém, sob a égide da nova lei lhe foram atribuídos efeitos *ex nunc*, ou seja, sem considerar sua situação jurídica passada. Estes fatos, para o direito intertemporal, devem ser considerados fatos presentes e a eles aplicada imediatamente a nova lei.

Como exemplo ilustrativo desta situação, podemos nos utilizar daquele fornecido por José Eduardo Martins Cardozo¹³ sobre lei excepcionadora do Código Civil de 1916 - diploma segundo o qual a plena capacidade seria atingida aos 21 anos -, que diminuísse a idade em que se atinge a maioridade civil para os 18 anos:

“Não importaria aqui se faticamente alguém completou 18 anos antes da vigência da lei nova, ou mesmo se teve de viver 17 anos e 364 dias antes de sua entrada em vigor. O que importa, para fins de projeção de seus efeitos imediatos, é que a hipótese normativa exigiria no presente, isto é, na condição de ser vivenciada no momento em que a norma teria a sua entrada em vigor, que se tenha 18 anos. Não valora, assim, a fattispecie da norma o passado, mas apenas o que é existente temporalmente, por completo, no momento em que ela passa a existir”.

Como, na verdade, o que se considera como *fato* pendente no Direito Intertemporal, é um fato passado com *efeitos pendentes*, se uma lei nova vier a modificar os efeitos presentes ou futuros de fatos pendentes, não haverá verdadeira retroatividade da lei, mas *retrospectividade*, como veremos adiante¹⁴.

---

¹³ Op. cit., p. 284.

¹⁴ Vide item 1.2, capítulo 1, p. 11-16.

1.2. Retroatividade, retrospectividade e ultratividade

Firmado o conceito de Direito Intertemporal e de fatos *passados, pendentes e futuros*, necessário se faz tratar, rapidamente, dos conceitos de *retroatividade*, *retrospectividade* e *ultratividade*, de forma a aclarar e facilitar a compreensão do tratamento do direito adquirido no direito constitucional pátrio.

O conceito de *retroatividade* da lei se insere dentro da Teoria Geral do Direito e pode ser aplicado a qualquer campo do ordenamento jurídico, independentemente dos limites e do tratamento que cada um desses campos dispense, em especial, aos efeitos desta retroatividade. Assim, não há diferença entre os conceitos de retroatividade em matéria civil, tributária ou penal. Difere, sim, no tratamento que lhe é dado em cada gênero ao qual pertence a espécie normativa.

A retroatividade consiste na projeção de efeitos de uma lei de forma a atingir fatos ocorridos *antes* de sua entrada em vigor, atribuindo, modificando ou extinguindo os seus efeitos passados ou presentes ou, ainda, na atribuição de consequências jurídicas *anteriores* a fatos presentes.

A definição acima se baseia nas lições de Gaetano Pace¹⁵ que, partindo da distinção entre hipótese (*fattispecie*) e preceito normativo (*statuizione*), afirma que a

---

¹⁵ PACE, Gaetano. *Il Diritto Transitorio con particolare riguardo al diritto privato*. Milão: Casa Editrice Ambrosiani, 1944, p. 154. Grande parte da doutrina, na qual se inclui Gaetano Pace, ao definir a estrutura lógica das normas jurídicas, afirma que ela se compõe de dois elementos: a hipótese (*fattispecie*) e o preceito (*statuizione*). A sanção não é elemento obrigatório na estrutura da norma jurídica por não constituir elemento necessário da noção de direito (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, introdução Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos, revisão técnica João Ferreira, 4ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 29). Nessa esteira, toda norma pode ser identificada por conter um preceito *in abstracto* que, verificado no mundo fático, possibilita a aplicação de seu preceito. Temos, então, a seguinte fórmula: “se Hipótese, então DEVE SER o Preceito”. Exemplificando: a norma prevista no artigo 389 do Código Civil dispõe que “*não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo os índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado*”. Assim, verificada a hipótese (*fattispecie*), ou seja, “*não cumprida a obrigação*”, DEVE SER o preceito (*statuizione*), isto é “*responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo os índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado*”.

retroatividade de uma norma pode ocorrer no caso de previsão de efeitos para o passado tanto na hipótese como no preceito:

“Na retroatividade ex fattispecie (...) a lei retroage enquanto atribui a um fato passado (isto é, verificado sob a lei anterior) conseqüências determinadas; a retroatividade (ex statuizione) comporta-se, em certo sentido, de modo oposto, ou melhor, sintético: por meio dela um fato presente adquire uma eficácia no passado”.

A doutrina, muitas vezes, confunde a retroatividade com a aplicação de efeitos da lei para o passado. Entretanto, o que se constata na prática é que por vezes a lei age sobre fatos presentes, atribuindo-lhes conseqüências jurídicas para o passado – ou seja, para momento anterior à sua vigência - e, também nesse caso, será retroativa.

Nesse sentido, Pontes de Miranda assinala com a peculiar precisão¹⁶:

“Não se pode dividir o domínio das leis segundo a sucessão dos fatos: fatos passados, regidos pelas leis anteriores; fatos presentes, pelas leis do presente; fatos futuros, pelas leis do futuro. O que se tem de dividir é o tempo: passado, regido pela lei do passado; presente, regido pela lei do presente; futuro, pela lei do futuro”.

Com relação aos fatos pendentes, cumpre distinguir entre os de *formação contínua* e os de *formação complexa* (também chamados de fatos de formação por partes). Os primeiros são aqueles que exigem para a sua formação a sua existência por um dado período de tempo, como, por exemplo, o lapso de 2 (dois) anos de separação de fato para autorizar o pedido de divórcio direto. Nestes, como não há partes autônomas, se a lei atribuir efeitos diversos ao período transcorrido antes de sua entrada em vigor, nos encontramos diante do fenômeno da retroatividade. Já em relação aos fatos de formação complexa – definidos estes como aqueles cuja formação depende de diversas partes com valor autônomo, como a sucessão testamentária (testamento e morte do testador) -, a lei nova será retroativa se

---

¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº I, de 1969*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, t. 5, p. 91.

desconsiderar os efeitos da legislação pretérita sobre as partes realizadas sob a vigência da legislação anterior.

Nosso ordenamento jurídico prevê, no artigo 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que a nova lei possui efeitos imediatos, entendidos estes como a projeção imediata de efeitos sobre os fatos presentes e fatos pendentes. Todavia, o ato legislativo, durante seu período de vigência, também atingirá os fatos futuros, no fenômeno ao qual se dá o nome de prospectividade (projeção de efeitos para o futuro). Com relação a estes efeitos não há maiores polêmicas no campo do Direito Intertemporal.

Pontes de Miranda qualifica de “*eficácia normal*” da lei nova, os seus efeitos imediatos e prospectivos e de “*eficácia anormal*”, seus efeitos retroativos:

“O efeito retroativo, que invade o passado, usurpa o domínio de lei que já incidiu, é efeito de hoje, riscando, cancelando, o efeito pretérito: o hoje contra o ontem, o voltar no tempo, a reversão na dimensão fisicamente irreversível. É preciso que algo que foi deixe de ser no próprio passado; portanto, que deixe de ter sido. O efeito hodierno, normal, é o hoje circunscrito ao hoje. Nada se risca, nada se apaga, nada se cancela do passado. O que foi continua a ser tido como tendo sido. Só se cogita do presente e de sua lei”¹⁷.

Como se nota, a retroatividade constitui claro óbice à garantia de segurança jurídica, na medida em que impede ao cidadão, no exercício de seus direitos, a previsão das consequências jurídicas de seus atos. Razão pela qual, desde o direito romano, a grande maioria dos ordenamentos jurídicos, adota a regra da irretroatividade.

Mattos Peixoto, em artigo que versa sobre o direito intertemporal, classifica a retroatividade em graus, considerando-a como *máxima, média e mínima*¹⁸:

---

¹⁷ Op. cit., t.5, p. 80.

¹⁸ PEIXOTO, José Carlos Mattos. *Limite temporal da lei*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 173:459-85, p. 468.

“Dá-se a retroatividade máxima (também chamada restitutória, porque em geral restitui as partes ao status quo ante) quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados (transação, pagamento, prescrição). Tal é a decretal de Alexandre III que, em ódio à usura, mandou os credores restituírem os juros recebidos. (...)”

A retroatividade é média quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela, exemplo: o Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933 (lei da usura), o qual limitou a taxa de juros e se aplicou aos contratos existentes, inclusive os ajuizados.

Enfim, a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada) quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos até a data em que ela entra em vigor. Tal é, no Direito Romano, a lei de Justiniano (C. 4, 32, 27 pr.), que, corroborando disposições legislativas anteriores, reduziu a taxa dos juros vencidos após a data de sua obrigatoriedade”.

Com relação à *retroatividade mínima*, parte da doutrina considera estarmos diante de eficácia imediata da lei. Isso, entretanto, não se verifica. Conceitualmente, ainda que mínima, há retroatividade nestes casos, pois a lei dispõe sobre efeitos presentes de fatos que ocorreram no passado. O que se pode ter é um tratamento diferenciado para esta espécie de retroatividade, conforme disponha cada ordenamento jurídico.

No tocante aos fatos jurídicos constituídos sob a égide da lei antiga, mas cujos efeitos se encontram em curso quando da entrada em vigor da lei nova se apresentam as questões mais tormentosas sobre a retroatividade. Isto porque aqui se encontra um fenômeno diverso da retroatividade, mas que também não se insere perfeitamente na definição de efeitos imediatos.

Elival da Silva Ramos, ao discorrer sobre o tema, chama atenção ao fato de que, embora os doutrinadores pátrios não tenham criado uma designação própria para o fenômeno, o direito europeu deu a ele a denominação de *retrospectividade*, ou seja, lei nova influenciando fatos ocorridos no passado, atribuindo consequências jurídicas para os efeitos prospectivos:

“Destarte, são duas as características marcantes do fenômeno da retrospectividade: a primeira consiste na circunstância de que os eventos focados pelo pressuposto da norma legal retrospectiva, veiculada pela lei nova, foram produzidos antes de sua entrada em vigor; a segunda é a de que a incidência dessa norma legal não provoca uma reconfiguração dos efeitos jurídicos transcorridos sob o império da lei antiga”¹⁹.

Para o autor, a *retrospectividade* não seria uma categoria distinta da retroatividade e da eficácia imediata da lei e sim uma modalidade especial da eficácia imediata e prospectiva dos atos normativos, que se colocaria a meio caminho entre a retroatividade e eficácia imediata da lei.²⁰

Concordamos com essa posição. Como veremos a seguir, a retrospectividade, ao contrário do que ocorre com a retroatividade, é um efeito normal das normas jurídicas, sem que haja necessidade de sua expressa previsão. Em decorrência disso, merece tratamento individualizado pelo Direito Intertemporal, pois, atingindo fatos passados, pode acarretar o desrespeito aos direitos adquiridos.

Cabe agora falarmos sobre a *ultratividade* legal. O fenômeno é definido por muitos como “sobrevivência da lei antiga” justamente porque é caracterizado pela aplicação da lei antiga durante a vigência da novel legislação. O conceito, porém, não é correto, pois implica no entendimento de que a lei anterior continua vigente – sobrevive apenas aquilo que ainda está vivo -, o que não ocorre na ultratividade.

A ultratividade consiste na projeção dos *efeitos* da lei antiga durante o período de vigência de lei nova, para que continue a reger os fatos constituídos sob o domínio da lei pretérita, mas cujos efeitos se prospectam para o futuro. Evita-se, com isso, o abalo que a retroprojeção da lei pode causar à segurança jurídica. Há uma aparente incidência da lei

---

¹⁹ Op. cit., p. 39.

²⁰ Op. cit., p. 39.

revogada no futuro, mas o que ocorre é apenas uma aplicação da lei anterior a efeitos futuros de fatos passados. A ultratividade constitui forma de limitação aos efeitos da retrospectividade que, muitas vezes, se mostram lesivos à segurança jurídica.

Como a retrospectividade se revela como efeito normal (ou ordinário) dos atos legislativos, ela projeta seus efeitos independentemente de disposição expressa da lei. Por este motivo, há necessidade da existência de normas limitadoras de seus efeitos. No campo do direito penal e do direito tributário, esta limitação é absoluta quando a nova lei trouxer efeitos prejudiciais ao contribuinte ou acusado e decorre da conjugação do princípio da legalidade com o princípio da irretroatividade (respectivamente, artigos 5º, inciso XL e 150, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal). Já em matéria civil, ante a gama de situações que podem surgir com o advento de uma nova lei, a tendência é a limitação de seus efeitos somente em situações que o Constituinte julgou dignas de proteção, dentre as quais, inclui-se o Direito Adquirido.

2 – IRRETROATIVIDADE E DIREITOS ADQUIRIDOS

2.1. A doutrina clássica

A racionalização de que certos direitos do Homem haveriam de estar protegidos perante mudanças normativas e políticas promovidas pelas esferas dominantes se perde no raiar da sociedade ocidental e da própria consolidação dos Direitos Fundamentais. No dizer de Limongi França²¹:

“Todo um imenso caminho, ao longo de milênios, foi percorrido pelo ‘Animal Político’, desde o estado de fato das suas sociedades, ao estado de direito; desde a definição do jus, em contraposição ao faz, à idéia antiga de uma linha divisória entre a lei em vigor e a antiga; desde a noção da revogação de uma norma por outra, até o entendimento de que, apesar de revogadora da regra anterior, o império desta, em princípio não pode ser invadido pelo estatuto novo”.

A análise científica do Direito Adquirido, com a formação e desenvolvimento de uma doutrina relativamente amadurecida, se deu ao longo do século XIX. Porém, a noção de Direito Adquirido foi enriquecida e trabalhada pelos autores desde os séculos XVI a XVIII e, ao lado de outras indispensáveis à conformação sólida de seu conceito, propiciaram, no século seguinte, o surgimento da Fase Científica.

Nesta fase científica, três momentos se sucederam: 1) o da *consolidação* da Doutrina do Direito Adquirido em matéria de Direito Intertemporal, que viria a ser chamado posteriormente de *Doutrina Clássica*; 2) o do exsurgimento das críticas à Doutrina Clássica, que uma vez consolidada, começou a ser alterada por doutrinadores e aplicadores, convalidando-se numa nova doutrina, a *Doutrina Objetiva* e 3) o da *volta à Doutrina Clássica*, ao longo da qual, juristas não menos importantes denotaram a ineficácia prática de tais alterações conceituais.

---

²¹ FRANÇA, R. Limongi. *Direito Intertemporal Brasileiro*, 2ª ed., 1955, Ed. Revista dos Tribunais, p. 123.

Desta forma, durante o século XIX, período de desenvolvimento da denominada “doutrina clássica” dos direitos adquiridos (ou teoria subjetiva), as Constituições, em regra, não apresentavam a previsão do princípio da irretroatividade das leis em matéria civil. À exceção da Constituição Norte-americana, das Leis Magnas da Costa Rica, da Constituição da Noruega e da Constituição Portuguesa de 1826, as demais sofriam influência francesa, não agasalhando o princípio citado, senão em matéria estritamente penal.

A fonte desta forte influência francesa decorria do Código de Napoleão, base para a grande maioria dos códigos daquele século, conquanto seu art. 2º tenha se apresentado como “*verdadeiro retrocesso na evolução histórica do princípio da irretroatividade*”²².

Limongi França nos ensina, porém, que muitos Códigos acabaram por seguir o Código Austríaco, que não só deixa claro para o aplicador da lei a importância do princípio da irretroatividade, mas também, serve como guia para a aplicação retroativa do novo estatuto²³. E cita como exemplos o artigo 8º do Código Português de 1967²⁴ e, em especial, o Código Argentino que assim dispõe em seus artigos 2º a 4º do Título Preliminar:

*“As leis dispõem para o futuro, não têm efeito retroativo, nem podem alterar direitos já adquiridos. – As leis que tenham por objeto esclarecer ou interpretar outras leis, não têm efeito a respeito dos casos já julgados. – Nenhuma pessoa pode ter direitos irrevogavelmente adquiridos contra uma lei de ordem pública”*²⁵.

Refletindo sobre a doutrina clássica, José Eduardo Cardozo apresenta o seguinte resumo dos pensamentos de seus seguidores:

---

²² FRANÇA, R. Limongi. *A irretroatividade...*, cit., p. 40.

²³ Op.cit., p. 41.

²⁴ Determina o art. 8º do citado diploma português: “*A lei civil não tem efeito retroativo. Excetua-se a lei interpretativa, a qual é aplicada retroativamente, salvo se dessa aplicação resulta ofensa de direitos adquiridos*”.

²⁵ *Código Civil*. Ed. de Buenos Aires, 1947, tradução livre da autora.

*“De forma sintética, poderíamos dizer que os defensores desta corrente têm, como alicerce de todas as suas reflexões, a idéia de que as novas leis não devem retroagir sobre aqueles direitos subjetivos que sejam considerados juridicamente como adquiridos por seu titular. Ou em outras palavras: ao ver destes, a questão da irretroatividade das leis tem assento na premissa fundamental que afirma a impossibilidade de uma lei vir a desrespeitar ‘direitos adquiridos’ sob o domínio de sua antecedente”*²⁶.

É de Merlin de Douai a primeira grande monografia francesa sobre a irretroatividade das leis e os direitos adquiridos²⁷, na qual o autor parte do princípio de que as leis não podem retroagir. Admite, entretanto, algumas exceções em que a retroatividade é possível. São elas: a) quando as leis posteriores apenas revigoram leis preexistentes ou restabelecem direitos que não poderiam ser reconhecidos sem crime; b) quando, em questões puramente de direito privado, o Legislador é levado a retroagir em virtude da ordem política; c) quando o Legislador expressamente prevê a retroatividade, visto que, para o autor, *“não compete aos tribunais julgar a lei”*.

O doutrinador francês continua seus ensinamentos afirmando que a regra é a irretroatividade, mas para que ela se configure é necessário que modifique o passado e que esta mudança acarrete prejuízo a alguém, prejuízo este que somente ocorre se suprimidos os direitos efetivamente adquiridos, ou seja, *“aqueles que entraram no nosso patrimônio, que dele fazem parte, e que não podem ser tirados por aquele de quem os obtivemos”*²⁸.

Douai diferencia, ainda, o *direito adquirido* das *faculdades* e nega a existência do direito adquirido frente às situações ainda em curso, para as quais vislumbra apenas *expectativas* de direitos.

---

²⁶ Op. cit., p. 113.

²⁷ DOUAI, Merlin de. *Effet Rétroactif de la Loi du 17 Nivose, An 2*. In *Récueil des Questions de Droit*, 4ª ed., Paris, 1828, v. III, p. 579-86.

²⁸ Op. cit., p. 557.

Por sua vez, no direito germânico destacam-se as obras de Lassalle e, sobretudo, de Savigny.

O pensamento de Savigny a respeito dos efeitos da lei no tempo se estrutura com base em dois pilares: (i) “às novas leis não se deve atribuir força retroativa”; (ii) “as novas leis devem deixar intactos os direitos adquiridos”²⁹.

Savigny não admite o efeito imediato da lei nova, negando qualquer ação de tal lei sobre os efeitos de fatos passados e, ainda, estabelece a diferença entre *direito adquirido*, *expectativa de direito* e *direitos não exercitáveis*. Para ele, *direitos adquiridos* são as relações jurídicas de uma pessoa determinada, os elementos de uma esfera de independente domínio da vontade individual. Já *expectativa de direito* é reconhecida como dependente de mero arbítrio de outrem, enquanto os *direitos não exercitáveis* seriam aqueles sob condição ou termo, não mais sujeitos ao arbítrio de outrem.

Segundo o mestre alemão, o respeito ao direito adquirido possui três fundamentos: a confiança que se deve depositar nas leis vigentes; a importância da estabilidade das relações existentes, que garantiria a segurança jurídica e a impossibilidade de adotar-se o princípio de retroatividade das leis, por ser contrário aos dois primeiros fundamentos.

Savigny sustenta, ainda, que a irretroatividade é a regra em relação à aquisição de direitos pelo indivíduo. No entanto, também afirma que quando se tratar de normas que tenham por objeto a existência ou o modo de existência dos direitos em geral³⁰, a retroatividade atenderia melhor ao propósito de justiça.

As posições de Savigny foram analisadas criteriosamente por Pontes de Miranda, que leciona:

---

²⁹ *Apud* R. Limongi França. *A irretroatividade....* cit., p. 46.

³⁰ Para Savigny estas categorias de normas compreenderiam “as leis que têm por objeto o reconhecimento de uma instituição em geral, ou seu reconhecimento sob tal ou qual forma, antes que se possa cogitar de sua aplicação a um indivíduo, vale dizer, da criação de uma relação jurídica concreta”, *apud* Elival da Silva Ramos, *A proteção...*, cit., p. 59.

“Partiu ele da afirmação da equivalência de duas fórmulas, a que corresponde ao critério objetivo (as leis novas não têm efeito retroativo) e a que corresponde ao critério subjetivo (as leis novas não devem atingir direitos adquiridos) e assentou que somente a certa categoria de regras – as relativas à aquisição dos direitos – é que as duas fórmulas do mesmo princípio se aplicam”³¹.

A obra de Ferdinand Lassalle³², embora siga a mesma linha do pensamento de Savigny, deu às situações de irretroatividade e de lesão aos direitos adquiridos menor amplitude. Sua obra é considerada pelos especialistas como uma das mais densas sobre os direitos adquiridos, tendo sido considerado *“o primeiro a ter tomado o direito adquirido como critério diretivo para a solução dos problemas de direito intertemporal”³³.*

Vicente Ráo, discorrendo sobre os ensinamentos de Lassalle, sintetiza seu pensamento da seguinte maneira:

“(...) o fundamento e o limite da irretroatividade se identificam com a necessidade de se tutelar a liberdade individual e, assim sendo: a) nenhuma lei pode retroagir e alcançar o indivíduo, atingindo os seus atos voluntários; b) mas retroagir pode qualquer lei, quando alcança o indivíduo fora dos atos de sua vontade, como, por exemplo, com relação às qualidades que ele não adquiriu por si, mas que lhe pertencem em comum, como a toda a humanidade, ou ainda, quando a lei o alcança apenas na medida em que modifica e afeta a própria sociedade, através de suas instituições organizadas”³⁴.

A obra de Lassalle, conquanto tenha se apresentado extremamente rica no estudo da irretroatividade das leis, é criticada por muitos doutrinadores, em especial pela

---

³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários*,..., cit., v. 5, p. 51.

³² LASSALLE, Ferdinand. *Théorie systématique des droit acquis: conciliation du Droit Positif et de la Philosophie du Droit*, 2ª ed. Alemã, Trad. J. Bernard, J. Molitor, G. Millet, A. Weill, Paris: Giard & Brière, 1904. t. 1.

³³ FRANÇA, R. Limongi. *Direito*..., cit., p. 145.

³⁴ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, v.1, t.2, p. 437.

dificuldade de compreensão de suas linhas mestras de pensamento. Nas palavras de Limongi França³⁵, parafraseando Lassalle, “*parecem elas ser as seguintes*”:

‘Nenhuma lei pode retroagir, se não pode atingir um indivíduo, senão por intermédio de seus atos voluntários’ (grifos do autor).

Toda lei pode retroagir, quando atinge o indivíduo fora dos atos de sua vontade, e se, por consequência, atinge imediatamente o indivíduo nas qualidades que não se deu a ele mesmo, que lhes são comuns com a humanidade, ou naquelas que recebe da sociedade’ (v. I, p. 67).

‘...o conceito de retroatividade não é outra coisa que o de um atentado à liberdade e à responsabilidade do homem. É por esta razão única que a retroatividade é inadmissível’ (p. 68-9).

Por outro lado, ‘...toda lei que não atinja ações anteriores da vontade individual e na medida em que não atinja, deve naturalmente entrar em vigor’ (p. 73-4)’.

Não se pode terminar o estudo das teorias subjetivas sobre a irretroatividade das leis sem mencionar os doutrinadores italianos. Foi na Itália que a doutrina clássica dos direitos adquiridos atingiu seu ápice com os estudos de Pacifici-Mazzoni e, em especial, com a obra de C. F. Gabba.

As lições de Pacifici-Mazzoni, em sua obra *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, se destacam por significarem um caminho intermediário para a fixação dos conceitos do princípio de irretroatividade das leis e do direito adquirido. Para o doutrinador, existem dois princípios que informam a disciplina da lei no tempo, quais sejam: o de que a lei dispõe para o futuro e, embora esta disposição não obrigue o legislador, só pode ser adiada em razão de uma exigência social; a lei nova tem efeito imediato por ser, em tese, melhor do que a lei antiga para reger as situações e relações jurídicas sobre as quais dispõe. Os princípios por ele mencionados se contrapõem, mas o autor italiano busca o equilíbrio entre eles através da

---

³⁵ Op. cit., p. 48.

aplicação do direito adquirido como forma de garantia da segurança jurídica, mediante a sobrevivência da lei anterior³⁶.

Por Direito Adquirido, Pacifici-Mazzoni entende “*a consequência de um fato idôneo a produzi-la, em virtude da lei do tempo no qual este realizou, e que, antes da atuação da nova lei, entrou a fazer parte do patrimônio a que respeita, embora não tenha sido possível fazer valer, por falta de ocasião.*”³⁷ O autor, em sua obra, reconhece a existência do fenômeno da retrospectividade, embora a denominando, ainda, de retroatividade, mas com a particularidade de não apresentar exatamente uma projeção de efeitos para o passado³⁸.

O Direito Intertemporal, entretanto, chega à sua expressão máxima com a doutrina clássica, através da obra de Gabba, *Teoria della Retroattività delle Legge*, com três volumes, publicados em 1ª edição, respectivamente, em 1891, 1897 e 1898. É no primeiro de seus volumes que se encontram as linhas mestras de seu pensamento.

Após examinar detalhadamente a doutrina da irretroatividade das leis no Direito Romano, no Direito Canônico e, ainda, no Direito Comparado, o mestre italiano explica que o advento de uma nova lei cria para o jurista o desafio de acompanhar o progresso social e de proteger os efeitos da lei antiga contra as consequências desta nova lei. Prossegue, ainda, afirmando que duas grandes dificuldades são encontradas para a construção científica das leis: a complexidade dos institutos jurídicos e o significado indeterminado de muitas expressões técnicas³⁹. Porém, afirma o doutrinador que, embora diante de tais dificuldades, há uma necessidade de busca de princípios gerais destinados à aplicação prática e que todas as leis, independentemente de tratarem de matéria civil ou penal “*devem respeitar certas balizas no atuarem sobre as consequências dos fatos e relações jurídicas postas em ato (poste in essere), anteriormente a esta atuação*”⁴⁰.

³⁶ *In Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, 3ª ed., Firenze, 1880, v.I, p. 70, *apud* R. Limongi França. Op. cit., p. 49.

³⁷ *Idem*, *ibidem*, p. 49.

³⁸ Cf. José Eduardo Cardozo, *op. cit.*, p. 124-125.

³⁹ GABBA, C. F. *Teoria della Retroattività delle Legge*, 4. V., 3ª ed., Milão – Roma – Nápoles, 1891-1898, v. I, p. 122.

⁴⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 140-141.

Gabba consagra claramente o direito adquirido como limitação à retroatividade das leis, afirmando “(...) *a razão e o verdadeiro limite da retroatividade das leis consistem unicamente no respeito ao Direito Adquirido*”⁴¹.

Ao discorrer sobre o direito adquirido, buscando estabelecer sua determinação, Gabba critica as definições de Chabot de l’Allier, Blondeau, Meyer, Merlin, Reinhardt, Spangenberg e de Demolombe, seja por achar-lhes imprecisas, seja por seu caráter muito genérico ou, principalmente, por não incluírem em sua definição a diferença entre os *direitos consumados* em todos os seus efeitos e aqueles que, no todo ou em parte, não foram ainda postos em ação. Para ele, o melhor conceito é aquele proposto por Savigny que, além de destacar os fatos já realizados, mas ainda não postos em ação, faz a distinção entre direito adquirido, faculdades e expectativas de direito.

Passa, então, a propor o seu conceito de direito adquirido:

*“É adquirido todo direito que a) é a 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 não 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 de quem o adquiriu”*⁴².

Explicando a formulação de sua definição, Gabba esclarece que a expressão “fato” foi utilizada para abranger não só os fatos, mas também as relações jurídicas e que menciona *fato consumado*, pois entende que se a origem do fato não foi perfeita em conformidade com a lei do tempo em que se deu, não há como a lei posterior respeitar a sua eficácia. Finaliza, acrescentando que utilizou “fazer parte do patrimônio” com a intenção de distinguir o direito adquirido das meras expectativas e faculdades abstratas, na linha de Savigny.

---

⁴¹ Idem, ibidem, p. 122.

⁴² GABBA, C. F., *op. cit.*, p. 190-191.

Analisando a obra do mestre italiano, Maria Coeli Simões Pires⁴³ ensina que:

“A teoria do direito adquirido de Gabba baseia-se, por outro lado, no direito concreto, aquele proveniente da verificação do fato idôneo pressuposto pela lei, relativamente ao indivíduo, e no direito como elemento do patrimônio relacionado com fatos aquisitivos. Assenta-se, assim, numa trilogia: fatos aquisitivos, direito subjetivo (concreto) e patrimonialidade. Em outras palavras: Gabba erige a proteção do direito adquirido ao que, como tal, se constitui decorrência de um fato idôneo a produzi-lo e que, ainda não exercitado, se integra imediatamente ao patrimônio de seu titular, com a vigência da lei nova que revogue ou modifique a anterior. (...)”.

Para Gabba, não se pode falar em direito adquirido sem que fique definido o conceito de *direito concreto ou subjetivo*, cuja idéia pode ser retirada de algumas de suas assertivas:

“Todas as vezes que afirmamos a concreta existência de um direito, esta afirmação tem dois objetos: 1º) a existência de um fato, do qual ou em virtude do qual nós admitimos seja oriundo o direito; 2º) a existência de uma lei, que daquele fato faça provir um direito. Antes que em concreto surja o direito, ele se encontra em estado de mera possibilidade em uma lei, a qual contempla um dado modo de agir ou de ser dos indivíduos, e na hipótese do mesmo, atribui a estes uma dada faculdade jurídica. Esta mera possibilidade do direito concreto, que se confunde com a existência de uma lei, abstração feita de sua aplicação, certos filósofos alemães chamam de direito objetivo ou norma jurídica, ao passo que denominam subjetivo o direito concreto, isto é, aquele proveniente da verificação de fato pressuposto pela lei”⁴⁴.

O doutrinador de Pisa afirma que não é possível admitir a existência de um fato concreto que não tenha sido produzido em conformidade com a lei vigente ao tempo em

---

⁴³PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública – Segurança Jurídica e Transformação Democrática*, 1ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 124.

⁴⁴GABBA, C. F., *op.cit.*, p. 193-194.

que se produziu o direito, ou seja, sem a existência de uma norma jurídica que disponha sobre ele.

Porém, Gabba ensina que, para estarmos diante de um direito adquirido, não basta a existência do fato concreto; é necessário, ainda, que este direito esteja presente como um *elemento do patrimônio* do indivíduo. Há direitos que não se pode chamar de “adquiridos”, pois não fazem parte do patrimônio de quem os possui aos quais ele denomina de *direitos elementares* ou *fundamentais*, incluindo nestes os que regulam o estado e condição pessoal do indivíduo. Ou seja, os *direitos elementares* ou *fundamentais* são direitos anteriores a toda e qualquer atuação do indivíduo ou de terceira pessoa, representando meras *possibilidades* de direitos concretos e individuais⁴⁵.

Nas palavras do próprio autor:

*“(...) a fim de que um direito se possa dizer adquirido, não basta que seja concreto, isto é, verificado relativamente ao indivíduo, em virtude de fato idôneo, mas é preciso também ... que se tenha tornado propriamente elemento do patrimônio”*⁴⁶.

*“Direitos concretos e adquiridos são apenas aqueles que, dentro das balizas do poder assegurado pelas leis referentes a pessoas e coisas, se dirigem a determinado e vantajoso efeito, por essas leis contemplando de modo explícito ou implícito, e surgem nos indivíduos ou em virtude direta da própria lei, em seguida a fatos e circunstâncias e segundo os modos e condições por elas pré-estabelecidos”*⁴⁷.

Complementando sua explicação sobre a definição de direito adquirido, C. F. Gabba, explica que não é qualquer fato que constitui um *fato aquisitivo*. O autor entende que devam estar presentes quatro requisitos: (i) que os fatos aquisitivos sejam completos; (ii) que tenham sido postos em ato em tempo idôneo; (iii) que aquele que do fato queira utilizar-se tenha a capacidade prescrita na lei; e, (iv) que tenham sido observadas as formalidades prescritas pela lei sob pena de nulidade.

---

⁴⁵ GABBA, C. F., *op. cit.*, p. 210.

⁴⁶ GABBA, C. F., *op. cit.*, p. 206-207.

⁴⁷ GABBA, C. F., *op. cit.*, p. 210.

Com base nas lições de Gabba, Reynaldo Porchat, ensina que:

“o juiz é obrigado a reconhecer a existência de um direito adquirido, sempre que na relação jurídica se apresentem os seguintes requisitos:

1º Que tenha havido um fato aquisitivo idôneo a produzir direito;

2º Que esse fato tenha sido realizado de acordo com a lei vigente na ocasião;

3º Que tenha capacidade legal a pessoa que o praticara;

4º Que o direito, resultante do fato (ou da lei quando for ex lege) tenha entrado a fazer parte do patrimônio do adquirente;

5º Que esse direito ainda não se tenha feito valer, isto é, que ainda não tenha sido exigido, ou não constitua um fato consumado”⁴⁸.

Para que os direitos sejam ditos adquiridos, é necessário que os fatos aptos a produzi-los se dêem por inteiro. Entretanto, os fatos aquisitivos nem sempre são *simples* – entendidos estes como aqueles que se configuram num só instante. Muitas vezes nos encontramos diante de fatos aquisitivos *complexos*, isto é, compostos de partes sucessivas que são separadas por um intervalo de tempo.

Os fatos aquisitivos *complexos* podem dar-se de três formas: através de uma série de atos que se protraí em certo lapso de tempo, como ocorre nos casos de usucapião; nos casos em que duas ou mais pessoas devam efetuar um fato próprio, a exemplo do que ocorre na sucessão testamentária; ou, por fim, quando um ato de uma pessoa dependa de evento separado que se encontra fora de seu poder, como na doação modal.

Como solução aos fatos aquisitivos complexos, Gabba esclarece que não é possível responder afirmativa ou negativamente à tormentosa questão de aplicabilidade ou não da lei nova às suas partes ainda inacabadas de tais fatos. Neste caso, para que se esteja diante de direitos adquiridos, o jurista italiano entende que o fato deve apresentar uma característica

---

⁴⁸ PORCHAT, Reynaldo. *O código civil e a retroatividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, p. 167.

idônea para tal efeito, que, a seu ver, pode ser uma das seguintes: a) que o fato ainda não verificado seja, de sua natureza, infalível (*immancabile*); b) que não esteja mais no poder daquele contra quem se volve impedir o lado que falta para aperfeiçoar a transmissão, a menos que se trate de verdadeira e própria condição; c) que a aquisição à qual deve dar lugar a complementação do fato inacabado tenha sua raiz em um anterior direito adquirido, do qual não seja senão um *desenvolvimento*, ou uma *transformação*. Caso contrário se está diante de mera *expectativa* de direito⁴⁹.

Portanto, o mestre italiano reconhece o direito adquirido como limitador dos efeitos retroativos da lei, determinando a sobrevivência da lei antiga em respeito ao direito constituído sob sua égide. Afasta, contudo, a proteção aos direitos adquiridos em relação aos direitos de índole política, que ficam sujeitos à ação imediata da lei nova, ressalvados aqueles de caráter patrimonial. Afasta-os, também, com relação às expectativas, que situa no mesmo plano das faculdades legais.

A obra de Gabba influencia a teoria da proteção aos direitos adquiridos até os dias de hoje, em especial no direito italiano. Seus ensinamentos não estão imunes à crítica, principalmente por não se preocupar em diferenciar os efeitos retroativos da lei dos efeitos retrospectivos, ocupando-se somente da proteção aos direitos adquiridos. Porém, mesmo aqueles que não a seguem, baseiam-se em muitos de seus conceitos para suas conclusões.

2.2. Oposições à doutrina clássica – teorias objetivas

Quando a doutrina de Gabba – teoria subjetiva – chega ao seu ápice, sofre fortes oposições, que se iniciam em sua terra pátria, com a *teoria dos fatos realizados* (*fatto compiuto*) de Chironi, desenvolvendo-se com a *teoria da exclusividade* (*Ausschliesslichkeit*) de Affolter, na Alemanha e atingindo a sua maior expressão com Paul Roubier e sua *teoria da*

---

⁴⁹ GABBA, C. F., *op. cit.*, p.228-229.

situação jurídica (situation juridique), na França, em meio a outras manifestações de menor destaque. São as denominadas *teorias objetivas*.

As principais teorias objetivas baseiam-se nas noções de fato, relação e situação; institutos que serão conceituados para facilitar sua compreensão.

Na definição de Sílvio de Salvo Venosa, *atos jurídicos* são “*todos os acontecimentos, eventos que, de forma direta ou indireta, ocasionam efeito jurídico*”⁵⁰.

Situações jurídicas podem ser definidas como “*o complexo de direitos e deveres, de prerrogativas e de encargos que se criam em torno de um fato ou de um estado ou de um ato, o qual gera efeitos jurídicos*”⁵¹.

As relações jurídicas, por fim, nos dizeres de Maria Coeli Simões Pires:

“(...) *podem ser tomadas por vários ângulos: como o vínculo jurídico que une uma pessoa, como titular de um direito, ao objeto deste mesmo direito; como vínculo de recusa que une o objeto e o sujeito passivo, envolvendo dever; e como vinculação de sujeito ativo e sujeito passivo, configurando a típica relação jurídica complexa*”⁵².

Estabelecidos os conceitos em torno dos quais girarão as teorias objetivas, passamos a analisar os seus mais importantes ícones, começando com o estudo da teoria dos fatos realizados de Chironi.

Suas idéias encontram-se registradas em três obras principais: *Trattato di Diritto Civile Italiano*, escrita em co-autoria com Luigi Abello, *Istituzioni di Diritto Civile*

---

⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 5ª ed., São Paulo, Atlas, 2005, p. 361.

⁵¹ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 152.

⁵² Op. cit., p. 129.

Italiano e em ensaio especializado, *Della non Retroattività della Legge*, onde sintetiza suas idéias.

Para Chironi, a lei tem aplicação imediata, uma vez atendidos todos os requisitos e formalidades necessárias. Isto não significa que a lei nova anule a lei antiga, como se ela nunca tivesse existido, mas, tão-somente, que esta lei antiga deixou de ser obrigatória. Entretanto, o doutrinador italiano não admite que seja dada à lei nova uma eficácia quanto ao tempo anterior, pois uma lei só tem o condão de obrigar a partir do momento de sua existência e de que se torne conhecida de todos os que são obrigados a segui-la.⁵³ Para ele, a retroatividade ou a projeção de efeitos para o passado é contrária à própria natureza do ato legislativo, que só pode produzir efeitos a partir do instante em que começa a sua existência.

O autor baseia sua teoria na idéia de que o conflito entre as leis novas e as leis antigas é importante no que toca aos atos realizados (*atti compiutti*) conforme a lei anterior e cujos efeitos se verificam no regime da lei nova. Para que este conflito exista é necessário que “a lei nova contenha com relação à essência do mesmo ato, disposições diversas da lei precedente”⁵⁴ e, ainda, “que se trate de ato juridicamente realizado sob a lei anterior, porque de outro modo não há razões de ser para a questão da retroatividade”⁵⁵.

E, nas definições de Chironi, um ato pode ser considerado realizado:

“(...) quando apenas tendo sido levado a efeito, segundo as normas prescritas pela lei do tempo, dá lugar a ação para sustentar a sua existência ou nulidade; a ação, ou melhor, o direito a ela, é a característica fundamental do cumprimento do ato. Na palavra ato realizado (*atto compiutto*) vão compreendidos, pois, todos os termos essenciais que a lei atribuir à sua existência ou que lhe são conferidos pela vontade expressa das partes, de modo não defeso em lei (in modo non

⁵³ Cf. R. Limongi França. Op. cit., p. 56-57.

⁵⁴ CHIRONI, G. P. *Della non Retroattività della Legge*, in *Studi e Questioni di Diritto Civile*, Turim, 1914, I, p. 147-148, *apud* R. Limongi França, op. Cit., p. 57.

⁵⁵ Idem, *ibidem*, p. 57.

vietato), ou ainda pela vontade tácita que incluisse uma referência a normas de lei, de caráter não imperativo”⁵⁶.

Por tratar como pilar de sua teoria o *ato realizado*, o autor afirma que não há utilidade alguma na distinção entre *direito consumado* e *direito adquirido*, bastando considerar-se o ato realizado, em qualquer tempo que se desenvolvam os seus termos essenciais.

A partir do conceito de ato realizado, Chironi conclui que “o *ato jurídico realizado é, nas suas condições de existência, regulado inteiramente pela lei do tempo em que é levado a efeito*”⁵⁷, com exceção dos casos em que haja expressa determinação do legislador para que seja aplicada a lei nova.

Não obstante Chironi seja um autor representativo da teoria objetiva, não se pode negar que as idéias subjetivistas estejam presentes em sua teoria, visto que não há como dissociar o direito de ação com o direito subjetivo.

Grande destaque merece a *teoria da exclusividade* do autor germânico Affolter, considerado por Pontes de Miranda o maior expoente da doutrina intertemporal. Sua obra foi publicada em dois volumes: *História do Direito Privado Intertemporal* e *Sistema de Direito Civil Intertemporal Alemão*, onde se encontra a importante contribuição do autor para a doutrina de proteção ao direito adquirido.

Sua teoria baseia-se em um triplice alicerce: o *fato gerador*, a *relação jurídica* e a *norma jurídica*. O autor substitui a idéia de retroatividade pela de *exclusão de eficácia própria da legislação precedente* e assevera a existência de duas regras básicas no Direito Intertemporal:

---

⁵⁶ CHIRONI, op. cit., p. 151, *apud* R. Limongi França, op. cit., p. 57.

⁵⁷ Cf. Elival da Silva Ramos, op. cit., p. 65.

“(...) uma é a regra principal (Hauptregel), que assegura a sobrevivência da lei antiga para reger os efeitos futuros dos fatos anteriores a essa lei; essa regra constitui o direito comum, de modo que a inserção de uma cláusula expressa de sobrevivência na lei é inútil na realidade, e, se encontramos, entretanto, freqüentemente cláusulas desse gênero, trata-se de simples precaução adicional do legislador. A outra regra constitui um direito especial (Sonderrecht) diante do direito comum: é a regra de exclusão da lei antiga; o autor exige que duas condições sejam reunidas para que ela possa ser admitida: 1ª) de um lado, uma condição de forma, ou seja, a inserção expressa de uma cláusula de exclusão (Ausschlussklausel) na lei, porque, sem essa cláusula, o juiz não poderia deixar de aplicar o direito comum; 2ª) de outro lado, uma condição de fundo, ou seja, de que o sentimento de direito, ou a razão, exijam que o legislador afaste imediatamente a antiga lei (...)”⁵⁸.

Affolter sustenta, ainda, que a exclusão da eficácia da lei pelo ordenamento novo, pode ser de quatro graus:

“a) uma exclusão simples – Schlichte Ausschliesslichkeit – quando a lei nova atinge só os novos efeitos jurídicos das relações anteriores; b) uma exclusão agravada – Epschwerte Ausschliesslichkeit – quando as conseqüências anteriores são golpeadas, a partir do momento da entrada em vigor do Ordenamento novo; c) uma exclusão radical – Durchgreifende Ausschliesslichkeit – quando as conseqüências dos fatos anteriores são tratadas como se a lei nova já existisse ao tempo de sua formação e, finalmente; d) uma exclusão restitutiva – Wiedereinsetzende restitutive Ausschliesslichkeit – quando a lei nova açambarca as causae judicatae e os negotia finita”⁵⁹.

A teoria objetiva, porém, alcança seu ápice com a *teoria da situação jurídica* de Paul Roubier. Sua doutrina foi exposta em diversas obras, em especial no artigo *Distinction de l'Effet Rétroactif et de l'Effet Immédiat de la Loi*”, da *Révue Trimestrielle*, de 1928, na

⁵⁸ In Elival da Silva Ramos. Op. cit., p. 67.

⁵⁹ PACE, Gaetano. *Il Diritto Transitorio...*, cit., p. 219.

obra *Les Conflits des Lois dans le Temps*, de 1929 e 1933 e sua segunda edição, revista e aumentada, *Le Droit Transitoire*, de 1960 e, por fim, na monografia *Droits Subjectifs et Situation Juridique*, de 1963.

Em sua doutrina, Paul Roubier faz a distinção entre retroatividade e efeito imediato da lei, entendendo este último como a incidência da lei nova a partir de sua entrada em vigor, inclusive, sobre as relações em curso, cujos efeitos ainda não realizados ficam imediatamente sujeitos à incidência da lei nova. As situações jurídicas já criadas e extintas no passado ficam protegidas contra a retroatividade que, no seu entender, é a incidência da lei sobre o passado, aplicando-se a modificação por ela introduzida aos fatos e efeitos produzidos no passado. Nas suas palavras:

“(...) o efeito retroativo é a aplicação no passado; o efeito imediato, a aplicação no presente... Se a lei pretende aplicar-se a fatos realizados (facta praeterita) ela é retroativa; se pretende aplicar-se a situações em curso (facta pendentia), é preciso estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da mudança da legislação, que não poderiam ser atingidas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova, se se lhes deve aplicar, não terá jamais senão efeito imediato; enfim, à face dos fatos futuros (facta futura), é claro que a lei não pode, jamais, ser retroativa”⁶⁰.

“No entanto, em certas matérias (como no caso dos contratos em curso)... a regra é a sobrevivência da lei antiga”⁶¹.

Para Roubier, o contrato é a forma de diferenciação jurídica dos indivíduos, constituindo um ato de previsão, pelo qual os contratantes conjugam seus interesses e sabem o que esperar das cláusulas do ato praticado. Por isso, entende que os contratos não podem ser afetados por uma nova lei, sob pena de se tornar inútil a escolha realizada pelos próprios

---

⁶⁰ ROUBIER, Paul. *Le Conflit des lois dans le temps*, Paris, 1929, v. I, p.371; *Le Droit Transitoire*, Paris, 1960, p. 177.

⁶¹ Idem, ibidem, p. 371.

contratantes, para reger suas relações. Para o doutrinador, mesmo as leis imperativas não teriam o condão de modificar o contrato:

“Elas terão efeito com relação aos contratos que viessem a ser concluídos posteriormente (facta futura), mas não no atinente aos contratos em curso (facta pendentia). As leis novas não podem atingir a escolha que foi conferida às partes quando da lavratura do contrato: esta escolha tinha um sentido, o de permitir aos contratantes estabelecer suas previsões e seria insuportável que, uma vez assim fixadas as partes, sobre um determinado tipo jurídico, a lei, desmentindo suas previsões, viesse ordenar de outro modo as suas relações contratuais”.

“Um contrato constitui um bloco de cláusulas indivisíveis que não se pode apreciar senão à luz sob o qual foi entabulado. É por esta razão que, em matéria de contratos, o princípio da não-retroatividade cede lugar a um princípio mais amplo de proteção, o princípio de sobrevivência da lei antiga”⁶².

O mestre francês afirma, ainda, que a distinção entre efeito retroativo e efeito imediato também é importante no que diz respeito aos poderes do intérprete. Para ele, o efeito retroativo só existirá em razão de uma cláusula legislativa expressa e formal, inexistindo uma retroatividade tácita. Assim, se o legislador não inseriu tal cláusula, o intérprete não está autorizado a fazê-lo através de uma interpretação da intenção tácita ou presumida do legislador.

Como forma de distinguir o efeito retroativo e o efeito imediato, Roubier utiliza-se da noção de *situação jurídica*, por entender ser ela a mais ampla de todas:

“superior ao termo direito adquirido, nisto de não apresentar um caráter subjetivo e poder aplicar-se a situações como aquela do menor, do interdito e do pródigo; - superiores igualmente a relação jurídica (Rechts verhältniss) – que supõe

---

⁶² ROUBIER, Paul. *Les Conflits*, p. 584-600; *Le Droit Transitoire*, p. 380-385.

uma relação direta entre duas pessoas, enquanto a situação jurídica pode ser unilateral e oponível a toda pessoa, qualquer que seja”⁶³.

Paul Roubier chama a atenção para o fato de que as situações jurídicas, em regra, não se consumam num único momento. Elas se desenvolvem num certo lapso de tempo e, nesse ínterim, pode surgir a lei nova, ocasião em que se atingir as partes anteriores à sua vigência terá efeito retroativo; atingindo senão as partes posteriores seu efeito será apenas imediato.

O autor assevera que, no desenvolvimento dos momentos sucessivos de uma situação jurídica, existe uma fase dinâmica, de constituição ou extinção desta situação jurídica, e uma fase estática, de produção de efeitos. Feita a distinção, ele continua suas lições:

“(...) é evidente que uma lei... cujo objeto é regular condições de constituição (ou de extinção) de uma situação jurídica, não pode tomar em consideração fatos anteriores à sua entrada em vigor sem ser retroativa. Sob este prisma, é preciso colocar no mesmo pé a lei que decidisse que determinados fatos que tivessem produzido a constituição (ou extinção) de uma situação jurídica sob a lei precedente, não haviam tido este poder; e a lei que decidisse que certos fatos, que não tinham produzido a constituição (ou a extinção) de uma situação jurídica sob a lei precedente, haviam tido, ao contrário, esse poder. Assim (em conclusão) as leis relativas aos modos de constituição (ou de extinção) de uma situação jurídica não podem, sem retroatividade, pôr em questão a eficácia ou a ineficácia jurídica de um fato passado”⁶⁴.

A teoria de Roubier, criada com o propósito de contrariar as teorias subjetivas, propugna o efeito imediato da lei nova que trate diversamente os efeitos e o modo de extinção das situações jurídicas. Estão incluídas nesta regra, inclusive as leis que

---

⁶³ Idem, respectivamente, p. 377 e 181.

⁶⁴ Idem, respectivamente, p. 380 e 182.

modifiquem o modo de extinção e os efeitos de direitos reais com duração indefinida, como o direito de propriedade, sob pena de sua reserva levar à imutabilidade.

Não há dúvida, entretanto, de que se a lei alcançar efeitos futuros de fatos e contratos celebrados antes de sua vigência, ela será retroativa, de aplicação imediata, porém com efeitos retroativos.

Ao discorrer sobre a disputa entre as teorias objetiva e subjetiva, a respeito do tema do conflito intertemporal de leis, Caio Mário da Silva Pereira sintetiza com a costumeira precisão:

“Na solução do problema, duas escolas se defrontam. Uma ‘subjetivista’, representada precipuamente por Gabba, afirma que a lei nova não pode violar direitos precedentemente adquiridos, que ele define como conseqüências de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei vigente ao tempo em que se efetuou, embora o seu exercício venha a se apresentar sob o império da lei nova (GABBA. Teoria della Retroattività delle Legge, v.I, p.182, et seq.). O que predomina é a distinção entre o ‘direito adquirido’ e a ‘expectativa de direito’. Outra ‘objetivista’, que eu considero representada por Paul Roubier, para o qual a solução dos problemas está na distinção entre ‘efeito imediato’ e ‘efeito retroativo’. Se a lei nova pretende aplicar-se a fatos já ocorridos (facta praeterita) é retroativa; se se refere a fatos futuros (facta futura) não o é. A teoria se diz objetiva, porque abandona a idéia de direito adquirido, para ter em vista situações jurídicas, proclamando que a lei que governa os efeitos de uma situação jurídica não pode, sem retroatividade, atingir os efeitos já produzidos sob a lei anterior (ROUBIER, Paul, op. cit., v. I, n.41 et seq.)”⁶⁵.

As duas teorias, subjetiva e objetiva, apresentam pontos positivos e negativos. Entendemos, porém, que o ordenamento jurídico pátrio – constitucional e infraconstitucional – adotou a teoria subjetiva, dos direitos adquiridos.

---

⁶⁵ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Direito Constitucional Intertemporal*. RF, n. 304, p. 29, 1988, p. 31.

Com efeito, a teoria objetiva desconsidera os efeitos retrospectivos da lei, dividindo os efeitos dos fatos pendentes para a aplicação da lei vigente ao tempo em que se constituírem, o que não é passível de aplicação em países, como o nosso, que conferem proteção constitucional ao direito adquirido. E, ainda, como forma de retirar os efeitos imediatos da lei para os contratos, apresenta argumentos contraditórios e com pouco amparo jurídico.

Conforme mencionamos, os adeptos da teoria subjetiva entendem que os contratos não se submetem à regra dos efeitos imediatos da nova legislação por constituírem um ato de previsão dos contraentes, como forma de conhecer os efeitos de seus atos. Enquanto isso, em relação aos demais atos praticados, sobrevindo nova lei que modifique seus efeitos, ela deve ser aplicada imediatamente, mesmo aos fatos pendentes. Para estes, deve ser estabelecida uma divisão entre as partes do ato anteriores à entrada em vigor da novel legislação, que são regidas pela lei antiga, e as partes do ato posteriores à sua vigência, que serão regidas por esta nova norma.

As afirmações constituem um contra-senso e representam uma ameaça ao princípio da segurança jurídica. Ora, se o fundamento da aplicação da lei antiga aos contratos é o conhecimento dos efeitos de seus atos, o que dizer em relação às demais relações jurídicas (não-contratuais)? Os indivíduos não saberiam o que esperar de seu ordenamento jurídico? Cremos que o conhecimento das conseqüências de seus atos pelos indivíduos, constitui garantia indispensável ao verdadeiro Estado Democrático de Direito. Caso contrário, a instabilidade nas relações sociais estaria instituída.

Colocadas as duas teorias, passaremos a analisar mais detalhadamente o conceito de direito adquirido adotado em nossa legislação e jurisprudência, de forma a referendar a adoção da teoria subjetiva no direito pátrio.

2.3. Conceito legal e constitucional de Direito Adquirido

Definir *direito adquirido* é uma das maiores dificuldades no estudo do Direito Intertemporal⁶⁶. Sua definição deve ser composta por elementos do direito constitucional e civil e, desde logo, há polêmica em relação aos elementos integradores do instituto. Até mesmo a expressão *direito adquirido* é rejeitada por muitos autores, que a entendem desprovida de conteúdo e sentido⁶⁷, a despeito de seu contínuo esforço para sua conceituação.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXVI dispõe que “*A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”. Tal redação não define o que se entende por direito adquirido, deixando ao intérprete a tarefa de formular seu conceito. A opção do legislador constitucional foi sábia, na medida em que impediu que uma pré-conceituação constitucional limitasse a abrangência e as possibilidades de evolução do instituto.

Nota-se que a Constituição de 1988 adotou a teoria subjetiva formulada por Gabba de direito adquirido e não a teoria da situação jurídica concebida por Roubier e, nesse sentido, como se verá adiante, tem se posicionado o Supremo Tribunal Federal ao se pronunciar sobre o tema.

A fórmula de redação, adotada desde a Constituição de 1934, levou alguns dos estudiosos do assunto a questionar se a regra era a retroatividade ou a irretroatividade, vez que o texto silencia a respeito. Entre eles, encontramos Reynaldo Porchat que diante da análise do texto constitucional e devidamente inspirado em Gabba, chegou a afirmar que a retroatividade é a regra⁶⁸.

---

⁶⁶ Em monografia sobre o assunto, Maria Coeli Simões Pires cita célebre passagem de Duguit em conferência na Universidade do Cairo, em 1926, registrada no *Leçons de Droit Public General*: “*Daqui a poucos meses fará meio século que ensino direito. E não sei até hoje o que seja direito adquirido*”. Op. cit., p. 236.

⁶⁷ A mesma autora, citando José Carlos Mattos Peixoto, ensina que tal afirmação decorre, especialmente, da negativa e superação das concepções do direito divino. Op. cit., p. 236.

⁶⁸ PORCHAT, Reynaldo, op. cit., p. 8, n. 7.

No entanto, concordamos com as lições de R. Limongi França:

“Com as Constituições de 1934, 1964 e 1968, embora diversa tenha sido a fórmula adotada no preceito sobre a matéria, sustentamos que o seu conteúdo continua o mesmo.

Os dispositivos dessas Leis Magnas, em suma, vieram atender à regra implicitamente já contida nas de 1824 e 1891, qual seja, a de que as leis não têm efeito retroativo em princípio, podendo entretanto tê-lo, por disposição expressa, se não ofenderem Direito Adquirido”⁶⁹.

A irretroatividade é a regra. Se assim não o fosse, a própria garantia de segurança jurídica restaria ameaçada, vez que seu conceito abrange a idéia de estabilidade das relações jurídicas, manifestada pela durabilidade das normas, pela previsibilidade das consequências dos atos e pela anterioridade das leis.

Em nosso ordenamento jurídico a irretroatividade sempre constituiu princípio geral de direito⁷⁰ e, por esse motivo, a retroatividade não pode ser presumida, devendo ser expressa. Assim, quando as leis não prevêm expressamente a incidência dos efeitos retroativos, deve ser entendido que elas se aplicam de imediato, atingindo os fatos presentes e os futuros. Por isso, podemos dizer que, no direito pátrio, a irretroatividade é a regra.

A definição de Direito Adquirido foi dada pela Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), em seu artigo 6^a, que assim dispõe:

Art.6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

---

⁶⁹ Op. cit., p. 192.

⁷⁰ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº I de 1969*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, v. VI, p. 392, n. 22 e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *O Poder...*, cit., p. 189.

§1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que efetuou.

§2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

A redação do dispositivo manteve os mesmos elementos já contidos na Lei de Introdução de 1916, com pequenas modificações. O texto atual mistura os elementos da teoria clássica, ou subjetiva, que há muito vem sendo adotada por nossos diplomas legais e constitucionais, com elementos da doutrina objetiva - em especial, o *efeito imediato e geral* da lei. Isso não constitui, em si, um contra-senso, visto que não há incompatibilidade entre a doutrina do direito adquirido e o efeito imediato da lei.

A Constituição Federal de 1988 limitou-se a dispor *que a lei não prejudicará o direito adquirido*, mas não estabeleceu nada sobre os efeitos da nova norma. Todavia, isso não significa que não exista uma regra para disciplinar a matéria. Conforme mencionamos, existe uma regra implícita que é a da irretroatividade da lei, perfeitamente compatível com a regra de que a lei possui efeitos imediatos e de que a nova lei não se aplicará aos fatos anteriores à sua égide ou aos efeitos anteriores destes⁷¹.

A regra contida no artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil encontra-se situada na categoria de legislação infraconstitucional e, assim sendo, não possui aptidão para condicionar as normas constitucionais em relação aos seus efeitos temporais. Entretanto, a disciplina da irretroatividade sempre esteve presente no ordenamento jurídico nacional, sendo recepcionada por todas as nossas Constituições. Nesse sentido, salvo expressa disposição em contrário constante no texto originário da Constituição Federal, de suas emendas ou da legislação infraconstitucional, as normas não possuem eficácia retroativa, mas sim efeitos imediatos e prospectivos.

---

⁷¹ FRANÇA, R. Limongi, op. cit., p. 208.

Na mesma linha de raciocínio, leciona Elival da Silva Ramos:

“Se combinarmos, adequadamente, o significado da norma condicionadora contemplada no art. 6º, caput, da Lei de Introdução com o da norma constitucional limitadora dos efeitos da lei no tempo, disso resulta, singelamente, o seguinte: à luz do ordenamento positivo brasileiro, (A) a lei, em princípio, não retroage, mas pode apresentar efeitos retroativos se assim o dispuser expressamente, desde que respeitado o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; (B) a lei é sempre dotada de eficácia imediata, desde que respeitado o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”⁷².

A noção do efeito imediato pode ser encontrada já em Pacifici-Mazzoni, seguidor da doutrina clássica de proteção ao direito adquirido. O autor afirma que ao dizermos que uma lei deve ser aplicada imediatamente, o que se pretende é que ela passe a produzir efeitos no mesmo momento em que se torna obrigatória.

Mas é Roubier o maior estudioso dos efeitos imediatos da lei. Segundo o mestre francês, *“a base fundamental da ciência do conflito das leis, no tempo, é a distinção entre efeito retroativo e efeito imediato”*. Efeito retroativo como *“aplicação ao passado”*, enquanto o efeito imediato é *“a aplicação no presente”*⁷³.

O autor assevera, ainda, que o maior desafio do efeito imediato são os *factos pendentes*, pois quanto aos fatos pretéritos, se aplicada a lei posterior, certamente haveria retroatividade. Conforme vimos anteriormente, Paul Roubier soluciona a questão dos fatos pendentes assinalando que deve haver uma separação entre suas partes anteriores e posteriores à lei. Às anteriores, se aplicaria a legislação anterior, sob pena de retroatividade. Às partes do fato pendente posteriores à lei, aplicar-se-ia a lei nova. Há que se excepcionar desta regra os contratos, completa Roubier, pois a estes deve ser aplicada somente a lei antiga. Nos demais

---

⁷² Op. cit., p. 79-80.

⁷³ ROUBIER, Paul. *Le Conflits...*, cit., p. 371 e ss.; *Le Droit...*, cit., p. 177 e ss.

casos, deve ser aplicada a regra da situação jurídica, distinguindo-se a fase dinâmica da fase estática, conforme já explicamos anteriormente.

As lições de Roubier, conquanto tenham contribuído com grande valia ao tema do direito adquirido, não são aplicáveis ao ordenamento jurídico brasileiro. Em nosso direito pátrio, o efeito imediato aplica-se às partes posteriores dos fatos pendentes *desde que respeitados o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito*. É o que nos ensina o mestre brasileiro R. Limongi França:

“Em suma o limite do efeito imediato é o Direito Adquirido em sentido amplo, de modo a abranger as outras duas noções, de ato jurídico perfeito e de coisa julgada.

Mas uma vez que o Direito Adquirido já é o limite da retroprojeção, qual o interesse de ser ainda o limite do efeito imediato?

A resposta é inapelavelmente a seguinte: o Direito Adquirido é o limite normal do efeito imediato; noutras palavras, as novas leis, ainda quando não expressas, se aplicam às partes posteriores dos ‘facta pendentia’, ressalvado o Direito Adquirido. Já com relação à retroatividade, ela nunca existe, a não ser quando expressa; mas ainda quando tal se dá, resta como limite o Direito Adquirido”⁷⁴.

A Lei de Introdução ao Código Civil, no §2º do seu artigo 6º, conceitua direito adquirido com o seguinte enunciado: *“Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição pré-estabelecida, inalterável a arbítrio de outrem”*.

Podemos verificar, da análise desta estrutura de redação, que a lei define como Direito Adquirido *aquele que seu titular possa exercer*. Devemos ressaltar que a expressão *ou alguém por ele* não é parte essencial da definição do instituto, mas sim simples aplicação das regras de representação ou assistência, comuns a todo ordenamento. Já os

---

⁷⁴ Op. cit., p. 210.

elementos finais desta norma constituem verdadeiros limites ao direito adquirido e, juntamente com as faculdades e expectativas, serão estudados mais adiante.

Esta definição apresentada pela norma de sobredireito é demasiadamente simples para permitir a solução de todos os conflitos temporais. Essa constatação levou Reynaldo Porchat a afirmar que *“com o auxílio da definição escrupulosamente formulada por Gabba, ficam os juízes habilitados a sentenciar todos os casos”*⁷⁵.

Tomamos a liberdade de repetir o conceito de direito adquirido formulado por Gabba:

*“É adquirido todo direito que: a) é a consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se viu realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo, e que b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu”*⁷⁶.

Este conceito de direito adquirido proposto por Gabba, assim como a maioria dos conceitos apresentados pelos estudiosos do assunto, tentam elucidar os conflitos de leis no tempo apresentando um núcleo-comum, que gravita em torno das idéias de patrimonialidade e de direito subjetivo.

Vejamos o conceito de Pacifici-Mazzoni, onde também fica claro o mencionado núcleo-comum:

“Direito adquirido é a consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o mesmo se consumou, e que antes da atuação da nova

---

⁷⁵ PORCHAT, Reynaldo. *O Código Civil e a Retroatividade*, Revista de Direito, 43/412, 1917.

⁷⁶ Op. cit., p. 191.

lei entrou a fazer parte do patrimônio da pessoa a quem respeita, embora não tenha podido fazer-se valer por parte dela, por falta de ocasião”⁷⁷.

Limongi França critica o conceito de Gabba, considerando-o prolixo. Afirma que tal definição não se compadece com o sistema jurídico brasileiro, pois se baseia na regra da retroatividade da lei, que é oposta à adotada por nosso sistema: a da irretroatividade da lei. Desta forma, propõe o seguinte conceito para direito adquirido: *“É a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto”⁷⁸.*

No conceito de França, encontramos uma vez mais a noção de patrimonialidade intimamente ligada ao conceito de direito adquirido. Presença que se repete em todos os conceitos trazidos à colação neste trabalho e que se tornou ponto de partida da doutrina na consideração deste direito subjetivo.

A fim de nos auxiliar na compreensão da patrimonialidade como exigência para a configuração do direito adquirido, trazemos à baila a lição de José Afonso da Silva⁷⁹:

“Se a lei revogada produziu efeitos em favor de um sujeito, diz-se que ela criou situação jurídica subjetiva, que poderá ser um simples interesse, um interesse legítimo, a expectativa de um direito, um direito condicionado, um direito subjetivo. Este último é garantido jurisdicionalmente, ou seja, é um direito exigível na via jurisdicional.

(...) A realização efetiva desse interesse juridicamente protegido, chamado direito subjetivo, não raro fica na dependência da vontade do seu titular. Diz-se, então, que o direito lhe pertence, já integra o seu patrimônio, mas ainda não foi exercido”.

⁷⁷ Apud Maria Coeli Simões Pires, p. 238.

⁷⁸ Op. cit., p. 216.

⁷⁹ SILVA, José Afonso da. *Reforma Constitucional e Direito Adquirido*. Revista de Direito Administrativo, p. 122.

A configuração do direito adquirido, assim, só é possível quando ocorre ato ou fato idôneo para integrar ao patrimônio do indivíduo determinado bem ou direito, ainda que este não se tenha feito valer à luz da lei antiga. A caracterização da patrimonialidade, entretanto, nem sempre é de fácil verificação no caso concreto, pois certas vezes encontra-se em zona limítrofe, demandando análise detalhada para a certificação de seu tratamento na ordem jurídica.

Entre os limites para a caracterização do direito adquirido encontram-se, além da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (que trataremos adiante), as expectativas de direito, as faculdades jurídicas, os direitos a termo, os direitos sob condição e os direitos de aquisição complexa.

Muitos estudiosos do direito adquirido, ao tratar do assunto, sequer mencionam as expectativas de direito como fronteiras do instituto. Outros o fazem sem lhes fixar um conceito. É difícil, ainda, encontrar uma identidade de tratamento do assunto, seja nos autores do início do século XIX, seja nos doutrinadores modernos.

Para Pacifici-Mazzoni, por *expectativas* “*se entendem as meras possibilidades ou abstratas faculdades jurídicas de fazer, e as esperanças de obter direitos patrimoniais*”. Enquanto isso, para Gabba, devemos verificar se estamos diante de uma mera expectativa, através de uma análise indireta do fato que produziu o suposto direito adquirido: “*qualquer que seja a índole dos fatos mediante os quais se adquirem os direitos, é princípio geral o de que os fatos aquisitivos se devem verificar por inteiro, antes que se possam dizer adquiridos os direitos que os mesmos fatos são destinados a produzir*” e, se não verificados por inteiro, nos encontramos diante das meras expectativas⁸⁰.

Entre os autores nacionais que conceituam as expectativas, vale registrar os ensinamentos de Carlos Maximiliano⁸¹:

---

⁸⁰ Conforme R. Limongi França, op. cit., p. 224.

⁸¹ *Direito Intertemporal*, p. 45.

“Fonte perene de erros é a confusão de direito adquirido com expectativa de direito; esta se verifica toda vez que um direito desponta, porém lhe falta algum requisito para se completar: por exemplo, sucessão, quando existe apenas um testamento; dote, quando só se lavrou a escritura respectiva; para haver o direito adquirido, se faz mister, na primeira hipótese, advir o óbito do disponente; na segunda, realizar-se o casamento da pessoa beneficiada”.

Reynaldo Porchat, em sua monografia sobre o tema, apresenta visão mais detalhada de expectativa, definindo-a como *“a esperança de um direito que, pela ordem natural das coisas, e de acordo com uma legislação existente, entrará provavelmente para o patrimônio do indivíduo, quando se realize um acontecimento previsto”*⁸².

O conceito, entretanto, merece algumas críticas: (i) ao tratar-se de direito adquirido não se está tratando sobre *ordem natural*, mas sempre sobre *ordem positiva*; (ii) a expressão *acontecimento previsto* pode levar a uma confusão com o direito a termo, que é direito adquirido e não mera expectativa. Por este motivo, entendemos mais completa a definição proposta por Limongi França, para quem expectativa *“é a faculdade jurídica abstrata ou em vias de concretizar-se, cuja perfeição está na dependência de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico”*⁸³.

Mas o que seriam as faculdades jurídicas?

Reynaldo Porchat assinala, sem maiores detalhes, que *“a expectativa se distingue da faculdade, porque se transforma em um Direito que entrará para o patrimônio do indivíduo independentemente de qualquer ato deste... O conceito de expectativa está para o de faculdade, como o conceito de probabilidade está para o de possibilidade”*⁸⁴.

---

⁸² Op. cit., p. 30.

⁸³ Op. cit., p. 226.

⁸⁴ Op. cit., p. 30-31.

Limongi França, ao tratar das faculdades jurídicas, a nosso ver, apresenta estudo mais aprofundado e esclarecedor, entendendo-as em sentido mais amplo, de modo a abranger, inclusive, as expectativas de direito, considerando como faculdades jurídicas todas as possibilidades de ação e fruição existentes no Direito. Para o autor, as faculdades podem ser de duas naturezas: de direito natural ou de direito positivo. Vale a pena repetir sua lição:

“As de Direito Positivo subdividem-se em abstratas e concretas. Por sua vez, as abstratas podem ser dependentes de requisito ou dependentes de fato aquisitivo específico para se concretizarem.

Faculdades de Direito Natural são as que não estão previstas em lei ou outra forma de expressão do Direito, mas que o sujeito possui em razão da Natureza das Coisas. Assim, o Direito ao nome, o Direito ao recato, concernem a efetivas faculdades jurídicas, muito embora entre nós o sistema não as tenha previsto, ou apenas o tenha feito parcialmente. Por outro lado, não obstante, elas são jurídicas, porque se entendem com a questão do meu e do seu.

Faculdades de Direito Positivo são as correspondentes a normas previstas no sistema jurídico, principalmente na lei. São, de modo geral, as facultas agendi, definidas pelo complexo das normae agendi.

Faculdades abstratas são aquelas que, fundando-se no sistema, ainda não passaram para o patrimônio moral ou material do sujeito.

Faculdade abstrata dependente de requisito é aquela cujo correspondente Direito tem como fato aquisitivo específico a própria lei, mas não passou para o patrimônio do sujeito, em virtude da falta de algum elemento accidental que a lei exige.

Faculdade abstrata dependente de fato aquisitivo específico é aquela que, tendo como causa eficiente principal e direta um fato ou ato exterior à lei, ainda não passou para o patrimônio do sujeito em virtude da carência dessa causa ou da falta da sua complementação.

Faculdade jurídica concreta é aquela que já passou para o patrimônio moral ou material do sujeito, em virtude quer da atuação direta e perfeita da própria lei, quer do preenchimento de algum requisito legal accidental, quer da incidência e perfeição de fato aquisitivo específico.

De onde as seguintes conclusões a respeito das faculdades jurídicas:

a) As Expectativas de Direito correspondem às faculdades abstratas, tanto dependentes de requisito como de fato aquisitivo específico.

b) As faculdades concretas estão, todas elas, incluídas no conceito fundamental de Direito Adquirido.

c) As faculdades de Direito Natural, embora, numa lucubração teórica, também se possam dividir em abstratas e concretas, não se inserem sob nenhum aspecto, na noção de Direito Adquirido”⁸⁵.

A norma contida no §2º do artigo 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil prevê, ainda, como insertos na definição de Direito Adquirido, os chamados *direitos a termo*, quais sejam “*aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo*”.

Limongi França, analisando a norma, define termo como o “*instante ou dia certo a partir do qual deve começar ou no qual deve extinguir-se a eficácia de um ato jurídico*”⁸⁶. Continua o autor esclarecendo que o conceito abrange tanto a noção de termo inicial, em sua primeira parte, como a de termo final, no desfecho do conceito.

O autor, ao analisar a solução dada pela referida Lei de Introdução, sob a égide do Código Civil de 1916, critica a inclusão do direito a termo no dispositivo por ser desnecessária, já que o artigo 123 do Código Civil – cujo dispositivo foi repetido no artigo 131 do Código Civil de 2002 -, determina que o termo inicial apenas suspende o exercício do direito, mas não a sua aquisição.

O artigo 6º, § 2º do Estatuto Preliminar considera, também, adquiridos os direitos cujo começo de exercício tenha “*condição pré-estabelecida inalterável, a arbitrio de outrem*”, o que exclui da definição apenas as condições potestativas⁸⁷, incluindo tanto as condições suspensivas quanto as resolutivas.

---

⁸⁵ Op. cit., p. 229.

⁸⁶ Op. cit., p. 230.

⁸⁷ Condições potestativas são aquelas que sujeitam o ato ao puro arbítrio de uma das partes. Referidas condições são consideradas ilícitas pelo artigo 122, do Código Civil.

Retira-se do Código Civil, em seu artigo 121, o conceito de *condição*:
“Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”.

A inclusão do direito condicionado na definição de direito adquirido constituiu alvo de uma das principais críticas de Paul Roubier à doutrina clássica: *“Por definição – o direito condicional não é um direito adquirido, uma vez que está em suspenso e depende de um fato cuja incidência é incerta”*⁸⁸.

Em resposta à crítica de Roubier, encontramos a lição bastante esclarecedora de Savigny sobre a acertada inclusão das condições no rol de definições do direito adquirido:

*“(...) não é preciso pôr em paralelo com as simples expectativas os direitos, que ainda não podem ser exercitados, porque vinculados a uma condição ou a um termo. Estes são verdadeiros direitos, já que, mesmo no caso da condição, a incidência tem efeito retroativo. A diferença está nisto, que na expectativa o êxito depende do mero arbítrio de uma outra pessoa, enquanto na condição e no dies tal não encontra lugar”*⁸⁹.

Não é outro o entendimento do jurista pátrio, Reynaldo Porchat, esclarecendo que *“no direito condicionado o adimplemento da condição, mesmo que se verifique sob o domínio de uma lei nova, tem efeito retroativo, de modo que o direito se considera real e efetivo desde o momento em que nasceu sob condição”*⁹⁰.

Arnold Wald, analisando o dispositivo e comentando a extensão do conceito de direito adquirido à luz da doutrina e da jurisprudência pátria, afirma que:

---

⁸⁸ ROUBIER, Paul. *Les Conflits...*, I, p. 325.

⁸⁹ Savigny. *Sistema...*, VIII, p.387-388, *apud* R. Limongi França, op. cit., p. 232.

⁹⁰ PORCHAT, Reynaldo, op. cit., p. 31-32.

“Entendem assim a doutrina e a jurisprudência, interpretando o texto legal, que direito adquirido não é tão-somente aquele que, preenchidos todos os requisitos legais, já tenha sido integrado no patrimônio do seu titular, mas, ainda, aquele que depende de termo suspensivo ou de condição inalterável a arbítrio de outrem. A determinação constitucional e a vontade do legislador tiveram em mira impedir que a lei nova – que tem efeito imediato e geral (art. 6º, caput, da Lei de Introdução) – pudesse afetar o direito condicional, cujas conseqüências jurídicas independiam da atuação das partes”⁹¹.

Os direitos condicionais relacionam-se a um bem jurídico que integra desde logo o patrimônio de seu titular, a despeito de uma condição vir dar eficácia ao ato ou retirá-lo, sendo, portanto, retroativa. Neste sentido é o texto do artigo 126 do Código Civil⁹².

A aplicabilidade do dispositivo às condições suspensivas é rechaçada por muitos autores. Adeptos desse posicionamento, Teixeira de Freitas⁹³ e João Luis Alves⁹⁴ não procederam com o costumeiro acerto em suas colocações. Clóvis Beviláqua, entretanto, sintetizou, com lucidez, a noção de direito condicional, atribuindo-lhe o caráter de patrimonialidade:

“A condição suspensiva torna o direito apenas esperado, mas ainda não realizado. Todavia, com o seu advento, o direito se supõe ter existido, desde o momento em que se deu o fato que o criou. Por isso a lei o protege, ainda nessa fase de existência meramente possível, e é de justiça que assim seja, porque, embora dependente de um acontecimento futuro e incerto, o direito condicional já é um bem jurídico, tem valor econômico e social, constitui elemento do patrimônio do titular”⁹⁵.

---

⁹¹ WALD, Arnold. *Da doutrina brasileira do direito adquirido e a proteção dos efeitos dos contratos contra a incidência de lei nova*. Revista de Informação Legislativa, p. 148-149.

⁹² “Art. 126. Se alguém dispuser de uma coisa sob condição suspensiva e, pendente esta, fizer quanto àquela novas disposições, estas não terão valor, realizada a condição, se com ela forem incompatíveis”.

⁹³ *Consolidação das Leis Cíveis*. 3ª ed., 1875, p. 299-300.

⁹⁴ *Código Civil Anotado*. 1ª ed., Rio de Janeiro, 1917, p. 3.

⁹⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*, v. I, Rio de Janeiro, 1944, p. 100.

Quanto às condições resolutivas, não pairam maiores dúvidas, uma vez que o próprio legislador, ao redigir o artigo 127 do Código Civil, afirma que, enquanto não sobrevier condição resolutiva, o negócio jurídico vigorará desde o ato que o constituiu, até que sobrevenha a condição que o resolva.

Nota-se que o conceito legal de direito adquirido é abrangente, alcançando o direito condicional e a termo. No caso de direito a termo, sua aquisição se opera desde logo, ficando apenas seu exercício suspenso; para o direito sujeito a condição suspensiva, fica sujeito à ocorrência do evento, mas uma vez que este se dê, seus efeitos retroagem, à data do fato ou negócio que criou o direito; finalmente, no caso da condição resolutiva, o direito é adquirido *ab initio*, podendo ser exercitado, ficando sujeito apenas à verificação da condição que o resolva.

A inclusão do direito eventual na definição de direito adquirido não está incólume a críticas, em especial dos objetivistas que afirmam a sua incompatibilidade com o artigo 125 do Código Civil, que afirma que nos negócios jurídicos sujeitos à condição suspensiva, só se adquire o direito quando esta se verificar. Entretanto, como veremos⁹⁶, as críticas são frágeis, uma vez que o direito sujeito a condição suspensiva encontra-se protegido pela categoria do ato jurídico perfeito, conceito este abrangido na definição de direito adquirido.

Não podemos deixar de abordar, dentro do conceito de direito adquirido, os chamados *direitos de aquisição complexa*, definidos por Limongi França como “*aqueles que, para se adquirirem, dependem da perfeição de elementos separados ou sucessivos*”⁹⁷.

Gabba afirma que os fatos aquisitivos de direitos podem ser complexos de três modos: a) quando uma mesma pessoa empreenda uma série de atos em um período mais ou menos longo de tempo; b) quando duas ou mais pessoas devem empreender, cada qual separadamente, um fato próprio e distinto; c) quando a um determinado ato de uma pessoa se

---

⁹⁶ Vide item 2.4 deste capítulo, p. 54-57.

⁹⁷ FRANÇA, R. Limongi, op. cit., p. 238.

deva juntar um acontecimento que não está em seu poder⁹⁸. Como exemplos, o autor italiano cita, respectivamente, o usucapião, a sucessão testamentária e a transmissão unilateral de direitos sob condição.

O mestre italiano aduz que, *a priori*, não é possível dizer quando existe um direito adquirido nestes casos, que ficam dependentes de um caráter especial que seja idôneo para lhe dar tal efeito. Caráter este que, a seu ver, pode ser um dos seguintes:

“a) *que o fato ainda não verificado seja infalível (immancabile); b) que não mais esteja no poder, daquele em confronto do qual o direito é adquirido, impedir o fato que falta, para que se aperfeiçoe a transmissão; c) que a aquisição a que deve dar lugar a realização do fato não realizado (il compimento del fatto incompiuto) tenha a sua raiz em um anterior Direito Adquirido, do qual seja um desenvolvimento ou uma transformação*”⁹⁹.

Limongi França, apoiando-se nas lições de Gabba e de Fagella propõe a classificação em *direitos de aquisição simples* – aqueles cuja aquisição se dá em decorrência de um único fato jurídico ou em decorrência da própria lei – e *direitos de aquisição complexa* – que dependem de vários elementos para se concretizarem. Entende o autor que, por serem os direitos de aquisição complexa de diversas espécies, dependem de variadas soluções.

Como espécies de direitos de aquisição complexa, França propõe: a) *direitos de aquisição imperfeita*, que seriam os direitos sujeitos a termo ou condição, já estudados acima; b) *direitos de aquisição sucessiva*, que define como “*aqueles que se conseguem mediante o decurso de um certo lapso de tempo*”; c) *direitos de aquisição por partes*, conceituados como “*aqueles que se auferem mediante a perfeição autônoma de vários elementos*”; d) *direitos de aquisição plural*, considerados como aqueles cuja ocorrência decorre de diversas causas autônomas e suficientes¹⁰⁰.

⁹⁸ Conforme R. Limongi França, op. cit., p. 232.

⁹⁹ GABBA, C. F., op. cit., p. 228-229.

¹⁰⁰ Op. cit., p. 242.

Os *direitos de aquisição sucessiva* incorporam-se dia a dia no patrimônio de seu titular, durante certo lapso de tempo. Esta incorporação gradativa no tempo não pode ser desconsiderada pela lei nova que passa a vigorar, visto que detém certa patrimonialidade, ainda que incompleta. A solução apontada é a de aplicar-se imediatamente a nova lei, mas resguardar a validade do que já foi constituído durante a vigência da lei antiga.

Como exemplos de *direitos de aquisição sucessiva* podem ser citados a prescrição e o direito à aposentadoria, cujos requisitos se adquirem dia a dia, durante certo prazo, que deve ser resguardado mesmo diante do advento de nova lei.

São grandes as dificuldades que se colocam em relação às questões envolvendo os direitos de aquisição sucessiva no campo do direito público. Ainda mais complexa é a solução para os casos em que a lei nova altere os prazos prescricionais, sem dispor sobre os fatos ocorridos sob a égide da lei anterior.

Procurando solucionar a matéria, o Supremo Tribunal Federal editou, em 01/10/1964, a Súmula 445, sustentando o efeito imediato de lei nova¹⁰¹ que, embora procure resolver o problema, implica em aplicação indiscriminada da lei nova, retroagindo e desrespeitando a antiga lei.

Limongi França criticou esta posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, por entendê-la defensora apenas dos interesses de uma das partes na relação jurídica, e em contrapartida propôs que se estabeleça “*uma proporção entre o prazo anterior e o da lei nova, de tal forma que sempre fosse assegurado à parte contrária um lapso para exercer suas defesas*”.

Com efeito, não caminhou bem o Supremo Tribunal Federal, ao editar a mencionada Súmula 445. De fato, a prescrição em curso não pode ser considerada um direito adquirido, pois ainda não foi incorporada ao patrimônio do indivíduo a quem beneficia,

---

¹⁰¹ Súmula 445, STF: “*A Lei nº 2.347, de 7 de março de 1955, que reduz prazo prescricional, é aplicável às prescrições em curso, na data de sua vigência (1º.1.1956), salvo quanto aos processos então pendentes*”.

caracterizando apenas mera expectativa de direito. Entretanto, não há dúvidas de que a redução do prazo prescricional em curso, sem a previsão de qualquer norma de transição, vai de encontro ao princípio da segurança jurídica, já que traz, aos indivíduos, a incerteza sobre a consequência de seus atos.

Em relação aos *direitos de aquisição por partes*, encontramos menor controvérsia, visto que compostos de atos autônomos, cuja validade deve ser aferida sob o escudo da lei vigente ao tempo em que o ato se deu. Como exemplo, pode-se citar o direito à sucessão testamentária.

Por fim, nos *direitos de aquisição plural*, deve ser afastada a aplicação imediata da lei, para aplicar a lei vigente ao tempo da perfeição de cada fato aquisitivo.

2.4. Ato jurídico perfeito e coisa julgada

A cláusula constitucional do artigo 5º, inciso XXXVI refere-se a três figuras impeditivas à retroprojeção da lei: o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Cuida o artigo 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil em definir, também, estes dois últimos elementos garantidores da segurança jurídica, em seus parágrafos 1º e 3º, que dispõe ser o ato jurídico perfeito aquele “*já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou*” enquanto a coisa julgada ou caso julgado é “*a decisão judicial de que já não caiba recurso*”.

Parte dos estudiosos do direito visualiza o ato jurídico perfeito e a coisa julgada como categorias diversas do direito adquirido, recebedora de proteção autônoma pela Constituição Federal, entre os quais Pontes de Miranda¹⁰², José Afonso da Silva¹⁰³ e Elival da Silva Ramos¹⁰⁴.

---

¹⁰² “O ato jurídico perfeito, a que se refere o art. 153, § 3º, é o negócio jurídico, ou o ato jurídico *stricto sensu*; portanto, assim as declarações unilaterais de vontade como os negócios jurídicos bilaterais, assim os negócios jurídicos, como as reclamações, interpelações, a fixação de prazo para a aceitação de doação, as cominações, a

Entretanto, a maior parte da doutrina considera o direito adquirido como o principal objeto da proteção constitucional, sendo o ato jurídico perfeito e a coisa julgada apenas subespécies desta proteção, como modos típicos de geração destes direitos. Alguns autores chegam a tecer severas críticas sobre a inclusão das figuras no texto constitucional – e, por conseqüência, também no texto legal –, por constituir uma repetição inútil pelo texto da lei, por duas razões: a) o conceito de direito adquirido já compreende o de ato jurídico perfeito e o de coisa julgada; b) a proteção dispensada a estas duas figuras é menos ampla do que aquela dispensada ao direito adquirido.

Wilson de Campos Batalha observa a inadequação da previsão do ato jurídico perfeito no rol de elementos limitadores à retroatividade das leis:

“O ato jurídico perfeito é um dos possíveis elementos geradores de situações jurídicas concretas, ou, mais limitadamente, um dos possíveis elementos criadores de direitos adquiridos e deveres jurídicos correlatos. Desnecessário seria indicar um desses possíveis elementos, se outros existissem.

(...)

“A alusão a ato jurídico perfeito, ao lado do direito adquirido, visa à forma do ato e não à substância. O ato jurídico perfeito é o ato regular, quanto à forma, suscetível de gerar, substancialmente, direito adquirido.”¹⁰⁵

---

constituição de domicílio, as notificações, o reconhecimento para interromper a prescrição ou com sua eficácia (atos jurídicos *stricto sensu*). Os atos-fatos jurídicos têm, de regra, simultâneas, a existência e a eficácia (especificação, descobrimento de tesouro, composição de obra científica, ou artística ou literária). Não são atos jurídicos, no sentido do art. 153, § 3º, as tais atos-fatos produzem direitos, ao entrarem no mundo jurídico, e a 1ª parte do art. 153, § 3º, protege-os contra lei nova. Dá-se o mesmo, no seu tanto com os fatos jurídicos *stricto sensu*.”, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, t. V, 1971, p. 102.

¹⁰³ “A diferença entre direito adquirido e ato jurídico perfeito está em que aquele emana da lei em favor de um titular, enquanto o segundo é negócio fundado na lei”. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 1997, p. 414.

¹⁰⁴ Op. cit., p. 152-153.

¹⁰⁵ BATALHA, Wilson de Campos. *Direito Intertemporal*, p. 195-196. No mesmo sentido é a opinião de João Luís Alves: “Na noção de direito adquirido se compreende a irretroatividade, em relação ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, pois, aquele e esta, têm por objeto direitos, cuja aquisição se verifica pela perfeição do ato jurídico perfeito e da coisa julgada” (Código Civil Anotado, 1ª ed., 1917, p. 3). A esse respeito veja-se, também, Reynaldo Porchat, *O Código Civil e a Retroatividade*, p. 412 e Rubens Limongi França, *op. cit.*, p. 219.

Assiste certa razão estes doutrinadores, pois o conceito de direito adquirido é mais amplo do que o conceito de ato jurídico perfeito e de coisa julgada, que são compreendidos naquele primeiro. Nesse sentido tem sido a posição do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁶. Concordamos com aqueles que afirmam que o dispositivo constitucional, ao incluir o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, pretendeu simplificar o entendimento, já que estas figuras possuem definição mais clara e simples. A esse respeito discorre Clóvis Beviláqua:

*“Em rigor, tudo se reduz ao respeito assegurado aos direitos adquiridos; mas, como no ato jurídico perfeito e na coisa julgada se apresentam momentos distintos, aspectos particulares do direito adquirido, foi de vantagem, para esclarecimento da doutrina, que se destacassem esses casos particulares e deles se desse a justa noção”*¹⁰⁷.

José Carlos Moreira Alves adota a mesma posição:

“Esse conceito de direito adquirido para efeito de direito intertemporal é um conceito que se nós examinarmos mais de perto em face de outros dois – o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, nós vamos chegar à conclusão de que, na realidade, os três poderiam estar compreendidos em um só, ou seja, tanto do ato jurídico perfeito quanto da coisa julgada decorreriam necessariamente o direito adquirido. Conseqüentemente não haveria em rigor necessidade de valermo-nos

---

¹⁰⁶ Ver STF, DJU, 28 set. 1984, RE 102.216, rel. Min. Moreira Alves: “Direito de preferência de locatário de imóvel vendido a terceiros. (...) Em face do § 3º do art. 153 da Constituição, que não faz qualquer distinção em matéria de ato jurídico perfeito e de direito adquirido, é indubitável que o contrato válido entre as partes é ato jurídico perfeito, dele decorrendo, para uma ou para ambas, direitos adquiridos. Se a lei posterior cria para terceiro direito sobre o objeto do contrato e oponível a ambas as partes contratantes, não pode ela, sob pena de alcançar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido entre as partes, ser aplicada a contratos validamente celebrados antes de sua vigência”. Ver também o Informativo STF nº 32: “A referência a direito adquirido constante do art. 17 do ADCT (‘Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dele decorrentes, não se admitindo, neste caso, a invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título’) compreende a coisa julgada e o ato jurídico perfeito. Com esse fundamento a Turma concedeu e deu provimento a RE interposto contra acórdão que deferira mandado de segurança para assegurar aos impetrantes (servidores públicos) reajuste de remuneração idêntico ao concedido a outra categoria funcional, sob o argumento de que esse direito fora reconhecido por decisão transitada em julgado. Precedente citado: RE 140.894-SP (1ª Turma, 10.05.95). RE 171.235-MA, Rel. Min. Ilmar Galvão, 21.05.1996”.

¹⁰⁷ *Teoria Geral de Direito Civil*, 1976, p. 26-27.

desses outros dois conceitos. Mas a pergunta que se faz é por que isso? A resposta talvez seja uma resposta pragmática, mas eu nunca encontrei outra.

É que os conceitos de ato jurídico perfeito e coisa julgada são conceitos singelos, a respeito dos quais não há maior discussão, ao passo que o conceito de direito adquirido é um conceito bastante controvertido ou pelo menos um conceito cujo conteúdo ainda é bastante controvertido ou pelo menos um conceito cujo conteúdo ainda é bastante controvertido, e, conseqüentemente, dá margem a muitos problemas. Por isso mesmo é que os senhores verificam que toda vez que nós podemos lançar mão do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, ninguém vai lançar mão do direito adquirido”¹⁰⁸.

Conquanto alguns doutrinadores, em especial aqueles adeptos da teoria objetiva, tentem dar ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, caráter de autonomia em relação ao direito adquirido, claro está que nele se compreendem, como subespécies.

---

¹⁰⁸ Direito Adquirido. Fórum Administrativo nº 15:579, 2002, p. 582-583.

3 - A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Estudados os conceitos de direito adquirido, tanto o constitucional, quando o legal, percebemos que ambos se mostram insuficientes para a solução de todos os conflitos que possam surgir da edição de novas leis. Conquanto a Constituição deixe em aberto os contornos e limites do direito adquirido e a Lei de Introdução ao Código Civil, por sua vez, apresente uma definição clara do instituto – inquestionada pela doutrina ou jurisprudência – a percepção do próprio instituto de direitos adquiridos permanece objeto de debates na doutrina e jurisprudência. Desse debate, surgem duas orientações possíveis.

Por uma delas, não tendo a Constituição fixado o conceito de direito adquirido, deixou o legislador infraconstitucional livre para fazê-lo, fixando seus contornos. Nesse sentido encontramos, na doutrina, a posição de Rubens Limongi França¹⁰⁹ e, na jurisprudência, há julgado do Supremo Tribunal Federal em Acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 135.632, Rel. Min. Celso de Mello, BDA, dez./1995, p. 773:

“(...) Em suma: se é certo que a proteção ao direito adquirido reveste-se de qualificação constitucional, consagrada que foi em norma de sobredireito que disciplina os conflitos da lei no tempo (CF, art. 5º, XXXVI), não é menos exato – considerados os dados concretos de nossa própria experiência jurídica – que a positivação do conceito normativo de direito adquirido, ainda que veiculável em sede constitucional, submete-se, entretanto, de lege lata, ao plano da atividade legislativa comum (...)”.

Outra orientação aponta no sentido de que a definição infraconstitucional é mero guia para a interpretação, mas não pode aprisionar nem limitar a garantia constitucional, subtraindo o alcance e o núcleo essencial da norma constitucional. É essa a posição que adotaremos no presente trabalho.

---

¹⁰⁹ Op. cit., p. 210-211.

Assim não fosse estaríamos esvaziando a proteção constitucional, que ficaria sujeita à regulação pelo legislador ordinário, implicando numa interpretação da Constituição conforme a lei, o que se afigura teratológico - é a lei que deve ser interpretada em conformidade com a Constituição, tendo em vista a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico.

É nesta seara que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ocupa papel de extrema importância. Ao conceituar o instituto, buscando auxílio da doutrina, a corte suprema concretiza a cada dia o conteúdo e a extensão da garantia do direito adquirido.

A garantia do direito adquirido assegura a manutenção no tempo dos efeitos de situações suprimidas pela nova legislação (ultratividade da lei). Ela se ocupa dos efeitos concretos da lei, não é uma garantia contra a lei em abstrato, mas sim considerada, subjetivamente, no caso concreto. Assim, permite que, durante a vigência da lei nova, se aplique a lei antiga a alguns indivíduos, enquanto incide imediatamente para outros. Não é uma garantia contra a inovação legislativa, mas uma garantia de que os efeitos concretos e individuais da lei antiga, que já estejam incorporados ao patrimônio dos indivíduos sejam mantidos, em obediência ao princípio da segurança jurídica.

Com isso, verificamos a primeira consequência da garantia dos direitos adquiridos: não é possível o controle de constitucionalidade em abstrato da lei sob o argumento de ferir direitos adquiridos, exceto se a lei determinar expressamente sua incidência sobre as situações anteriores. Deve ser realizado o controle difuso de constitucionalidade, avaliando o caso concreto de desrespeito ao direito adquirido.

Nesse sentido, encontramos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal expresso por ocasião do julgamento da ADIN 1161-8-DF, em que foi Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, onde se afirma que a discussão sobre a violação do direito adquirido “*não é susceptível de deslinde na via do controle abstrato, salvo quando a própria lei determina a sua incidência sobre situações anteriores (v.g., ADIN-493, Med. Cautelar, M. Alves, 7.5.91, RTJ 142/52), a impugnação não diz com a validade da lei, mas com a sua eficácia no tempo e*

há de ser dirimida pela via difusa adequada, por provocação dos prejudicados (v.g. ADIN 174, Pertence, 21.3.90, RTJ 131/498, ADIN 613, Resek, 29.4.93) ”¹¹⁰.

Nesse mesmo sentido encontramos a ementa da ADIN 1434-SP, Relator Min. Celso de Mello:

“(...) O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade.

A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art.3º)(...) ”¹¹¹.

Ao analisar as questões submetidas ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, fica claro que para tomar suas decisões sobre eventual desrespeito à cláusula constitucional de garantia dos direitos adquiridos, a Corte Maior analisa o caso concreto submetido ao seu julgamento, sob o ponto de vista subjetivo. Não há, assim, adoção da corrente objetiva nos seus acórdãos. E a este respeito, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou explicitamente, como podemos verificar da passagem do voto do Ministro Moreira Alves, no julgamento da ADI 493-DF:

¹¹⁰ STF, ADIN 1161-8-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 02-01-1995, p. 446.

¹¹¹ STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 1434/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20.08.1996, DJ 22.11.1996. Confira-se, no mesmo sentido: Rp. 891-GB e Rp. 895, rel. Min. Djaci Falcão, 13-6-73, RTJ 67/327 e 68/283 e Rp. 1.288-DF, rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 119/548.

“Por fim, é de salientar-se que as nossas Constituições, a partir de 1934, e com exceção de 1937, adotaram desenganadamente, em matéria de direito intertemporal, a teoria subjetiva dos direitos adquiridos e não a teoria objetiva da situação jurídica, que é a teoria de ROUBIER. Por isso mesmo, a Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, tendo em vista que a Constituição de 1937 não continha preceito da vedação da aplicação da lei nova em prejuízo do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, modificando a anterior promulgada com o Código Civil, seguiu a parte da teoria de ROUBIER, e admitiu que a lei nova, desde que expressa nesse sentido, pudesse retroagir. Com efeito, o artigo 6º rezava: ‘A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito’. Com o retorno, na Constituição de 1946, do princípio da irretroatividade no tocante ao direito adquirido, o texto da nova Lei de Introdução se tornou parcialmente incompatível com ela, razão por que a Lei nº 3.238/57 o alterou para reintroduzir nesse artigo 6º a regra tradicional de que ‘a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada’. Como as soluções, em matéria de direito intertemporal, nem sempre são coincidentes, conforme a teoria adotada, e não sendo a que ora está vigente em nosso sistema jurídico a teoria objetiva de ROUBIER, é preciso ter cuidado com a utilização indiscriminada dos critérios por este usados para resolver as diferentes questões de direito intertemporal”¹¹².

Já se encontra assentada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ainda, a orientação de que a nossa Constituição adotou a *retroatividade mínima* ou *mitigada*, citada por Matos Peixoto¹¹³, como se verifica do teor dos acórdãos abaixo citados:

“Pensões especiais vinculadas a salário mínimo. Aplicação imediata a elas da vedação da parte final do inciso IV do art. 7 da Constituição de 1988. – Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que os dispositivos constitucionais

¹¹² STF, Tribunal Pleno, ADI 493-0/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 25/06/1992, DJ 04.09.1992.

¹¹³ Vide *retro*, item 1.2, capítulo I.

têm vigência imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima). Salvo disposição em contrário – e a Constituição pode fazê-lo -, eles não alcançam os fatos consumados no passado nem as prestações anteriormente vencidas e não pagas (retroatividades máxima e média). – Recurso extraordinário conhecido e provido”¹¹⁴.

“(...) Não há dúvida de que a Constituição se aplica de imediato, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima), como sucede coma alteração da competência, mas, a menos que o declare expressamente, não desconstitui os fatos consumados no passado (retroatividade máxima), como é o caso da preclusão já ocorrida anteriormente. (...)”¹¹⁵.

A retroatividade mínima, adotada pelo Supremo Tribunal Federal é o que preferimos chamar de *retrospectividade*, ou seja, a aplicação imediata da lei aos efeitos pendentes dos fatos já constituídos sob a égide da lei anterior. Não é uma *retroatividade*, propriamente dita, pois em nosso sistema os efeitos retroativos devem ser expressos na lei, já que a irretroatividade legal é a regra.

Como vimos, afirmar-se que vigora o princípio da irretroatividade, no sistema pátrio, não impede a edição de leis retroativas, desde que o próprio texto legal disponha expressamente sobre estes efeitos. O que baliza a constitucionalidade, ou não, de uma lei retroativa é o disposto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. Assim, uma lei pode ser retroativa desde que assim disponha expressamente e não viole os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. O princípio da irretroatividade só condiciona a atividade do estado nas hipóteses expressamente previstas na Constituição: a) proteger a segurança jurídica, conforme previsto no artigo 5º, inciso XXXVI, já mencionado; b) assegurar a liberdade individual em face da retroatividade da lei penal (artigo 5º, LX); e, c) proteger o cidadão contra a retroatividade da lei tributária (artigo 150, III, “a”).

¹¹⁴ STF, Primeira Turma, RE – 140499-GO, Rel. Min. Moreira Alves, DJ, 09 set. 1994/PP-23444, j. em 12.04.1994.

¹¹⁵ STF, Primeira Turma, RE – 136926-DF, Rel. min. Moreira Alves, DJ, 15 abr. 1994, j. em 16.11.1993.

Nesse sentido, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

“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. 5º, XXXVI)”¹¹⁶.

É firme também a posição do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico. Mas, embora a afirmação seja consolidada na jurisprudência, será sempre necessário verificar o caso concreto para saber se estamos diante de simples alteração do regime jurídico ou de verdadeiro direito adquirido.

O critério mais utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para caracterizar a existência ou não de direitos adquiridos é a distinção entre relação contratual e regime jurídico. Na relação contratual, seja através de contrato de direito privado ou de direito público, ficam constituídos direitos adquiridos nos termos do contrato assinado pelas partes. Já no caso de regime público, sendo esta relação sempre de caráter público (estatutário) ao qual apenas adere o indivíduo, não se adquire direitos.

Veja-se o seguinte acórdão a respeito:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO ADQUIRIDO. REGIME JURÍDICO. INEXISTÊNCIA. 1. A jurisprudência desta Suprema Corte se consolidou no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico. O vínculo entre o servidor e a Administração é de direito público, definido em lei, sendo inviável invocar esse postulado para tornar imutável o regime jurídico, ao contrário do que ocorre com vínculos de natureza contratual, de

---

¹¹⁶ ADI nº MC 605-DF, RTJ, nº 145, p. 463, rel. Min. Celso de Mello.

direito privado, este sim protegido contra modificações posteriores da lei. 2. Agravo Regimental improvido”¹¹⁷.

Com base em tal entendimento, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os depósitos na caderneta de poupança têm verdadeira natureza contratual, razão pela qual considerou como adquirido o direito ao índice de correção monetária estabelecido à época da contratação da poupança¹¹⁸. Com base nesse mesmo entendimento, julgou inexistente o direito adquirido em relação aos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), por não terem natureza contratual, mas estatutária. Vejam-se os julgados:

“Contrato. Depósito em caderneta de poupança. Ato jurídico perfeito (...).

Hipótese de retroatividade mínima vedada pela Constituição da República. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Agravo improvido. (...) A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro, notadamente os princípios – como aquele que tutela a intangibilidade do ato jurídico perfeito – que revestem de um claro sentido de fundamentabilidade.

Motivos de ordem pública ou razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, ex parte principis, a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade – não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição, que, em tema de atuação do Poder Público, impõe-lhe limites inultrapassáveis, como aquele que impede a edição de atos legislativos vulneradores da intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada. Doutrina e Jurisprudência”¹¹⁹.

¹¹⁷ STF, Segunda Turma, AgReg RE 287.261, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 28.06.2005, DJ 26.08.2005.

¹¹⁸ STF, Primeira Turma, AgReg no AgReg, no RE 241.777-PR, Rel. Min. Carlos Brito, j. 26.10.2004, DJ 01.04.2005; STF, Segunda Turma, AgReg no RE 213.393-RS, j. 04.06.2002, DJ 30.08.2002.

¹¹⁹ STF, AI nº 244.578-RS, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF n. 154.

“DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. FGTS. ATUALIZAÇÃO: CORREÇÃO MONETÁRIA. DIREITO ADQUIRIDO. PLANO COLLOR I (MAIO/90). AGRADO. 1. A decisão do Relator tem apoio no precedente a que se referiu, bem como no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998. 2. Com efeito, no mencionado RE n. 226.855-7/RS, Rel. Ministro MOREIRA ALVES, DJU de 13.10.2000, Ementário n. 2008-5, o acórdão ficou assim ementado: ‘Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS. Natureza jurídica e direito adquirido. Correções monetárias decorrentes dos planos econômicos conhecidos pela denominação Bresser, Verão, Collor I (no concernente aos meses de abril e de maio de 1990) e Collor II. O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer de Lei e por ela ser disciplinado. Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico. Quanto à atualização dos saldos do FGTS relativos aos Planos Verão e Collor I (este no que diz respeito ao mês de abril de 1990), não há questão de direito adquirido a ser examinada, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional. No tocante, porém, aos Planos Bresser, Collor I (quanto ao mês de maio de 1990) e Collor II, em que a decisão recorrida se fundou na existência de direito adquirido aos índices de correção que mandou observar, é de se aplicar o princípio de que não há direito adquirido a regime jurídico. Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido, para afastar da condenação as atualizações dos saldos de FGTS no tocante aos Planos Bresser, Collor I (apenas quanto à atualização no mês de maio de 1990) e Collor II’. 3. Adotados os fundamentos deduzidos no precedente referido, o agravo resta improvido”¹²⁰.

Fundamentando-se nesse mesmo entendimento, da distinção entre regime público e regime contratual, é que o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a violação dos direitos adquiridos constituídos com base em contratos, sejam eles celebrados entre os

¹²⁰ STF, Primeira Turma, AgReg no RE 305.798-BA, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 04.12.2001, DJ 08.03.2002. Veja-se também STF, Primeira Turma, RE 226.855-7, Rel. Min. Moreira Alves, j. 31.08.2000, DJ 13.10.2000.

particulares¹²¹, como com o Poder Público¹²². Foi nesse sentido que se manifestou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 493-DF, cuja ementa apresenta a seguinte redação:

“EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade.

- Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado.

- O disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica 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. Precedente do STF.

- Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TF) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna.

- Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP).

Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, “caput” e parágrafos 1º, 4º; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei nº 8177, de 1º de março de 1991”¹²³.

Com base no mesmo critério de diferenciação entre regime jurídico e regime contratual, onde estaria presente o direito adquirido, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no sentido de que a mera redução ou até a supressão de percentual de gratificação

¹²¹ STF, Tribunal Pleno, ADI – MC 1.931-DF, Rel. Min. Mauricio Correa, j. 21.08.2003, DJ 28.05.2008.

¹²² STF, Segunda Turma, AgReg no RE 342.593, Rel. Min. Mauricio Correa, j. 17.09.2005, DJ 14.11.2006.

¹²³ STF, Tribunal Pleno, ADI 493-DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 25.06.1992, DJ 04.09.1992.

de servidores não viola a garantia do direito adquirido, desde que seja mantido o valor total do subsídio, pois a garantia constitucional é somente da irredutibilidade nominal dos vencimentos e não de sua composição¹²⁴

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não há direito adquirido a determinado padrão monetário, seja em relação à moeda de pagamento, seja em relação à moeda de conta, aplicando-se imediatamente as leis monetárias, para alcançar os efeitos pendentes de fatos passados¹²⁵.

A esse respeito é importante lembrar o julgamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da Emenda Constitucional nº 41/03, que fixou o teto de remuneração em parcela única para os membros da Magistratura e do Ministério Público, em que foi relator o Ministro Sepúlveda Pertence. Em seu voto, o Relator entendeu violada a garantia de irredutibilidade de vencimentos pela referida emenda, garantia esta que entendeu ser “modalidade qualificada de direito adquirido”:

“O questionado acréscimo de 20% sobre os proventos não substantiva um direito adquirido de estatura constitucional: provém, ao contrário, de matriz normativa infraconstitucional.

Por isso, ao meu ver – sobrevivendo a EC 41/03, que submete a remuneração dos magistrados, em atividade ou inativos, ao regime do subsídio uniforme – em “parcela única” – penso que não lhes poderia assegurar o Tribunal a percepção indefinida no tempo do benefício, fora ou além do teto que a todos submete.

Sucede, entretanto, que, porque magistrados, a Constituição assegura diretamente aos impetrantes a irredutibilidade dos vencimentos.

A garantia da irredutibilidade de vencimentos – ousei afirmá-lo, com respaldo da maioria do Tribunal – é, sim, modalidade qualificada de direito adquirido e, de qualquer sorte, conteúdo de normas constitucionais específicas, no que toca à

---

¹²⁴ STF, Segunda Turma, AgReg no RE 403.992-RS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 30.08.2005, DJ 30.09.2005; STF, MS 21.086, Rel. Min. Moreira Alves, j. 10.10.1990, DJ 30.10.1992; STF, RE nº 116.241, j. 25.10.91, Rel. Min. Ilmar Galvão, RTJ 138/266; STF, SS 761-AgReg, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 01.02.1996, DJ 22.03.1996.

¹²⁵ STF, RE nº 105.137, RTJ 115/379; STF, RE nº 107.763, RTJ 122/1077; STF, RE nº 110.930, j. 10.04.87; STF, RE nº 111.779, RTJ 122/1146; STF, RE nº 106.132, RTJ 117/376.

magistratura, repisando textos constitucionais anteriores, que a Lei Fundamental vigente estendeu a todos os servidores públicos.

Desse modo – não obstante o dogma de que o agente público não tem direito adquirido ao seu anterior regime jurídico de remuneração – há, no particular, um ponto indiscutível: é intangível a irredutibilidade do montante integral dela”¹²⁶.

O Supremo Tribunal Federal assentou, ainda, jurisprudência no sentido de que não há direito adquirido a não ser tributado, já que as relações tributárias e fiscais¹²⁷ não produzem direitos adquiridos.

Foi nesse sentido o julgamento da ADI nº 3.105-8/DF¹²⁸, que versava sobre a instituição de contribuição previdenciária sobre os proventos dos inativos, em que foi Relator para o Acórdão o Ministro César Peluso. O Supremo Tribunal Federal considerou inexistente o direito adquirido a não ser tributado e decidiu pela declaração parcial da inconstitucionalidade da Emenda, porém, com base no princípio da isonomia, já que o artigo questionado instituíra contribuições com bases de cálculos diversas para os servidores da União e para os servidores dos demais entes da Federação. Importante passagem a respeito da inexistência de direito adquirido a não-tributação encontra-se no voto do Ministro César Peluso:

“A Emenda Constitucional nº 41/2003, no alterar o alcance do art. 40, entrando a exigir contribuição aos servidores inativos (art. 4º), retira seu fundamento de validade à previsão do art. 195, II, alargando seu raio de incidência por meio da instituição de contribuição destinada à previdência social.

(...)

Como tributos, que são, não há como nem por onde opor-lhes, no caso, a garantia constitucional outorgada ao “direito adquirido” (art. 5º, XXXVI), para fundar pretensão de se eximir ao pagamento devido por incidência da norma sobre fatos posteriores ao início de sua vigência.

¹²⁶ STF, Tribunal Pleno, MS nº 24.875-1/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 11/05/2006, DJ 06.10.2006.

¹²⁷ STF, Primeira Turma, AgReg no AI nº 511.024-PR, Rel. Min. Eros Grau, j. 14.06.2005, DJ 05.08.2005.

¹²⁸ STF, Tribunal Pleno, ADI 3.105-8/DF, Rel. p/ Acórdão Min. César Peluso, j. 18/08/2004, DJ 18.02.2005.

O art. 5º, XXXVI, ao prescrever que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’, protege, em homenagem ao princípio fundamental de resguardo da confiança dos cidadãos perante a legislação, enquanto postulado do Estado de Direito, os titulares dessas situações jurídico-subjetivas consolidadas contra a produção de efeitos normativos gravosos que, não fosse tal garantia, poderiam advir-lhes da aplicação da lei nova sobre fatos jurídicos de todo realizados antes do início de vigência”.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal entende que, mesmo não sendo a relação previdenciária uma relação de caráter contratual, as aposentadorias devem ser reguladas pela lei vigente à época em que o indivíduo reuniu os requisitos para a aposentação. O entendimento encontra-se, inclusive, sumulado no enunciado 359, que assim dispõe: *“Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários”.*

De acordo com o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, o aposentado tem direito à irredutibilidade nominal do benefício da aposentadoria, mas não ao regime jurídico que estabelece os critérios de reajuste deste benefício, cuja lei modificadora terá vigência e aplicação imediata:

“VENCIMENTOS: REAJUSTE. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. Segundo a jurisprudência do STF – que reduz a questão à inexistência de direito adquirido a regime jurídico -, as leis – ainda quando posteriores à norma constitucional de sua irredutibilidade – que modificam sistemática de reajuste de vencimentos ou proventos são aplicáveis desde o início de sua vigência. Ressalva do entendimento do relator, expresso no julgamento do MS n. 21.216 (Galloti, RTJ 134/1.112)”¹²⁹.

---

¹²⁹ STF, Primeira Turma, AgReg no AI nº 208.503-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 17.03.1998. No mesmo sentido: STF, Primeira Turma, RE nº 278.718/SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 14.05.2002, DJ 14.06.2002.

Nesta breve análise da jurisprudência, pudemos verificar que o Supremo Tribunal Federal profere decisões, por vezes, com base em critérios objetivos e outras vezes com base na análise do caso concreto. Em geral, notamos que o Supremo Tribunal Federal utiliza os critérios propostos pelo direito intertemporal, com base na teoria subjetiva dos direitos adquiridos. Mas nos resta a certeza de que o Supremo Tribunal Federal tem procurado articular todos os elementos doutrinários acerca do instituto de direitos adquiridos, sempre visando a maior abrangência da garantia constitucional na proteção da segurança jurídica e dos direitos individuais.

CAPÍTULO II - A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS ADQUIRIDOS

1 - DIREITOS ADQUIRIDOS NO BRASIL

1.1. Breve histórico do tratamento constitucional dos direitos adquiridos no Brasil

A Constituição do Império de 25 de março de 1824¹³⁰, conquanto estabelecesse um regime monárquico absolutista, de divisão quatripartite (uma vez que previa também a existência do Poder Moderador), previa uma limitação clara à eficácia temporal das leis, influenciada pela Constituição dos Estados Unidos, de 1787. A Carta Constitucional dispunha em seu artigo 179:

“A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

- I. Nenhum Cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei.*
- II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade pública.*
- III. A sua disposição não terá efeito retroativo.*
- (...)”.*

Comentando o artigo da Constituição Imperial, José Antônio Pimenta Bueno, comenta a importância da previsão de irretroatividade no corpo da Constituição:

“A lei que instituindo uma obrigação ou penalidade fizesse com que ela retrogradasse, e fosse dominar os fatos ocorridos antes de sua promulgação e publicidade legal, aniquilaria toda a idéia de segurança e liberdade. Nenhum homem

---

¹³⁰ BRASIL, Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824, in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 22/12/2009.

poderia em dia algum asseverar que deixaria de ser perseguido, pois que qualquer dos atos de sua vida anterior poderia ser erigido em delito”¹³¹.

A Carta Imperial continha, ainda, norma específica vedando a retroatividade da lei penal, contemplando o princípio da anterioridade no inciso XI do artigo 179.

A irretroatividade das leis, contudo, não era absoluta como pode parecer da leitura do artigo supracitado, já que o texto da Constituição de 1824 previa a possibilidade do Poder Legislativo, representado pela Assembléia Geral (Senado e Câmara dos Deputados), editar leis meramente interpretativas. Tais leis interpretativas eram tidas como retroativas pela doutrina dominante na época, inspirada pela tradição européia de países como a França, nos quais o entendimento de que tais normas não geravam quaisquer efeitos encontrava-se consolidado.

Pimenta Bueno, entretanto, rechaçava o entendimento afirmando que “*o sagrado princípio da não retroatividade da lei deve ser respeitado ainda mesmo no caso de interpretação (...)*”¹³². Para o consagrado doutrinador, a lei interpretativa, para retroagir, deveria conter previsão expressa. Este entendimento foi mais tarde referendado por Gabba em sua teoria dos direitos adquiridos.

Não se pode negar que a Constituição do Império representou um grande avanço na proteção dos direitos adquiridos ao contemplar a proibição de leis retroativas como princípio constitucional, ainda que sem fazer referência expressa à proteção dos direitos subjetivos.

A primeira Constituição republicana do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891¹³³ manteve a limitação de eficácia temporal contida na Carta Imperial, com algumas modificações de forma. Manteve a proteção à retroatividade da lei penal no Título de

---

¹³¹ PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império*. Brasília, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958, p. 384.

¹³² Op. cit., p. 384.

¹³³ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do, de 24 de fevereiro de 1891, in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 22/12/2008.

Declaração de Direitos e deslocou a vedação à retroatividade das leis civis para o Título da organização federal. Estabelecia, assim, em seu artigo 11:

*“É vedado aos Estados, como à União:
(...)
§ 3º. Prescrever leis retroativas”.*

Comentando a norma constitucional o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, João Barbalho afirmava que a única retroatividade vedada pela Lei Maior era a que prejudicasse os direitos adquiridos. Para o doutrinador, era possível a retroação da lei benéfica, das leis interpretativas, das leis políticas e constitucionais, de organização judiciária e processuais civis e as leis penais benéficas¹³⁴.

Nesse mesmo sentido era a posição de Rui Barbosa, que afirmava: *“(...) a vedação constitucional, existente entre nós, acerca da retroatividade das leis não se pode entender senão quanto à retroatividade injurídica e viciosa, porque há leis inofensivamente retroativas, leis legitimamente retroativas, leis, até, necessariamente retroativas”*¹³⁵. O doutrinador afirmava, ainda, que a cláusula que proibia a União e os Estados de editar leis retroativas era uma garantia dos direitos adquiridos¹³⁶.

Reynaldo Porchat, comentando o artigo da Constituição de 1891, seguia a mesma linha de Rui Barbosa, diferenciando uma retroatividade justa de uma retroatividade injusta, em razão da ofensa ou não aos direitos adquiridos:

“Quando, ao executar-se uma lei nova qualquer, depara-se um direito adquirido que possa ser lesado, a lei não tem aplicação ao caso, porque a

¹³⁴ BARBALHO, João. *Constituição Federal brasileira – comentários*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Briguier, 1924, p. 62.

¹³⁵ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. 2ª ed., 1924, p. 376.

¹³⁶ Op. cit., p. 383.

retroatividade seria injusta. Quando não se encontra direito adquirido, aplica-se a lei, mesmo retroativamente, porque a retroatividade é justa”¹³⁷.

O jurista comenta também que a disposição constitucional contida no § 3º do artigo 11 da Constituição de 1891 era dirigida ao legislador ordinário, não representando qualquer vinculação ao juiz e impedindo a votação pelo Poder Legislativo de leis injustamente retroativas¹³⁸.

Nota-se que havia clara confusão entre os efeitos retroativos da lei e sua aplicabilidade imediata a efeitos futuros de fatos ocorridos no passado. A Constituição de 1891 apresentava expressa proibição à edição de leis retroativas e não podia ser interpretada de forma diferente.

A edição do Código Civil de 1916 acompanhou o entendimento dominante na época e adotou a proibição de retroatividade da lei em prejuízo ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada no artigo 3º da sua Lei de Introdução.

A Constituição de 16 de julho de 1934¹³⁹ manteve a tradição das Cartas anteriores trazendo previsão sobre os limites de eficácia temporal das leis, com algumas inovações, tanto em matéria penal como em matéria civil.

Em matéria de retroatividade da lei penal, a Lei Maior de 1934 manteve a previsão do princípio de anterioridade da lei penal no item 26 do artigo 113. Entretanto, acrescentou nova disposição prevendo a obrigatoriedade de retroatividade das leis penais que beneficiassem o réu, no item 27 do mesmo artigo, consolidando o entendimento que já vinha sendo adotado pela doutrina pátria.

---

¹³⁷ Op. cit., p. 8.

¹³⁸ PORCHAT, Reynaldo. *O código civil e a retroatividade*. Revista dos Tribunais, p. 165.

¹³⁹ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do, de 16 de julho de 1934, in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 22/12/2008.

Em relação às leis civis, a Carta Constitucional adotou a fórmula prevista na Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, dispondo em seu artigo 113, item 3 que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”. Não se fala mais expressamente em proibição de retroatividade da lei, mas apenas em proteção aos direitos adquiridos contra os efeitos retroativos da lei.

A Constituição outorgada por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, com inspiração fascista e caráter ditatorial, não era compatível com o regime republicano da Carta de 1934, especialmente com as disposições que garantiam os direitos fundamentais do cidadão, protegendo-o contra os desmandos do Estado.

A norma de proteção contra o desrespeito aos direitos adquiridos, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, prevista na Carta anterior, foi suprimida pela Constituição de 1937¹⁴⁰. Porém, a norma prevista no artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 foi recepcionada pela Constituição de 1937, seguindo a tradição européia de proteção infraconstitucional aos direitos adquiridos. A recepção, entretanto, foi somente no que tocava aos efeitos imediatos da lei, respeitando os direitos adquiridos, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, somente se a lei não dispusesse em contrário. A doutrina continuava o entendimento de que a retroatividade deveria vir expressa, caso contrário, a lei teria apenas efeitos imediatos.

A Constituição de 1937 suprimiu também a regra contida no item 27 do artigo 113 da Constituição de 1934, que previa a obrigatoriedade de retroação da lei penal benéfica. Mas manteve o princípio da anterioridade penal com uma abrangência bem menor, que previa a irretroatividade somente das leis que previssessem novos crimes ou agravassem as penas dos anteriormente existentes.

Francisco Campos, então Ministro da Justiça, buscando justificar a opção do poder constituinte, afirma que o fato da Constituição de 1937 não conter a proteção às figuras

---

¹⁴⁰ BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do, de 10 de novembro de 1937, in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 22/12/2008.

do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, não significa uma opção pela retroatividade da lei, mas uma desvinculação da concepção individualista do Estado que protege contra os efeitos da retroatividade apenas infraconstitucionalmente:

*“A não-retroatividade é tão-somente uma norma de interpretação, uma regra de hermenêutica, e por ela se entende que o intérprete, ou juiz, não pode aplicar lei nova às relações jurídicas já consumadas na vigência da lei antiga. Não deve, porém, esse princípio constituir uma limitação ao Poder Legislativo; quando circunstâncias especiais exigirem a revisão das relações jurídicas acabadas, o legislador não poderá ficar privado de promulgar leis retroativas, pois o Estado, como guarda supremo do interesse coletivo, não deve atar as próprias mãos pelo receio de, em certas contingências, ter que ferir ou contrariar direitos individuais. A não-retroatividade das leis postulada como proibição ao Poder Legislativo não passava de um exagero do individualismo jurídico e, sobretudo, do individualismo econômico, que reclamavam rigorosa neutralidade do Estado no domínio jurídico”*¹⁴¹.

Durante a vigência da Constituição ditatorial de 1937 foi editado Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, substituindo a anterior Lei de Introdução ao Código Civil de 1916. A nova legislação trouxe inovações no campo da proteção aos direitos adquiridos, adotando a teoria objetiva da situação jurídica propugnada por Paul Roubier:

“A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito”.

A norma permaneceu em vigor por pouco tempo, já que não foi recepcionada pela Carta Constitucional de 1946. Seu impacto foi bastante reduzido, já que podia ser contornado pelo Legislador sempre que assim lhe aprouvesse.

---

¹⁴¹ CAMPOS, Francisco. *Diretrizes constitucionais do novo Estado brasileiro*. Revista Forense, p.5-22, jan. 1938, p. 235.

A Constituição de 18 de setembro de 1946¹⁴² resultou da derrubada do Estado Novo e visava implantar um sistema democrático no Brasil. Restabeleceu a norma protetiva dos direitos adquiridos inserida em capítulo que dispunha sobre os direitos e garantias fundamentais, repetindo a norma contida na Constituição de 1934. Dispunha em seu artigo 141, § 3º: “*A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”.

Diante de tal disposição, a maioria da doutrina afirmou a recepção parcial do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁴³. Com relação à expressão *situações jurídicas* não resta dúvidas de que houve revogação pelo novo diploma constitucional, já que a expressão tem maior amplitude do que aquelas contidas no texto constitucional. Entretanto, restavam dúvidas em relação à revogação no que toca aos efeitos imediatos da lei, que, como dissemos anteriormente, não apresenta qualquer contradição com a proteção aos direitos adquiridos.

Parece que não assistia razão àqueles que propugnavam sobre a não recepção do dispositivo, pois em 1957 foi editado o Decreto-lei 3.238, dando ao artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil a redação vigente até os dias atuais, que prevê a proibição de retroatividade da lei quando prejudicar os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, porém atribuindo efeitos imediatos à nova legislação.

A Constituição de 1946 também previu o princípio da anterioridade da lei penal, restabelecendo a obrigatoriedade de retroação da lei penal benéfica, em seu artigo 141, § 29.

---

¹⁴² BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do, de 18 de setembro de 1946, in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 22/12/2008.

¹⁴³ Vicente Ráo afirma que o dispositivo foi acometido do vício de inconstitucionalidade superveniente (Op. cit., v. 1, t. 3, p. 370-371), enquanto Rubens Limongi França assevera que o dispositivo foi revogado de pleno direito (Op. cit., p. 155). Entretanto, em nosso ordenamento jurídico, advindo uma nova Constituição, ou as normas infraconstitucionais são recepcionadas, por estarem em conformidade com a legislação constitucional, ou não o são. Não há que se falar em inconstitucionalidade superveniente ou em revogação da norma anterior.

A promulgação da nova Constituição em 24 de janeiro de 1967¹⁴⁴ não trouxe inovações na proteção aos direitos adquiridos em matéria de direito civil. Entretanto, a Lei Maior, na mesma esteira da Constituição de 1937, suprimiu a garantia de retroatividade da lei penal benéfica. O mesmo ocorreu com o advento da Emenda Constitucional nº I, de 1969, que inaugurou nova ordem constitucional, embora sob a forma de emenda.

O período militar-ditatorial foi de grande instabilidade e insegurança jurídica, sobretudo com o advento dos Atos Institucionais, em especial o de nº 5, em 13 de dezembro de 1968. Os Atos Institucionais implicaram em total supressão aos direitos subjetivos dos cidadãos, que ficaram sujeitos aos desmandos do Estado, submetidos a diversas ilegalidades.

A Constituição de 5 de outubro de 1988¹⁴⁵, denominada “Constituição Cidadã”, retomou o regime democrático no Brasil e restabeleceu as previsões das Cartas de 1934 e 1946, dispondo sobre a impossibilidade de a lei nova retroagir para prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, em capítulo dedicado aos direitos e garantias fundamentais. Em matéria penal, manteve a proibição de retroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu.

A inovação trazida pela Carta Constitucional vigente foi apresentada em seu artigo 150, inciso III, alínea “a”, que dispõe sobre a irretroatividade em matéria tributária, que veda à União, aos Estados e aos Municípios a cobrança de tributos relativos a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado.

---

¹⁴⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do, de 24 de janeiro de 1967, *in* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 22/12/2008 e Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, *in* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 22/12/2008.

¹⁴⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa, de 05 de outubro de 1988, *in* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 07/02/2008.

1.2. O significado da cláusula constitucional de proteção ao direito adquirido

A norma constitucional prevista no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988 pode ser classificada como uma norma formalmente constitucional, visto que prevista no próprio texto de uma constituição rígida e documental. Cumpre, agora, saber se a norma em comento possui caráter de norma materialmente constitucional.

Normas materialmente constitucionais são aquelas que dizem respeito à estruturação do Estado. Sendo o Estado Brasileiro um Estado Democrático de Direito, as normas materialmente constitucionais são as que asseguram a presença de um Estado de Direito, que garantam os direitos fundamentais da pessoa humana e disponham sobre a participação política do povo.

Para a caracterização de um Estado como Estado de Direito é necessária a submissão do Poder do Estado ao princípio da legalidade, tendo como limites os direitos e garantias fundamentais, como forma de alcançar a justiça, a segurança jurídica e o bem-estar social.

A segurança jurídica, consagrada no artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, encontra-se prevista no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, juntamente com os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade e constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

O princípio da segurança jurídica se caracteriza como uma das vigas mestras do ordenamento jurídico e está presente na ciência jurídica desde o início das civilizações. Luis Recaséns Siches, destacando a importância do princípio afirma que “*a função primária e radical do direito é a função da segurança*”¹⁴⁶.

---

¹⁴⁶ *Le but du droit, le bien commun, la justice, la sécurité*. “Annuaire de l’institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique”, t. III (1937-1938). Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 129.

A segurança jurídica está intimamente ligada à questão da sucessão das leis no tempo, inclusive, no que diz respeito às alterações da Constituição. Nas palavras de Vanossi¹⁴⁷, a segurança jurídica consiste no “*conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida*”.

Assim, em sentido amplo, o princípio da segurança jurídica significa que o cidadão deve poder confiar que seus atos e as conseqüências deles serão amparados nas leis vigentes e válidas. Devem, portanto, seus comportamentos receberem a proteção da norma já por ele conhecida, mesmo após a alteração legislativa.

J. J. Gomes Canotilho¹⁴⁸, discorrendo sobre o assunto ensina:

“As refrações mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a atos normativos – proibição de normas retroativa restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a atos jurisdicionais – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a atos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de atos administrativos constitutivos de direito”.

A nossa Constituição Federal, no art.5º, *caput*, consagra a segurança como direito fundamental, ao lado dos direitos à vida, igualdade e propriedade, alçando-o a uma categoria muito mais ampla do que o direito adquirido, mas não se pode questionar que ao redigir o artigo 5º, inciso XXXVI, o legislador estava preocupado com a segurança jurídica. É o que se depreende das lições do mestre português acima repetidas. O princípio da segurança jurídica foi garantido pelo constituinte originário como cláusula pétrea, tendo sido a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada uma de suas mais importantes manifestações.

---

¹⁴⁷ *apud* José Afonso da Silva, in *Curso...op. cit.*, p. 412.

¹⁴⁸ *Direito...*, op. cit., p. 252.

Luís Roberto Barroso¹⁴⁹, discorrendo sobre o tema, ensina que a segurança jurídica atualmente significa um conjunto de idéias e conteúdos que incluem, nas suas palavras:

“1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;

2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;

3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;

4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;

5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas”.

É nesse contexto que se situa a cláusula de proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Como se viu, através do estudo da evolução do conceito adquirido, o princípio da irretroatividade das leis acabou por se transformar no princípio da proteção ao direito adquirido, que sempre encontrou resguardo nas Cartas constitucionais brasileiras – à exceção da Constituição de 1937, em razão de seu caráter ditatorial.

E, embora as Constituições de 1824 e 1891 não previssem a proteção ao direito adquirido, as maiores autoridades jurídicas da época sempre se pronunciaram no sentido de que a vedação à irretroatividade da lei visava à sua proteção. Nesse sentido Rui Barbosa afirmava que *“inconstitucionalmente retroativas são unicamente as leis cuja retroatividade ofender o princípio do direito adquirido”*¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Em Algum Lugar do Passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil, in Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Cármen Lúcia Antunes da Rocha (Org.), 2ª ed., rev. e ampl. Belo Horizonte, Fórum, 2005, p. 139-140.

¹⁵⁰ BARBOSA, Rui. *Obras Completas.*, v. XVII, ano I, Rio de Janeiro, 1953, p. 107.

Nas Constituições seguintes, conforme verificamos em capítulo próprio, não houve a vedação explícita à retroatividade da lei, mas não há como negar que a irretroatividade da lei é princípio implícito no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de desatendimento ao princípio da segurança jurídica que tem, entre seus conteúdos norteadores, a exigência de prévio conhecimento das consequências jurídicas da conduta humana e dos fatos da natureza que com ela se relacionam.

Em decorrência da garantia de segurança jurídica é que o legislador constituinte de 1988 resolveu erigir os direitos adquiridos como garantia constitucional, evitando que o Estado de Direito seja ameaçado pelas modificações legais, com a impossibilidade de o cidadão prever as consequências jurídicas de seus atos no futuro.

Quanto à extensão da garantia prevista no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, em especial em relação ao efeito retroativo das leis posteriores, a doutrina é unânime em afirmar que aos fatos passados aplica-se a lei anterior e aos fatos presentes e futuros aplica-se a lei posterior. A controvérsia reside em relação aos fatos pendentes, aos quais a doutrina clássica, preconizada por Gabba, entende aplicável a lei antiga, enquanto a doutrina objetiva, manifestada por Paul Roubier, afirma haver aplicação imediata da lei nova aos efeitos ocorridos após a sua entrada em vigor, respeitando-se os efeitos já produzidos pelo fato sob a vigência da legislação anterior, como explicado detalhadamente em capítulo próprio.

Como se verifica da leitura do artigo constitucional e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no Brasil preponderou a adoção da teoria clássica proposta por Gabba, com a aplicação da anterior legislação aos efeitos presentes e futuros originados de fatos produzidos sob sua vigência, dando-se a ultratividade da lei antiga.

A norma constitucional contempla limites aos efeitos retroativos e retrospectivos do ato legislativo, resguardando as situações nele descritas. É cediço que nosso diploma de sobredireito – a Lei de Introdução ao Código Civil – determina a aplicação

imediate da lei aos fatos ocorridos após a sua entrada em vigor, neste aspecto contendo adoção da teoria objetivista e vedando a retroatividade automática da lei.

Não é incomum vermos a confusão entre retroatividade e lesão ao direito adquirido. Mas nem sempre uma lei retroativa fere o direito adquirido. De outro lado, por diversas vezes nos encontramos diante de leis que não são retroativas, mas ferem o direito adquirido porque são retrospectivas. E, nesse passo, devemos entender que a norma constitucional garante o cidadão também contra estes efeitos retrospectivos, com a necessidade de reconhecimento de ultratividade da lei anterior, sob pena de ferirem-se os direitos adquiridos.

Há de se observar, ainda, que a norma não se aplica à matéria penal e tributária porque para tais casos existem preceitos disciplinadores específicos na Constituição.

Em matéria penal, o inciso XL do artigo 5º do Diploma Maior dispõe que “*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”. O preceito contém duas normas: (i) a primeira veda a retroatividade da lei penal, mesmo que da lei nova não decorra qualquer prejuízo ao réu; (ii) a segunda prevê que se a novel legislação beneficiar o réu de qualquer modo, deve retroagir, mesmo que não seja expressa a respeito. E, não havendo qualquer ressalva, deve ser entendido que a norma benéfica retroage para atingir mesmo os casos já transitados em julgado.

Por derradeiro, em matéria tributária, a Constituição previu norma limitadora temporal específica no artigo 150, inciso III, alínea “a”, ao vedar à União, Estados, Municípios e Distrito Federal a cobrança de tributos “*em relação aos fatos geradores ocorridos antes do início de vigência da lei que os houver instituído ou aumentado*”. Omitiu-se o Constituinte sobre a possibilidade de a norma tributária retroagir para beneficiar o contribuinte ou, ainda, sobre o alcance das normas em relação aos fatos geradores pendentes, deixando brechas ao legislador ordinário¹⁵¹.

---

¹⁵¹ Tendo em vista que a retroatividade da lei tributária não constitui objeto deste trabalho, não vamos adentrar aqui na discussão sobre o momento de ocorrência do fato gerador no direito tributário.

2 - APLICABILIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL GARANTIDORA DOS DIREITOS ADQUIRIDOS

2.1. Aplicabilidade da norma constitucional

É sabido que as normas constitucionais que instituem direitos e garantias fundamentais constituem normas de aplicabilidade imediata. Seus efeitos são assim determinados pelo próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, § 1º. Existem outros aspectos, porém, sobre a aplicabilidade da norma constitucional garantidora dos direitos adquiridos, cujo estudo entendemos necessário para a perfeita compreensão da norma protetiva dos direitos adquiridos na Constituição Federal.

2.1.1. Norma constitucional de eficácia plena

José Afonso da Silva¹⁵², ao estudar a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, classifica-as três espécies: *normas constitucionais de eficácia plena*, *normas constitucionais de eficácia contida* e *normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida*.

As *normas constitucionais de eficácia plena* são aquelas que produzem todos os seus efeitos essenciais de imediato, sem depender de qualquer atuação posterior do legislador. Desde logo são aplicáveis, direta e integralmente à matéria sobre a qual versam. Assim, são normas que o constituinte optou por regular integralmente, fazendo-as completas, independentes e auto-aplicáveis.

Discorrendo sobre as *normas constitucionais de eficácia contida*, José Afonso da Silva nos ensina que são aquelas “que incidem imediatamente”, produzindo todos os seus efeitos, independentemente de qualquer normatividade ulterior, “mas prevêm meios

---

¹⁵² SILVA, José Afonso da. *Curso...*, Op. cit. p. 345.

ou conceitos que permitem manter a sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias”¹⁵³.

Por sua vez, são denominadas *normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida*, segundo o autor, todas aquelas que dependem de uma normatização ulterior do legislador ordinário para que ela esteja apta a produzir todos os seus efeitos essenciais, tendo, assim, uma aplicabilidade mediata, reduzida.

À luz da classificação de normas constitucionais proposta acima, não pairam dúvidas de que a norma prevista no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal constitui norma de eficácia plena, permitindo a sua aplicação imediata e sem permissão para restrição de seu objeto pelo legislador infraconstitucional. Resta saber se a previsão constitucional se coaduna com o preceito infraconstitucional, visto que as normas de eficácia plena não admitem a regulação da matéria no plano legislativo ordinário.

Carlos Ayres Britto e Celso Bastos verificaram a existência desta espécie de normas e, partindo da classificação proposta por José Afonso da Silva quase vinte anos antes, entenderam necessário complementá-la, em tentativa de atender outras situações previstas na Constituição Federal.

Observaram a existência de normas constitucionais independentes de qualquer normatização posterior para que possam produzir todos os seus efeitos, e outras dependentes de atuação ulterior do legislador ordinário para a produção dos efeitos almejados pelo legislador constituinte. Denominaram, assim, as Normas Constitucionais de Eficácia Plena, de José Afonso da Silva, de *Normas Constitucionais de Mera Aplicação* ou *Inintegráveis* e as Normas Constitucionais de Eficácia Limitada ou Reduzida, de *Normas Constitucionais de Integração* ou *Integráveis*¹⁵⁴:

---

¹⁵³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, p. 72-73.

¹⁵⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 62.

Dentro das *normas constitucionais de mera aplicação*, os doutrinadores encontraram duas subespécies, com características particulares: bipartem-nas em *normas irregulamentáveis (ou de conteúdo e operatividade reforçáveis)* e *normas constitucionais regulamentáveis (ou reforçáveis)*. As primeiras são aquelas que o legislador constituinte disciplinou inteiramente, sem permitir qualquer atuação complementar do legislador ordinário. As segundas, por sua vez, possuem plena eficácia e aplicação imediata, mas apesar de seu conteúdo pétreo, admitem regulamentação de seu conteúdo, através de desdobramento da norma, sem descaracterização do quanto pretendido pelo legislador constituinte.

A classificação proposta por Carlos Ayres Britto e Celso Bastos, embora tenha conteúdo acadêmico é pouco utilizada pelos doutrinadores. E, com relação à norma prevista no artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta Maior, pouco ajuda em nosso esclarecimento porque a norma em comento possui conceitos indeterminados em sua hipótese de incidência.

Em nosso ordenamento jurídico é comum nos encontrarmos diante de normas com conceitos indeterminados. A técnica é adotada pelo legislador, principalmente no campo do direito público, com a finalidade de deixar o ordenamento aberto e suscetível de prever todas as possibilidades do objeto que regula, de forma a adaptar-se a situações futuras que o legislador não conseguia vislumbrar à época da elaboração da norma. No campo do Direito Constitucional os conceitos indeterminados assumem ainda maior importância, garantindo perenidade à Lei Maior. A Carta Constitucional deve cuidar apenas da estrutura básica do poder e da sociedade, utilizando-se de normas dirigentes à atuação dos poderes e de normas-princípio, que devem ser integradas e interpretadas na sua aplicação.

Elival da Silva Ramos posiciona-se no mesmo sentido a respeito da necessidade de conceitos indeterminados na Constituição:

“Em se tratando de normas constitucionais, portanto, a larga utilização de conceitos jurídicos indeterminados atende, outrossim, a imperativos de ordem institucional, permitindo à Constituição subsistir por um lapso de tempo maior e, mais do que isso, sem ser submetida a freqüentes revisões, de acordo com o procedimento

formal nela estabelecido, sendo oxigenada em seu conteúdo por meio do recurso à interpretação evolutiva, o que, como advertia Konrad Hesse, é de capital importância para o que denomina 'força normativa da Constituição' (...) ”¹⁵⁵.

O fato de uma norma constitucional de eficácia plena possuir conceitos indeterminados não autoriza o legislador infraconstitucional a emanar preceito regulamentador a seu respeito, estabelecendo limites a esses conceitos. E, sendo a norma prevista no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal uma norma de eficácia plena, não admite ela qualquer regulamentação pelo legislador ordinário.

Tal afirmação não implica em afirmar que as disposições do artigo 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil estejam acometidas pelo vício insanável da inconstitucionalidade. Afinal, o *caput* do artigo 6º apenas repetiu o texto da Constituição Federal, acrescentando a disposição sobre a aplicação temporal da lei e dando aplicação imediata a lei nova, em total concordância com o princípio constitucional implícito da irretroatividade da lei. Em relação aos seus parágrafos – que conceituam o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada -, também não se pode argumentar com a inconstitucionalidade.

Como vimos, em longa análise do conceito legal de direito adquirido, o fato é que a legislação ordinária, por conter conceitos extremamente amplos, pouco esclareceu sobre o que venha a ser o direito adquirido. Nada se inovou em relação à matéria com a previsão contida nos parágrafos do artigo 6º. E sua interpretação pode ser realizada de forma harmônica com o quanto previsto na Constituição sem impedir que sejam reconhecidas outras situações dignas de proteção pela norma constitucional.

---

¹⁵⁵ Op. cit., p. 137-138.

2.1.2. Leis Interpretativas

Outra questão se coloca em relação aos direitos adquiridos: havendo a edição de uma lei interpretativa de outra norma, que lhe é anterior e vem sendo aplicada, a lei que a interpreta deve retroagir para aplicar-se aos fatos já ocorridos? Haverá direito adquirido nestes casos?

Não há como se negar que o legislador, no exercício da ampla discricionariedade de seu poder estatal de produção do ato normativo, disponha da capacidade de interpretar o objeto de sua própria criação. Verificando a necessidade de esclarecer o conteúdo de preceito normativo, cujo entendimento restou dúvida, deve ele, em razão de seu mister, editar nova lei que contenha a escolha da realidade social sobre a qual a lei interpretada deve incidir.

Sendo a lei interpretativa mero esclarecimento do conteúdo da lei interpretada, sem inovar-lhe em conteúdo, não há dúvidas de que deve ser aplicada retroativamente, colhendo as situações ocorridas antes de sua vigência. Entretanto, durante o lapso de tempo decorrido entre a entrada em vigor da lei interpretada e a edição da lei interpretadora, podem constituir-se direitos adquiridos, integrando-se ao patrimônio do titular bem jurídico com base em interpretação diversa daquela atribuída pela lei interpretativa. É exatamente neste ponto que se traduz importante a análise das normas interpretativas.

Em estudo sobre o tema, Wilson de Campos Batalha nos traz as referências do direito comparado, sintetizando os entendimentos de alguns autores estrangeiros. No Direito francês, segundo o autor pátrio, defendem a retroatividade da lei interpretativa, entre eles Ambroise Colin, Capitant, Planiol e Roubier. Este último afirmando que a lei interpretativa, em sua essência, não constitui ato legislativo e sim jurisprudência. No Direito alemão, Batalha cita Ludwig Ennecerus que entende que a lei interpretativa pressupõe-se no conteúdo da própria lei interpretada, não sendo possível negar-lhe o caráter retroativo. No

Direito italiano, menciona as posições de Fagella¹⁵⁶, Saverio Bianchi, Pacchioni e Ruggiero. Este último afirma que uma autêntica norma interpretativa é retroativa, mas apenas aparentemente, porque as situações a ela submetidas continuam a ser reguladas pela lei interpretada. Na Espanha verifica a mesma tendência ao reconhecimento da retroatividade da lei interpretativa nas lições de Blas Peres Gonzáles e José Alguer. Por fim, no Direito português, a lei interpretativa integra a própria norma interpretada, em seu corpo, reputando-se publicada na mesma data da lei que interpreta e acompanhando sua temporalidade o que, em verdade, não pode ser verdadeiramente chamado de retroatividade.

No direito pátrio, em fase anterior à do Código Civil de 1916, Rui Barbosa afirmou em seu trabalho *Leis Retroativas e Interpretativas no Direito Brasileiro*¹⁵⁷: “se a lei interpretativa contiver... retroação no sentido próprio da palavra, será nula, não pela feição de ser declaratória, mas, pelo contrário, porque, em vez de se limitar à declaração do direito preexistente, se propôs a alterá-lo”.

Reynaldo Porchat, no início do século XX, expunha a clara influência de Paul Roubier e da doutrina francesa na formação de seu pensamento sobre a questão:

“As leis interpretativas merecem uma ligeira referência ao tratar-se da teoria da retroatividade, não porque sejam elas leis retroativas, mas porque, em virtude de sua aplicação aos fatos anteriores, que se deram no domínio da lei interpretada, e que ainda não foram consumados, têm elas uma ação aparentemente retroativa. Não existe uma verdadeira retroatividade, porque entre a lei nova interpretativa e a lei antiga interpretada não há um conflito de leis no tempo; aquela apenas esclarece o sentido obscuro desta, confirmando-lhe, porém, todas as disposições; (...) não é propriamente uma lei nova diferente da antiga, mas surge, por

¹⁵⁶ R. Limongi França, discorrendo sobre o assunto, cita a posição de Fagella: “Para que um ato legislativo possa qualificar-se como lei puramente interpretativa, não basta que o seu escopo tenha sido fazer cessar a obscuridade de uma lei precedente; mas é preciso que nas suas disposições se limite estreitissimamente a explicar a lei anterior, sem nada lhe diminuir, nada aumentar, nada modificar. Se, ao invés de apenas reproduzir mais claramente as mesmas idéias que estavam no texto anterior, as quais davam lugar a dificuldades e dúvidas, trazer alguma disposição que ali não estava contida, temos então, diversamente de um ato de interpretação legislativa, uma lei nova que já se não poderá aplicar a atos anteriores à sua atuação”. Op. cit., p. 196.

¹⁵⁷ BARBOSA, Rui. *Leis Retroativas e Interpretativas no Direito Brasileiro*, 1899, in *Obras*, v. XXV, t. 4, p. 137.

*uma necessidade geral, sem estatuir nada de novo, para fazer um só corpo com a lei interpretada e ter aplicação para desde a data em que esta entrou em vigor*¹⁵⁸.

Vicente Ráo, escrevendo após a edição do Código Civil de 1916, adota a mesma posição de Porchat, afirmando que *“não criando direito novo, não pode provocar conflito com outra lei anterior (...)”*¹⁵⁹. Igual posição é adotada, mais recentemente, por Wilson de Campos Batalha:

“Se a lei é legitimamente interpretativa, isto é se se limita a declarar o sentido exato de lei anterior ou fixar uma entre muitas interpretações possíveis da lei anterior, sua eficácia manifesta-se ex tunc, isto é, a partir da data da vigência da lei interpretada. Mas inexistente aqui problema conflitual, pois que a lei nova não entra em conflito com a lei anterior, limitando-se a esclarecer aquilo que já deveria ser tido como certo.

*Se a lei nova introduz princípios outros, se preenche lacunas, se sana omissões, já não é mais lei puramente interpretativa e se subordina aos princípios que regem a eficácia no tempo, de quaisquer leis. Não poderá ferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (...)”*¹⁶⁰.

Rubens Limongi França corrobora esta posição e esclarece que a lei interpretativa, para retroagir, deve ser mais restrita que a lei interpretada. Se for mais ampla, haverá inovação na ordem jurídica devendo a lei dita “interpretativa” submeter-se ao princípio da irretroatividade. Reconhece, ainda, o autor a possibilidade de alegação de direitos adquiridos frente uma lei interpretativa, já que até a edição desta, encontrava-se vigorando apenas a norma interpretada e não havia possibilidade de o cidadão prever que seria editada norma interpretativa conferindo diferente interpretação ao fato jurídico¹⁶¹.

---

¹⁵⁸ Op. cit., p. 55.

¹⁵⁹ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, v. 1, t. 2, p. 445.

¹⁶⁰ Op. cit., p. 189.

¹⁶¹ Op. cit., p. 199-200.

No mesmo sentido é a posição de Caio Maio da Silva Pereira sobre a retroatividade das normas interpretativas:

*“Comumente sustenta-se que as leis interpretativas retroagem. É preciso, entretanto, distinguir. Sendo a lei interpretativa a forma autêntica pela qual o legislador fixa o seu pensamento e esclarece o seu comando, considera-se contemporânea da própria lei interpretada, segundo a doutrina que vem desde o imperador Justiniano, e, portanto, na sua própria condição intrínseca, faz abstração do tempo decorrido entre as duas normas. Mas as situações jurídicas, ou os direitos subjetivos constituídos em função da interpretação dada à lei, antes do dispositivo interpretativo, não podem mais ser alterados ou atingidos, ainda que a hermenêutica autêntica venha a infirmar o entendimento dado à lei interpretada”*¹⁶².

Pontes de Miranda, entretanto, discorda dos entendimentos acima explicitados criticando a retroatividade da norma interpretativa com a afirmação de que ou a lei *“acerta no que explicita do conteúdo da regra jurídica interpretada, e é supérflua, ou não acerta (corrige), e refere-se ao passado, insinuando-lhe conteúdo novo”*, aduzindo que é impensável a *“regra jurídica interpretativa, que, a pretexto de autenticidade da interpretação, retroaja”*¹⁶³. Acompanham-no Espínola e Espínola Filho, para os quais não há distinção, de efeitos práticos, entre a lei interpretativa e a lei nova¹⁶⁴.

Ousamos discordar, em parte, do entendimento dissonante dos ilustres mestres. A norma interpretativa não pode ser aceita quando simplesmente repete os preceitos da lei interpretada, pois, além de inócua, revoga as disposições da lei anterior, nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil. Caso ultrapasse o conteúdo normativo da lei que busca interpretar, ampliando o seu alcance, não pode ser considerada norma interpretativa. Entretanto, se a norma, seguindo os princípios de hermenêutica constituindo autêntica interpretação da outra lei, apenas esclarecer seu conteúdo, deve ser entendida como

¹⁶² SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, v. 1, p. 107-108.

¹⁶³ Op. cit., t. 5, p. 103.

¹⁶⁴ ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1939, v. 2, p. 238 e ss.

contemporânea à lei interpretada, alcançando as relações constituídas desde o início de sua vigência. Não é, portanto, a denominação que se dá à lei que deve ser considerada, e sim, seu conteúdo, que não pode ultrapassar ou diminuir o conteúdo da norma interpretada.

Não restam dúvidas, porém, que a lei interpretativa deverá respeitar os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada constituídos antes de sua edição, sob pena de estar acometida pelo vício da inconstitucionalidade.

2.1.3. Leis de Ordem Pública

Conforme já verificado anteriormente, é comum a confusão, mesmo pelos estudiosos do direito intertemporal, entre a retroatividade e os efeitos imediatos de uma lei. Esta confusão pode levar ao errôneo entendimento de que as leis de ordem pública *retroagem* alcançando os efeitos dos fatos produzidos antes de sua entrada em vigor, sem qualquer respeito aos direitos adquiridos. O que ocorre, na realidade, é a aplicação imediata das leis de ordem pública.

O entendimento funda-se na idéia de superioridade do interesse público sobre o interesse privado. A lei de ordem pública, por veicular interesse de toda a coletividade deveria sobrepor-se ao interesse do indivíduo que titulariza direito adquirido. O raciocínio, porém, não encontra qualquer respaldo no ordenamento pátrio. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXVI protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada sem fazer qualquer distinção entre leis de ordem pública e leis de direito privado. Aliás, se o legislador constituinte os erigiu em garantias do cidadão contra o Estado, com o status de cláusula pétrea, é porque entende que sua proteção constitui um interesse público de suma importância.

Paul Roubier, analisando a assertiva de que a lei de ordem pública retroage, repele a idéia com veemência:

“a teoria da retroatividade das leis de ordem pública, sob qualquer forma que se queira apresentá-la, deve ser pura e simplesmente rejeitada (...).

A idéia de ordem pública não pode ser colocada em oposição ao princípio da irretroatividade da lei, pela razão primordial que, em uma ordem pública fundada sobre legalidade, a irretroatividade das leis é ela própria uma das colunas de ordem pública”¹⁶⁵.

Embora a noção de retroatividade defendida por Roubier seja diversa da adotada pela teoria subjetivista, assiste razão ao doutrinador francês. E, se nem mesmo em um país em que a proteção ao direito adquirido constitui garantia infraconstitucional faz sentido afirmar que as leis de ordem pública não lhes devem respeito, quem dirá em um ordenamento em que o direito adquirido é protegido constitucionalmente?

No direito pátrio, encontramos a posição de Reynaldo Porchat que, sob a égide da Constituição de 1891, já rechaçava a idéia, com apoio na teoria de Gabba:

“E seria altamente perigoso proclamar como verdade que as leis de ordem pública ou de direito público têm efeito retroativo, porque mesmo diante dessas leis aparecem algumas vezes direitos adquiridos, que a justiça não permite sejam desconsiderados e apagados. O que convém ao aplicador de uma nova de ordem pública ou de direito público é verificar se, nas relações jurídicas já existentes, há ou não direitos adquiridos. No caso afirmativo, a lei não deve retroagir, porque a simples invocação de um motivo de ordem pública não basta para justificar a ofensa ao direito adquirido, cuja inviolabilidade, no dizer de Gabba, é também um forte motivo de interesse público”¹⁶⁶.

R. Limongi França ao lecionar ao abordar o assunto defende a idéia de que mesmo se tratando de leis de interesse público, para que sejam retroativas, essa retroatividade

---

¹⁶⁵ Op. cit., p. 417.

¹⁶⁶ Op. cit., p. 67.

deve vir expressa, mas assevera que tais leis têm sempre aplicação imediata. O autor, entretanto, não procede com o costumeiro acerto ao afirmar que as leis de ordem pública não precisam, em regra, respeitar o direito adquirido, fazendo confusão entre retroatividade e lesão aos direitos adquiridos. Sua posição se torna ainda menos clara quando, em conclusão de seu raciocínio, afirma que o desconhecimento do direito adquirido pelas leis de ordem pública não pode ser de tal alcance a ponto de gerar um desequilíbrio social e jurídico¹⁶⁷.

Maior clareza trazem os ensinamentos de Caio Mario da Silva Pereira que defende a proteção ao direito adquirido tanto no direito público como no direito privado:

*“Costuma-se dizer que as leis de ordem pública são retroativas. Há uma distorção nesta afirmativa. Quando a regra da não-retroatividade é de mera política legislativa, sem fundamento constitucional, o legislador, que tem o poder de votar leis retroativas, não encontra limites ultralegais à sua ação, e, portanto, tem a liberdade de estatuir o efeito retrooperante para a norma de ordem pública, sob o fundamento de que esta se sobrepõe ao interesse individual. Mas, quando o princípio da não-retroatividade é dirigido ao próprio legislador, marcando os confins da atividade legislativa, é atentatória da Constituição a lei que venha a ferir direitos adquiridos, ainda que sob inspiração da ordem pública. A tese contrária encontra-se defendida por escritores franceses ou italianos, precisamente porque, naqueles sistemas jurídicos, o princípio da irretroatividade é dirigido a juiz e não ao legislador”*¹⁶⁸.

No direito administrativo predomina o entendimento de que os direitos adquiridos merecem proteção mesmo em face de normas de ordem pública. É nesse sentido o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶⁹:

“Mas, em rigor, a questão medular é a de reconhecer quando um direito deverá ser considerado integrado ao patrimônio de alguém e, por isso, intangível. O

---

¹⁶⁷ Op. cit., p. 258-259.

¹⁶⁸ Op. cit., v. 1, p. 107.

¹⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O direito adquirido e o direito administrativo*. Revista de Direito & Cidadania, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, nº 2, OAB Editora, 2008, p. 27-28.

problema, num primeiro súbito de vista, pode parecer de difícil desate. Entretanto, pelo menos no âmbito do direito administrativo, sua resolução, nos casos concretos, geralmente é muito simples. (...)

Com efeito, dado que os direitos nascem da Constituição, de uma lei (ou de ato na forma dela praticado) tudo se resume em verificar, a partir da dicção da norma – de seu espírito – se o conteúdo do dispositivo gerador do direito cumpre ou não a função lógica de consolidar uma situação que é, de per si, como soem ser as relações de direito público, basicamente mutável”.

Os constitucionalistas nacionais também têm seguido esta mesma posição, iniciando por Pontes de Miranda, que criticava a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, anterior à Constituição de 1934:

“A cada passo se diz que as normas de direito público – administrativo, processual e de organização judiciária – são retroativas, ou contra elas não se podem invocar direitos adquiridos. Ora, o que em verdade acontece é que tais regras jurídicas, nos casos examinados, não precisam retroagir, nem ofender direitos adquiridos, para que incidam desde logo. O efeito, que se lhes reconhece, é normal, o efeito no presente, o efeito imediato, pronto, inconfundível com o efeito no passado, o efeito retroativo, que é anormal. (...) A regra jurídica de garantia é, todavia, comum ao direito privado e ao direito público. Quer se trate de direito público, quer se trate de direito privado, a lei nova não pode ter efeitos retroativos (critério objetivo), nem ferir direitos adquiridos (critério subjetivo), conforme seja o sistema adotado pelo legislador constituinte”¹⁷⁰.

Evidentemente, os direitos adquiridos não podem ser encarados de forma a impedir a evolução do direito para acompanhar as transformações sociais que deve reger, seja ele constitucional ou infraconstitucional. E, diante dos interesses protegidos pelas leis de ordem pública os direitos adquiridos terão menor porte, conforme será melhor explicado adiante, mas isto não significa que tais leis podem sobrelevar-se à garantia constitucional e

---

¹⁷⁰ Op. cit., t. 5, p. 99.

fazer tabula rasa dos direitos já incorporados ao patrimônio dos indivíduos. Caso assim fosse, o próprio Estado Democrático de Direito seria colocado em risco ante a inexistência de um de seus pilares básicos: a segurança jurídica.

Não tem sido outra a posição do Supremo Tribunal Federal a respeito das leis de ordem pública. Confira-se a respeito trecho do voto do Ministro Moreira Alves no julgamento da ADIn 493-DF¹⁷¹:

“Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado.

O disposto no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal se aplica 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.

Aliás, no Brasil, sendo o princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, de natureza constitucional, sem qualquer exceção a qualquer espécie de legislação ordinária, não tem sentido a afirmação de muitos – apegados ao direito de países em que o preceito é de origem meramente legal – de que as leis de ordem pública se aplicam de imediato alcançando os efeitos futuros do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, e isso porque, se se alteram os efeitos, é óbvio que se está introduzindo modificação na causa, o que é vedado constitucionalmente”.

Veja-se, também, no mesmo sentido, trecho dos votos proferidos pelos Ministros Ilmar Galvão e Celso de Mello, respectivamente:

“Leis de ordem pública – Razões de Estado – Motivos que não justificam o desrespeito estatal à Constituição – Prevalência da norma inscrita no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição.

---

¹⁷¹ STF, RTJ, n° 143, p. 724, 1993, ADIn 493-DF, rel. Min. Moreira Alves.

A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro.

Razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, ‘ex parte principis’, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo – não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública – que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) – não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade”¹⁷².

“O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, teve o ensejo de repelir esse argumento de ordem política (RTJ 164-1145-1146, rel. Min. Celso de Mello), por entender que a invocação das razões de Estado – além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de impugnação judicial – representaria, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por seu eventual reconhecimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização”¹⁷³.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho defende que deve ser dado caráter mais restrito à segurança jurídica e, conseqüentemente, ao reconhecimento dos direitos adquiridos quando nos encontramos no âmbito do direito público:

“Sem negar o direito adquirido em matéria de Direito público – o que contraria a letra da Constituição, a doutrina e a jurisprudência brasileiras – não descabe uma posição restritiva quanto a essa questão. Vale restringir o direito adquirido em matéria de Direito público a vantagens materiais incorporadas ao patrimônio do servidor, e especialmente direitos resultantes de atos negociais da

¹⁷² STF, RTJ, nº 164, p. 1145, 1998, RE 209.519-SC, rel. Min. Celso de Mello.

¹⁷³ STF, RTJ, nº 174, p. 916, 2000, p. 986, RE 226.855-RS, rel. Min. Moreira Alves.

Administração. Isso evidentemente não exclui a aplicação da lei nova a tudo o que não for 'vantagem' patrimonial, mas apenas regime jurídico do direito”¹⁷⁴.

Não concordamos com este posicionamento. A garantia do direito adquirido não pode ser desconsiderada ou restringida pelo simples fato de se tratar a lei nova de uma lei de ordem pública. O que se fará é verificar no caso concreto se está presente o direito subjetivo, se foi incorporado ao patrimônio do indivíduo e este direito adquirido será protegido contra os efeitos da incidência imediata da lei.

Juntamente com a questão das leis de ordem pública se coloca o tema da inexistência de direito adquirido a regime jurídico. É pacífica a orientação no Supremo Tribunal Federal neste sentido, já que a relação estabelecida entre os servidores públicos e o Poder Público a que se vinculam não constitui uma relação contratual e sim uma relação estatutária ou legal que pode ser alterada unilateralmente pelo Estado. Quando um servidor vincula-se ao Poder Público apenas adere a um regime previamente estabelecido e não tem direito adquirido à manutenção das condições previamente estabelecidas. Nesse sentido é a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o assunto:

“Em tempos, pretendeu-se que o vínculo jurídico entre o Estado e o funcionário fosse de natureza contratual. De início, entendido como contrato de direito público, afinal, prevaleceu o entendimento correto, que nega caráter contratual à relação e afirma-lhe natureza institucional.

Isto significa que o funcionário se encontra debaixo de uma situação legal, estatutária, que não é produzida mediante um acordo de vontades, mas imposta unilateralmente pelo Estado e, por isso mesmo, suscetível de ser, a qualquer tempo, alterada por ele sem que o funcionário possa se opor à mudança das condições de

---

¹⁷⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Poder constituinte e direito adquirido*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 210, p.1-9, out./dez. 1997, p. 8.

prestação de serviço, de sistema de retribuição, de direitos e vantagens, de deveres e limitações, em uma palavra de regime jurídico”¹⁷⁵.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é rica a respeito do tema e desde antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 já havia se consolidado o posicionamento de que não há direito adquirido a regime jurídico. E esse entendimento vigora até os dias de hoje, no Supremo Tribunal Federal, mesmo após ter sofrido diversas alterações em sua composição. Vejam-se alguns acórdãos:

“Constitucional Funcionário Público. Regime de tempo integral. Pela natureza estatutária das relações do funcionário público com a Administração, pode tal regime ser modificado por lei, sem que isto ofenda o princípio constitucional da garantia ao direito adquirido” (STF, RE 99.592, Rel. Min. DÉCIO MIRANDA, RTJ 108/382, j. em 7/10/1983).

“A garantia constitucional do direito adquirido não faz intangível o regime jurídico de um servidor do Estado, sujeito ao estatuto especial ante a edição da lei complementar que o modifica” (STF, RE 99.594, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, RTJ 108/785).

“Funcionalismo. Proventos de aposentadoria. Se a lei extingue vantagem ou gratificação que serviu de base ao cálculo de proventos do funcionário aposentado, sem redução dos mesmos, não há ofensa a direito adquirido, uma vez que a garantia constitucional não abrange o regime jurídico” (STF, RE 99.955, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, RTJ 116.1065).

“Lei nova, ao criar direito novo para o servidor público, pode estabelecer, para o cômputo do tempo de serviço, critério diferente daquele determinado no regime jurídico anterior. - Não há direito adquirido a regime jurídico” (STF, R.E n. 99.522, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RDA 153/110-113, j. em 1/03/1983).

---

¹⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, 2ª ed., revista, atual., São Paulo, Ed. RT, 1991, p. 19.

“O funcionário tem direito adquirido a, quando se aposentar, ter seus proventos calculados em conformidade com a lei vigente ao tempo em que preencheu os requisitos para a aposentadoria. - Não possui, contudo, direito adquirido ao regime jurídico relativo ao cargo, o qual pode ser modificado por lei posterior. - (...)” (STF, R.E. n. 92.638, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RDA 145/56-61, j. em 6/06/1980).

“Vencimentos: reajuste: direito adquirido Inexistência. Segundo a jurisprudência do STF- que reduz a questão à inexistência de direito adquirido a regime jurídico -, as leis ainda quando posteriores à norma constitucional de sua irredutibilidade - que modificam sistemática de reajuste de vencimentos ou proventos são aplicáveis desde o início de sua vigência. Ressalva do entendimento do relator, expresso no julgamento do MS 21.216.(Gallotti, RTJ 134/1.112)” (STF, R.E. n. 185.966-1, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU de 22.09.1995, Seção I., p.30632).

“Decreto-Lei nº 2.335/87. Plano Verão. Reajuste de 26, 05%. Direito adquirido. Inconstitucionalidade. 1 - O Plenário da Corte reiterou o entendimento de que não há direito adquirido a vencimentos de funcionários públicos, nem direito adquirido a regime jurídico instituído por lei. Em se tratando de norma de aplicação imediata, esta não alcança vencimentos já pagos, ou devidos ‘pro labore facto’ (...)” (STF, RE-199753-MG, Rel. Min. MAURÍCIO CORREIA, DJU de 07-06-1996, pp. 19843, j. em 30/04/1996).

A orientação do Supremo Tribunal Federal não impede a incorporação de vantagens ao patrimônio do servidor público e, com isso, a proteção aos direitos adquiridos frente a inovações legislativas. As vantagens que já houverem sido incorporadas ao patrimônio do servidor ao tempo do surgimento da novel legislação como, por exemplo, o direito a aposentadoria quando já atendidos os requisitos necessários para a sua concessão diante da legislação anterior, mas ainda não exercitado este direito, é objeto de proteção constitucional.

O que não se admite é a permanência no tempo de regime jurídico em abstrato, regulando a função pública em prol de indivíduos determinados, como ocorria à época em que vigorava a concepção patrimonial da função pública, em que os cargos eram negociados, comprados ou doados. Atualmente, a idéia de que o regime jurídico considerado em si mesmo possa ser incorporado ao patrimônio do indivíduo foi repelida, passando a vigorar o regime legal da função pública.

2.2. Elementos nucleares e periféricos

Reconhecido um direito adquirido é possível verificar que ele sempre se compõe de um elemento nuclear, através do qual se manifesta a composição básica deste direito, e de um ou mais elementos periféricos, que se colocam em torno deste núcleo básico. Para esclarecer melhor, podemos nos valer de um exemplo: o direito a férias anuais é assegurado no artigo 7º, inciso XVII da Constituição Federal, entretanto, não há qualquer menção ao número de dias de duração destas férias, que é disciplinado pela legislação infraconstitucional. Assim, as férias anuais constituem o elemento nuclear do direito adquirido, enquanto o número de dias de gozo destas férias consubstancia o núcleo periférico deste direito. A lei pode reduzir ou aumentar o número de dias, mas não pode suprimir o direito às férias. Se o empregado, na vigência da atual legislação que prevê 30 dias de férias, percorrer todo o período aquisitivo, terá adquirido o direito de tirar os 30 dias que a lei lhe assegura, mesmo que antes de seu exercício, sobrevenha lei que altere o número destes dias. Isto porque o direito de gozo das férias já foi incorporado ao patrimônio do empregado.

Elival da Silva Ramos, discorrendo sobre o tema¹⁷⁶, afirma que o direito adquirido será sempre integrado pelo seu elemento nuclear, que estará protegido contra qualquer alteração legislativa posterior. Os elementos periféricos, por sua vez, nem sempre integrarão esse direito. E para se verificar os casos em que os elementos periféricos são também objeto da proteção constitucional, utiliza-se da clássica qualificação das normas

---

¹⁷⁶ Op. cit., p. 187-194.

jurídicas em normas dispositivas e normas cogentes. O autor, com base nas lições de Roubier sobre os direitos adquiridos nas relações contratuais, entende que quando se está diante de uma norma dispositiva, que pode ser livremente eleita pela partes como aplicável, haverá a proteção aos elementos periféricos, por configurarem direitos adquiridos.

Assevera o autor, porém, que a mesma proteção não é outorgada a esses elementos quando se está diante de normas cogentes, por serem elas permeadas por um forte interesse público. Assim, o elemento nuclear estaria resguardado contra a retroatividade ou retrospectividade da lei, seja ele de natureza cogente ou dispositiva. Os elementos periféricos ocorridos no passado estariam protegidos contra as alterações legislativas, em razão da irretroatividade da lei. O mesmo não ocorreria com os elementos periféricos presentes ou futuros, que seguiriam os preceitos da novel legislação, de acordo com os fenômenos da retrospectividade e prospectividade, *“conferindo um caráter dinâmico à configuração do direito adquirido”*¹⁷⁷.

Dizer isto, na visão deste jurista, não significaria que não seja possível alegar-se direitos adquiridos em face de leis cogentes ou de ordem pública, mas sim que eles teriam um âmbito de proteção mais reduzido. Ressalva que os contratos administrativos ou contratos regidos por normas contratuais privadas de ordem pública teriam maior proteção do que os demais direitos fundados em normas de ordem pública, pois se houver desequilíbrio econômico-financeiro nestes contratos, haverá sempre o direito de repactuação do preço.

Entretanto, o direito de repactuação do preço não constitui direito adquirido e sim direito positivado. Apenas no caso de legislação posterior que retire esse direito nos contratos com a Administração Pública, é que estaremos diante da configuração dos direitos adquiridos.

O argumento de Elival da Silva Ramos é fundamentado na teoria subjetiva de Paul Roubier, que dispensa maior proteção às relações contratuais do que às demais relações jurídicas, sejam elas públicas ou privadas. Mas, conforme comentado anteriormente,

---

¹⁷⁷ Op. cit., p. 189.

a tese não encontra amparo jurídico, por apresentar argumentos frágeis e contraditórios para a sua defesa¹⁷⁸. Não existe qualquer diferença de tratamento para a proteção dos direitos adquiridos em face das normas de ordem pública, seja ela derivada de relações contratuais ou não-contratuais.

Tomando por base as lições de Paolo Barile, Elival Ramos da Silva esclarece ainda a existência de direitos adquiridos que já nascem com um núcleo elementar enfraquecido, sendo imunes apenas à retroatividade. Estes casos se manifestariam quando o direito individual encontra-se entrelaçado com o interesse coletivo, levando o Estado a modificar os rumos deste interesse privado em nome do bem-comum. Cita como exemplo o direito de propriedade e a possibilidade de desapropriação, mediante o pagamento de justa indenização.

Por fim, adverte o autor que a extinção do instituto no qual se apoiava o direito adquirido, com a edição de legislação ulterior, respeitado o tempo passado (fatos consumados), operaria efeitos retroativos e retrospectivos, independentemente do pagamento de indenização. Ampara-se nas lições de Reynaldo Porchat, as quais aproveitamos para trazer à colação:

“Um dos pontos em que escritores têm procurado justificar a retroatividade expressa é aquele referente às leis que têm por fim abolir certos institutos de duração perpétua, como a enfiteuse, os feudos, a servidão da gleba, a escravidão etc.

Realmente, os progressos da civilização, impulsionando o aperfeiçoamento do direito, têm determinado a necessidade de abolir os institutos jurídicos, que não se adaptam mais às novas condições, à índole, aos costumes do povo.

(...) alguns autores esforçam-se por demonstrar que semelhantes leis têm efeito retroativo completo, levando de vencida os direitos adquiridos. (...) para outros, a inviolabilidade dos direitos adquiridos é um dogma tão respeitável que, mesmo nesses casos figurados, não é admissível que a lei nova os extinga sem que os

---

¹⁷⁸ Vide *retro*, item 2.2, capítulo I.

indivíduos prejudicados sejam devidamente recompensados pelo Estado com a competente indenização pelo dano que sofreram”¹⁷⁹.

Assim, para a configuração do direito adquirido devemos ter uma violação, pela lei nova, de um dos núcleos elementares que compõem esse direito ou de um núcleo periférico manifestado através de uma norma cogente. Caso contrário, não se caracterizará a incidência da norma protetiva. Esse raciocínio é utilizado também pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do caso concreto. A nosso ver, não é outro o motivo que levou esta Suprema Corte a pacificar sua jurisprudência no sentido de que o funcionário público tem direito adquirido à irredutibilidade de vencimentos e não à sua composição¹⁸⁰, embora não exista menção expressa no Acórdão sobre os elementos nucleares e periféricos dos direitos adquiridos.

2.3. Destinatários da norma de proteção constitucional

É de rigor estabelecer a quem se dirige a determinação de que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, para melhor compreensão de seu significado e abrangência.

Reynaldo Porchat, lições às quais recorreremos com frequência, analisando a questão com base na Constituição de 1891, vigente à época, afirmou:

“Deve-se notar que o dispositivo constitucional citado refere-se ao legislador e não ao juiz. A sua forma não deixa nenhuma dúvida sobre isso, porque veda que ele, quer nos Estados, quer na União, prescreva leis com efeito retroativo expresso. Ao juiz não fora possível proibir que aplicasse as leis com efeito retroativo nos casos em que elas o tenham pela natureza do objeto sobre que recaem. Desde que

¹⁷⁹ Op. cit., p. 45-47. Passagem citada por Elival da Silva Ramos, op. cit., p. 192-193.

¹⁸⁰ Vide retro: item 3, capítulo I.

uma lei nova não encerre disposição expressa sobre ação retroativa, (...) o juiz deve dirigir-se, na aplicação das leis, guiado apenas pelos princípios doutrinários já expostos, que determinam que uma lei nova deve ser aplicada do modo mais completo, abrangendo todos os casos que se incluam na esfera do seu objeto, e respeitando apenas aqueles em que se verifique a existência bem caracterizada de um direito adquirido”¹⁸¹.

Pedimos licença para discordar desta posição. É evidente que o preceito constitucional contido no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição atualmente em vigor dirige-se ao Poder Legislativo, resultando na vedação de edição de leis retroativas ou retrospectivas, em prejuízo aos direitos adquiridos, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Quanto aos efeitos retroativos, já explicamos que a lei ordinariamente não retroage. Pelo sistema constitucional e infraconstitucional vigente é necessário que haja previsão expressa de retroatividade para a que a norma possa surtir tais efeitos. Diante do mandamento constitucional expresso no artigo 5º, inciso XXXVI, fica clara a vedação de aplicação de tais efeitos pelo Legislador em afronta às situações nela protegidas. Os efeitos retrospectivos, entretanto, são efeitos ordinários da norma e não exigem previsão expressa.

Verificamos, ainda, que o legislador não é o único destinatário da proteção constitucional. A norma também se dirige ao juiz que, no exercício de sua função de aplicador e intérprete da lei, deve proceder de forma a compatibilizar os efeitos da lei com a Constituição, afastando a lei nova nos casos em que atingir as garantias. O Poder Judiciário atuará como guardião de tais direitos fundamentais, através do exercício do controle concentrado de constitucionalidade ou do controle abstrato diante de situações concretas.

Nesse sentido é também a posição de Rubens Limongi França:

“Assim, quando a matéria evolui para extravasar do campo ordinário, de modo a abranger o constitucional, é evidente que passou a vincular também o

---

¹⁸¹ Op. cit., p. 43-44.

Legislador, mas nada autoriza a afirmar que, por isso, deixou de obrigar, como anteriormente, desde há dois mil anos, os órgãos encarregados do pronunciamento da Justiça. Tal idéia nos levaria, no que tange a esse ângulo da matéria, a retroceder para o tempo de antes da Lei das XII Tábuas”¹⁸².

Também não se pode esquecer que o comando dirige-se, também, ao administrador que, diante de uma lei manifestamente inconstitucional, deve escusar-se de aplicá-la. Nesse mesmo sentido, os atos administradores devem guardar balizas com o mandamento constitucional que não deverão retroagir para atingir fatos pretéritos ou pendentes, sob pena de serem acometidos do vício de inconstitucionalidade. A interpretação administrativa segue o mesmo raciocínio e não pode retroagir. Se o ato não pode ser atingido por uma nova lei, o que se dirá de uma ação ou omissão da Administração Pública ao interpretá-la?

Wilson de Campos Batalha, aos estudar os efeitos dos atos administrativos normativos, impõe sua sujeição às regras do direito intertemporal. Esclarece que a Administração Pública, no exercício da atividade regulamentar, das decisões com eficácia normativa e das práticas observadas por ela, deve sujeitar-se à estrita legalidade e observar o princípio da irretroatividade, ainda que não expresse¹⁸³.

Como beneficiários da norma encontram-se as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, residentes ou em trânsito no País. Não estão protegidos por esta garantia os entes da federação e as entidades com personalidade de direito público e privado que sejam integrantes da Administração Pública, direta ou indireta.

Nesse sentido já se posicionou a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 184.099-4/DF, em 10/12/1996, com relatório do Ministro Octávio Gallotti: *“Os princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito são erigidos*

---

¹⁸² Op. cit., p. 201.

¹⁸³ Op. cit., p. 51.

pela Constituição, em garantia do indivíduo, perante o Estado, e não em sentido contrário”¹⁸⁴.

---

¹⁸⁴ RT, 741:195-9.

2.4. A cláusula de não-retrocesso social

A proteção aos direitos adquiridos encontra-se intimamente vinculada com o princípio da segurança jurídica, constituindo uma de suas facetas. Entendida a segurança jurídica, em sentido amplo, verificamos que ela abrange a confiabilidade e transparência nas decisões do Poder Público e também a segurança do cidadão em relação aos efeitos jurídicos de seus atos e a *fides* na estabilidade das relações jurídicas e sociais. Sendo a segurança jurídica uma das maiores aspirações do ser humano, torna-se impossível dissociá-la da dignidade humana.

Por isso, podemos dizer que a segurança jurídica, sob o aspecto objetivo, exige um mínimo de estabilidade do direito e, sob o aspecto subjetivo implica na proteção da confiança do cidadão nesta estabilidade como forma de segurança individual a respeito da consequência de seus próprios atos¹⁸⁵. E a proteção aos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada constitui forma de garantia da segurança jurídica.

Muito se controverte sobre a extensão da proteção dos direitos adquiridos e seu conceito como forma de garantir esta segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana. E, neste contexto, encontramos orientação - que vem ganhando campo, tanto no direito estrangeiro como no direito pátrio -, no sentido de que esta proteção deve se dar não somente para impedir um efeito retroativo da lei, mas também contra medidas retrocessivas com efeitos meramente prospectivos, em especial em face dos direitos sociais. Assim, esta corrente entende que os direitos humanos fundamentais assegurados na Constituição, uma vez conquistados, não podem ser suprimidos, sob pena de inconstitucionalidade, já que tais direitos se encontram reconhecidos como essenciais para a garantia da dignidade humana.

---

¹⁸⁵ STARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro*, in Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Cármen Lúcia Antunes da Rocha (Org.), 2ª ed., rev. e ampl. Belo Horizonte, Fórum, 2005, p. 96.

O movimento em prol da denominada “proibição de retrocesso social”, encontra-se presente em diversos países europeus, entre os quais se destacam a Alemanha, a França¹⁸⁶ e Portugal. Neste último, encontramos o julgado de 1984 do Tribunal Constitucional que veio a afirmar que:

“(...) a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”¹⁸⁷.

J. J. Gomes Canotilho¹⁸⁸ encontra-se entre os defensores da doutrina da proibição de retrocesso social:

“O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social.

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de contra-revolução social ou da evolução reacionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à

---

¹⁸⁶ Na Alemanha, a doutrina recebe o nome de *Soziales Rückschrittsverbot*, pela qual se entende que a política social não pode sofrer um retrocesso absoluto em relação à satisfação dos chamados direitos de prestação, sob pena de ser violada a cláusula constitucional do Estado social de direito. A posição tem sido adotada na doutrina e na jurisprudência, em especial pelo Tribunal Constitucional Federal. Na França, o Conselho Constitucional Francês adotou, por diversas vezes, a doutrina da proibição de retrocesso social (*acquis social* ou *effet cliquet* ou *non-rétrogression*), pela qual o Estado fica vinculado a uma determinada configuração normativa de direitos existentes, não podendo descumpri-la, sob pena de ser responsabilizado. Neste sentido, o Conselho Constitucional Francês, em 1984, julgou inconstitucional a revogação de lei que dispunha sobre liberdades fundamentais por entender que não apresentava uma garantia de eficácia equivalente no mínimo aos direitos já assegurados anteriormente: “*A ab-rogação total da orientação de 12 de novembro de 1968 [sobre as liberdades universitárias] cujas certas disposições davam ‘enseignants’ das garantias conforme as exigências constitucionais, que não foram substituídas pela nova lei por garantias equivalentes não é conforme a Constituição.*” (apud José Adércio Leite Sampaio, Expectativa de Direito e Direito Adquirido como Franquias e Bloqueios da Transformação Social. *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Cármen Lúcia Antunes da Rocha (Org.), 2ª ed., rev. e ampl. Belo Horizonte, Fórum, 2005, p. 265-344, p. 303).

¹⁸⁷ Portugal. Tribunal Constitucional, AC. N. 39/84. *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, v. 3, p. 95.

¹⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 320/321, item n. 3.

educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A proibição de retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta proteção de direitos prestacionais de propriedade, subjetivamente adquiridos constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigatoriedade de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjetivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efetivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladora da chamada justiça social. Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionalmente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (...). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da atividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. (...)”.

Para Canotilho, para promover a igualdade entre os cidadãos, “o princípio da democracia econômica e social impõe tarefa ao Estado e justifica que elas sejam tarefas de conformação, transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais”¹⁸⁹. O autor nos apresenta, ainda, o que entende por “proibição de retrocesso social”:

“O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (‘lei de segurança social’, ‘lei do subsídio de desemprego’, ‘lei do serviço de saúde’) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou

---

¹⁸⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria* .... Op. cit. p. 319.

*compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado”*¹⁹⁰.

Podemos encontrar manifestações em favor da proibição do retrocesso social também na doutrina e jurisprudência pátrias. Entre os defensores desta orientação, encontramos a posição do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello que se manifestou da seguinte forma no julgamento do MS 24.875-1 / DF:

*“Registro, de outro lado, que tenho **igualmente** presente, **no exame** desta controvérsia constitucional, o postulado da proibição de retrocesso social, cuja eficácia **impede – considerada** a sua própria razão de ser – **sejam desconstituídas** as conquistas **já alcançadas** pelo cidadão, **que não pode ser despojado**, por isso mesmo, **em matéria** de direitos sociais, **no plano** das liberdades reais, **dos níveis positivos de concretização** por ele já atingidos, **consoante assinala** (e adverte) **autorizado magistério doutrinário (...)**.*

*Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, **verdadeira dimensão negativa** pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, **impedindo**, em consequência, que os **níveis** de concretização dessas prerrogativas, **uma vez atingidos**, venham a ser reduzidos ou sumpridos, **exceto** nas hipóteses – **de todo inócua** na espécie – **em que políticas compensatórias** venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais”*¹⁹¹.

A doutrina ainda é controversa no Brasil, mas podemos dizer que algumas noções já se encontram delineadas em nosso direito constitucional. Com efeito, podemos afirmar que a garantia dos direitos adquiridos, ato jurídico perfeito e coisa julgada, as demais limitações constitucionais à retroatividade da lei e as garantias contra as restrições aos direitos fundamentais, não deixam de constituir uma das dimensões da vedação ao retrocesso.

¹⁹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. p. 320.

¹⁹¹ STF, Tribunal Pleno, MS nº 24.875-1/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 11.05.2005, DJ 06.10.2006.

Devemos lembrar, ainda, das limitações materiais ao poder reformador, que impedem o desvirtuamento do núcleo fundamental da Constituição.

Entretanto, a doutrina da proibição do retrocesso social deve ser adotada com certa parcimônia, visto que o direito encontra-se em constante transformação e deve acompanhar as alterações nas necessidades das relações sociais. Não pode, assim, o princípio da proibição de retrocesso social ser entendido como uma barreira para as modificações que se verificarem imperiosas na legislação como forma de acompanhar o progresso social. A retirada de determinadas políticas públicas ou normas protetivas de direitos sociais só é considerada um *retrocesso* social se o interesse público ainda exigir a garantia daqueles direitos como forma de concretização dos objetivos da Constituição.

CAPÍTULO III – OS DIREITOS ADQUIRIDOS E O PODER CONSTITUINTE

1 – A PROTEÇÃO AOS DIREITOS ADQUIRIDOS E O PODER CONSTITUINTE

1.1. A teoria do Poder Constituinte

Ao longo deste estudo, pudemos verificar que, no direito pátrio, os Direitos Adquiridos, por opção do nosso legislador originário, recebem tratamento de garantia fundamental do cidadão em face das inovações legislativas. A colocação da proteção, no artigo 5º da Constituição Federal lhe traz o caráter de norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, oponível a todos os poderes constituídos do Estado – Legislativo, Judiciário e Executivo.

Fica clara a possibilidade de caracterizar-se a norma de proteção frente ao legislador ordinário, tendo em vista a supremacia da norma constitucional a todas as demais. Entretanto, muito se questiona acerca da extensão da garantia dos Direitos adquiridos frente às inovações constitucionais, sejam elas decorrentes do Poder Constituinte Originário ou do Poder Constituinte Derivado. A doutrina e a jurisprudência controvertem a respeito.

Antes de tratarmos do tema específico da proteção dos direitos adquiridos frente a cada um dos Poderes Constituintes, cumpre fazer algumas considerações gerais sobre o Poder Constituinte e o nascimento de sua teoria, como forma de facilitar a compreensão do tratamento dado, em cada um dos casos, pela doutrina e jurisprudência.

O Poder Constituinte antecede, logicamente, à Constituição. É através dele que se manifesta a vontade política de uma nação. Entretanto, a idéia de Poder Constituinte só passou a ser objeto de uma teoria específica a partir do final do século XVIII, através

formulação das idéias de Emmanuel Sieyès, em manifesto pela Revolução Francesa denominado *Qu'est-ce que Le tiers État?* (O que é o terceiro Estado?).

A idéia de Poder Constituinte coincide com o surgimento das Constituições escritas, como forma de limitação ao poder estatal e proteção dos direitos e garantias fundamentais. Ela está atrelada à superioridade da lei constitucional e encontra-se intimamente ligado com o controle de constitucionalidade. Como nos ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

*“embora se possa falar de Poder Constituinte relativamente a uma Constituição não escrita, propriamente a distinção entre Poder Constituinte e poderes constituídos só tem interesse relativamente a uma Constituição rígida. De fato, naquela é o mesmo poder que gera as regras ordinárias e as regras constitucionais, assim o Poder Legislativo e o Poder Constituinte se confundem (donde a flexibilidade da Constituição). Em relação à Constituição rígida é que se pode mostrar distintamente a existência de um poder anterior e inicial”*¹⁹².

Sieyès entende que todo Estado deve ter uma Constituição, obra de um Poder Constituinte, que o antecede, necessária e logicamente. É o Poder Constituinte que gera os Poderes do Estado, que serão os poderes constituídos. Por isso, o Poder Constituinte é superior a todos os demais poderes do Estado.

O escalonamento normativo é um pressuposto lógico da supremacia da Constituição e, conseqüentemente, da superioridade do Poder Constituinte. Analisando o conceito de Constituição, Hans Kelsen coloca o sistema jurídico como um sistema escalonado de normas *“supra-infra-ordenadas umas às outras”*¹⁹³. Hierarquicamente superior à Constituição, no sentido jurídico-positivo (*norma posta*)¹⁹⁴, encontra-se a Constituição em

¹⁹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 22.

¹⁹³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed., Coimbra: Armenio Amado, 1984, p. 274.

¹⁹⁴ Estudando os conceitos de Constituição, podemos encontrá-lo sob diversas acepções, resumidamente: (i) *conceito liberal* ou *polêmico* – proposto pelos liberais franceses que combatiam o *Ancien Régime*, reduz o

sentido lógico-positivo, por ele denominada de *norma fundamental (norma pressuposta ou hipotética)*.

Notamos que Sieyès, ao discorrer sobre o Poder Constituinte e seus contornos, também estabelece a idéia de supremacia constitucional, afirmando a invalidade e nulidade dos atos emanados do Poder Legislativo em contradição ao disposto na Constituição. Foi ele um dos precursores do controle de constitucionalidade, naturalmente sem todos os elementos do mecanismo atual.

A rigidez de uma Constituição depende e se baseia na idéia de superioridade da Constituição do Estado, editada por um Poder Constituinte que subordina todos os demais poderes do Estado, por ele constituídos e limitados. Nesse sentido nos ensina Alexandre de Moraes:

“Sendo, portanto, a Constituição rígida a lei fundamental e suprema, todas as demais espécies normativas a estão subordinadas, não podendo com ela ser incompatíveis.

A idéia da existência de um Poder Constituinte é o suporte lógico de uma Constituição superior ao restante do ordenamento jurídico e que, em regra, não poderá ser modificada pelos poderes constituídos, com eles não se confundindo”¹⁹⁵.

Segundo Sieyès, a titularidade do Poder Constituinte pertence à nação, mas adverte que ela não pode ser confundida com o conjunto de homens que a compõe, em um

---

conceito de Constituição a um documento escrito que adote a separação de poderes e a limitação aos poderes estatais com a garantia dos direitos fundamentais; (ii) *conceito sociológico* – adotado por Ferdinand Lassalle, entende que o conceito de Constituição é mais do que um simples documento escrito, sua essência é refletir a soma dos “fatores reais do poder” vigentes em uma sociedade em determinada época; (iii) *jurídico-positivo e lógico-jurídico* – são os conceitos apresentados por Hans Kelsen. O primeiro entende que Constituição é uma norma de hierarquia superior às demais, que determina o modo e a forma de produção de outras normas jurídicas, independente de seu conteúdo. Já o conceito lógico-jurídico apresenta uma Constituição superior, inclusive, à Constituição jurídico-positiva, que é a *norma fundamental*, que não possui qualquer conteúdo ou natureza e é um pressuposto da ordem jurídica; e, (iv) *jurídico-político* – é apresentado por Carl Schmitt. Para ele, a constituição representa a concreta maneira de ser do Estado, que resulta da vontade política vigente e imposta pelo Poder Constituinte. A concepção de Carl Schmitt não dispensa a positivação de normas da Constituição (*leis constitucionais*).

¹⁹⁵ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6º ed., atualizada até a EC nº 52/06, São Paulo, Atlas, 2006, p. 87.

determinado momento. A nação deve expressar os interesses permanentes de toda a comunidade e se contrapõe aos interesses individuais que os homens possam ter naquele determinado momento.

Atualmente, vigora a idéia de que o titular do Poder Constituinte é o povo. A diferença entre o pensamento do abade Sieyès e a atual posição acerca da titularidade nos é explicada por Alexandre de Moraes, com a peculiar clareza:

“Essas idéias estavam ligadas ao sufrágio censitário existente no Estado Liberal, em que havia nítida separação entre os formadores da vontade da nação e o povo em geral, que não possuía direitos políticos. Com a universalidade do sufrágio, essa separação deixou de existir, pois é o povo, enquanto conjunto de eleitores, que se manifesta para a formação da vontade da nação.

Modernamente, portanto, é predominante que a titularidade do poder constituinte pertence ao povo, pois o Estado decorre da soberania popular, cujo conceito é mais abrangente do que o de Nação”¹⁹⁶.

Feitas essas breves digressões sobre o Poder Constituinte e a origem de sua teoria, passaremos a analisar a proteção a ser dada aos direitos adquiridos em face das novações constitucionais, tanto em face do Poder Constituinte Originário, como dos Poderes Constituintes Derivado e Decorrente, através do estudo das posições doutrinárias e jurisprudenciais.

1.2. Direitos adquiridos em face do Poder Constituinte Originário

O Poder Constituinte originário é o poder competente para estabelecer uma nova ordem jurídica constitucional, organizando o Estado, criando os poderes constituídos e

---

¹⁹⁶ Op. cit., p. 88.

limitando a sua atuação através do estabelecimento de direitos e garantias fundamentais. É a manifestação soberana da vontade de um povo.

Essa manifestação de vontade pode se dar através da eleição de representantes, para uma Assembléia Constituinte, ou por meio de outorga, nos casos em que o Poder Constituinte decorre de uma revolução. Em ambos os casos, a manifestação do Poder Constituinte cria um novo Estado e é superior aos poderes constituídos, que lhe devem obediência e conformação.

Desta definição de Poder Constituinte Originário, decorrem três características: ele é *inicial*, *ilimitado* e *incondicionado*.

A respeito do caráter inicial do Poder Constituinte Originário, nos ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

*“Quando se fala da inicialidade do Poder Constituinte originário, se está querendo dizer que a Constituição, obra última e acabada do Poder Constituinte originário se torna a base do novo ordenamento jurídico positivo. Nesse sentido, então, a Constituição é um ato inicial, porque ela funda a ordem jurídica, não é fundada na ordem jurídica positiva, nem é fundada por meio da ordem jurídica positiva”*¹⁹⁷.

Diante de seu caráter de inicialidade, de fundamentador da ordem jurídica de um Estado é que decorre a segunda característica do Poder Constituinte originário: ele é um poder ilimitado. O Poder Constituinte originário não está adstrito aos limites impostos pelo direito positivo que lhe antecedia simplesmente porque *“não há direito antes da manifestação do Poder Constituinte, portanto, não há direito que possa ser invocado contra o Poder Constituinte”*¹⁹⁸.

¹⁹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5ª ed., rev., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 80.

¹⁹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 75.

O Poder Constituinte originário é, ainda, incondicionado porque não se encontra sujeito a qualquer forma pré-fixada de manifestação de vontade, nem precisa seguir qualquer procedimento determinado para editar a Constituição¹⁹⁹.

J. J. Gomes Canotilho, ao analisar as características do Poder Constituinte originário, resume:

*“(...) o poder constituinte, na teoria de Sieyès, seria um poder inicial, autônomo e onipotente. É inicial porque não existe, antes dele, nem de fato nem de direito, qualquer outro poder. É nele que se situa, por excelência, a vontade do soberano (instância jurídico-política dotada de autoridade suprema). É um poder autônomo: a ele só a ele compete decidir se, como e quando, deve ‘dar-se’ uma constituição à Nação. É um poder onipotente, incondicionado: o poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou de fundo”*²⁰⁰.

Se o Poder Constituinte originário é inicial e ilimitado, fica claro que não precisa respeitar as disposições constitucionais ou legais anteriores, tampouco respeitar os direitos subjetivos surgidos com base nessas determinações, uma vez que inaugura uma nova ordem jurídica.

Entretanto, a nova Constituição não precisa eliminar totalmente a produção legislativa ordinária anteriormente existente. E, por este motivo, existe o fenômeno da recepção, segundo o qual *“salvo incompatibilidade entre a legislação ordinária anterior e as normas da nova Constituição, se considera que essas normas ordinárias anteriores persistem válidas e eficazes”*²⁰¹.

¹⁹⁹ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 89.

²⁰⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 94.

²⁰¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 95. O autor chama a atenção, ainda, para o fenômeno da desconstitucionalização, presente na doutrina constitucional francesa, segundo o qual as normas formalmente constitucionais que não forem repetidas nem contrariadas pela nova Constituição, são por elas recepcionadas como normas ordinárias, através do fenômeno da desconstitucionalização: *“Em face dessa distinção, a doutrina da desconstitucionalização procede do seguinte raciocínio: a perda de eficácia da Constituição abrangeria apenas e tão-somente a perda da eficácia das normas materialmente constitucionais. O que fosse apenas formalmente constitucional, o que não tivesse matéria constitucional, mas estivesse no corpo daquela Constituição, não sofreria a perda de eficácia como regra geral. Portanto, as normas apenas formalmente*

As normas ordinárias eventualmente recepcionadas pela nova Constituição, que consubstanciem direitos subjetivos, permitirão a oposição desses direitos mesmo diante da nova ordem constitucional. Entretanto, aqui não há que se falar em direitos adquiridos, já que a garantia somente pode ser oposta no caso de revogação da lei anterior, para permitir sua ultratividade em face da nova lei.

Só se poderia falar em direitos adquiridos em face de legislação não recepcionada pela nova Constituição. Porém, tendo em vista que o Poder Constituinte originário é inicial, ilimitado e incondicionado, não há que se falar em oposição de direitos adquiridos em face deste poder.

É princípio geral de direito, entretanto, a irretroatividade da lei, seja ela constitucional ou não. As Constituições, portanto, têm efeito imediato e geral, a menos que disponham expressamente em contrário. Nas palavras de Pontes de Miranda: “*As Constituições têm incidência imediata, ou desde o momento em que ela mesma fixou como aquela em que começaria a incidir*”²⁰².

Na mesma esteira de pensamento, escreveu mais recentemente Paulo Modesto²⁰³:

“Se a Constituição é a norma fundamental do sistema jurídico, base de validade de todas as demais normas, é evidente que não pode admitir a existência de qualquer direito sobranceiro, anterior ou superior a ela mesma, sob pena de perder a condição de norma inicial e fundante do sistema jurídico nacional. A legislação infraconstitucional permanece válida apenas se não confronta com o estatuto constitucional (princípio da recepção). Se a legislação conflita, prevalece a

---

constitucionais da Constituição seriam simplesmente desconstitucionalizadas, seriam reduzidas a normas ordinárias. E então permaneceriam válidas, ou não, na mesma medida em que a legislação ordinária anterior a uma Constituição permanece válida ou não permanece válida. Permaneceriam válidas, se compatíveis com a nova Constituição. Tornar-se-iam ineficazes, se com ela incompatíveis” (p.92-93).

²⁰² Op. cit., v. VI, p. 392.

²⁰³ MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e direito adquirido, *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 38, jan. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=374>. Acesso em: 21 nov. 2008.

Constituição, norma hierárquica superior do sistema jurídico (princípio da supremacia). Por isso, a eficácia da Constituição é imediata, e se presume tal, salvo disposição expressa em contrário, constante da própria Constituição (princípio da eficácia imediata da Constituição)”.

Desse efeito imediato decorre que as situações constituídas antes de sua entrada em vigor continuam protegidas, por serem situações perfeitas e acabadas. Já com relação aos efeitos futuros dos fatos pendentes, a questão se torna polêmica.

Conforme dissemos no decorrer de todo esse trabalho, embora a lei possua eficácia imediata, a garantia dos direitos adquiridos serve justamente para proteger os indivíduos contra os efeitos retrospectivos da lei, chamados, também, por Mattos Peixoto de *retroatividade mínima*²⁰⁴. Já vimos, também, que a regra geral no ordenamento jurídico brasileiro é a irretroatividade. Para que ocorra a retroatividade, a lei deve ser expressa sobre esses efeitos, devendo respeitar os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Em relação às normas constitucionais vigoram os mesmos princípios de irretroatividade e imediatidade de aplicação da lei. Nada impede, porém, que a norma constitucional ressalve sua eficácia retroativa em relação a algumas ou todas as suas disposições. E, em relação a essa retroatividade, não precisa respeitar os direitos adquiridos antes de sua entrada em vigor, uma vez que “*em princípio, não pode haver nenhum direito oponível à Constituição, que é a fonte primária de todos os direitos e garantias do indivíduo, tanto na esfera publicística quanto na privatística*”²⁰⁵.

Na doutrina de Pontes de Miranda colhemos excelente lição nesse sentido:

“É princípio básico o princípio da imediata incidência das regras jurídicas constitucionais, salvo se a própria Constituição protraí a incidência de alguma ou de algumas de suas regras jurídicas, ou se a retrotraí. Quando se diz que as novas

²⁰⁴ PEIXOTO, José Carlos Mattos. *Limite temporal da lei*, cit., p. 468.

²⁰⁵ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Op. cit.*, v. 1, p. 107.

Constituições incidem imediatamente e há, aí, princípio inegável, de modo nenhum se enuncia que as novas Constituições têm retroatividade e o princípio do respeito aos direitos adquiridos, à coisa julgada e aos atos jurídicos perfeitos não exista para as Constituições. O que acontece é que à própria Constituição ficou a possibilidade de afastar, explícita ou implicitamente, o princípio do respeito ao que surgira em virtude de incidência de lei anterior, inclusive Constituição. Aí, a Constituição, que poderia protrair a sua incidência, como ocorre com a Constituição de 1967, explicitamente retrotrai. Quando uma Constituição – e aqui está apenas um exemplo – deixa de considerar nacional nato, ou nacional naturalizado, quem o era sob a Constituição anterior, corta o que ela encontraria, porque a sua incidência é imediata. Poderia ressalvar. Se não ressalvou, cortou”²⁰⁶.

Quando as Constituições pretendem resguardar um direito adquirido, costumam ressalvar sua opção. A Constituição de 1946, em seu artigo 22, ressalvou as patentes anteriores, já que seu artigo 182, § 1º as suprimiu. A Constituição de 1967, através do artigo 177, manteve a vitaliciedade dos professores catedráticos e dos titulares de ofício de justiça que fora adquirida antes de sua entrada em vigor, bem como a estabilidade de funcionários, adquirida com base na legislação anteriormente vigente. No § 1º desse mesmo artigo, a mesma Constituição assegurou o direito à aposentadoria com base na legislação anterior, inclusive em relação às vantagens nela previstas, para os servidores que já tivessem satisfeito ou viessem a satisfazer as condições daquela legislação.

A nossa atual Constituição caminhou em sentido contrário e previu no artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, como também os proventos de aposentadoria, que estivessem sido percebidos em desacordo com o previsto na Constituição seriam imediatamente reduzidos aos limites por ela estabelecidos, sem que contra isso se admita a invocação de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

---

²⁰⁶ PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, t. 6, p. 385.

Celso Bastos²⁰⁷, Elival da Silva Ramos²⁰⁸ e Ivo Dantas²⁰⁹ manifestam-se no sentido de que se a nova Constituição consagra o respeito aos direitos adquiridos, o intérprete não pode aplicar retrospectivamente suas disposições, em afronta a esses direitos adquiridos, salvo se houver expressa disposição nesse sentido do próprio Poder Constituinte Originário.

Parece assistir razão a esses doutrinadores, especialmente em relação à Constituição Federal de 1988. Os efeitos da lei constitucional são imediatos e prospectivos e a retroatividade de suas disposições deve ser expressa. Não há nenhuma autorização para que o intérprete da lei fixe entendimento no sentido da aplicação retroativa ou retrospectiva de suas normas se assim não for disposto na Constituição.

O disposto no artigo 17 do Ato Constitucional das Disposições Transitórias corrobora esse entendimento, pois, caso assim não o fosse, seria absolutamente desnecessária a ressalva constitucional de que no caso específico da redução de vantagens, adicionais, remuneração e proventos de aposentadoria, não se admite a invocação de direitos adquiridos.

1.3. Direitos adquiridos em face do Poder Constituinte Derivado e Decorrente

O Poder Constituinte Originário estabelece a Constituição e também os Poderes do Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário. Mas também estabelece o denominado Poder Constituinte *derivado* ou *instituído*, com a função de editar normas que tenham a mesma força normativa da Constituição.

²⁰⁷ BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 191.

²⁰⁸ “(...) a eficácia imediata retrospectiva da Constituição somente pode afetar direitos adquiridos se consignada em norma expressa, excetuando-se a hipótese de eliminação reflexa do direito adquirido, por conta da abolição do instituto ao qual se vinculava”. Op. cit., p. 215.

²⁰⁹ “(...) para a desconsideração do direito adquirido, há um pressuposto de ordem formal, a saber: a ressalva do não respeito aos direitos adquiridos com fundamento na Constituição anterior terá que vir expressa, não podendo ser objeto de meras deduções interpretativas, por parte dos Poderes Constituídos (...)”. in *Direitos adquiridos, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade*. 3. ed., rev. e atual.. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 82.

O Poder *instituído* pode ser de duas espécies, de acordo com a forma de sua manifestação. A primeira e mais comum forma de manifestação desse Poder *instituído* é a de rever a Constituição, para adequá-la às novas necessidades da sociedade. É o chamado *poder de revisão*.

Quando se fala em poder de revisão, presume-se uma Constituição escrita e rígida. Numa Constituição flexível não há poder de revisão, já que ela se caracteriza justamente por permitir a alteração de seu texto pelo próprio Poder Legislativo ordinário, através do mesmo procedimento previsto para a edição das leis ordinárias. O poder de revisão só existe nas Constituições rígidas em que a modificação da Constituição se dá através de um procedimento mais dificultoso do que aquele previsto para a alteração das leis ordinárias.

Mas encontramos, ainda, uma segunda forma de manifestação do Poder Constituinte *instituído*, como nos ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“(...) o Poder Constituinte ao estabelecer a Constituição, em regra geral, estabelece um Poder Constituinte instituído, que é um poder de revisão, o poder incumbido de adaptar a Constituição a eventuais situações novas.

Mas nos Estados Federais aparece uma outra modalidade de Poder Constituinte instituído. É exatamente aquele poder que recebe da Constituição a tarefa de estabelecer a organização fundamental das entidades componentes do Estado Federal, numa palavra, a Constituição do Estado-membro”²¹⁰.

Portanto, a segunda espécie de Poder instituído tem a função de completar a obra do Poder Constituinte originário, estabelecendo as Constituições dos Estados-membro. Ele é um poder típico dos Estados Federados, não existindo nos Estados unitários. Irá dispor sobre a organização básica do poder nas unidades federativas, a partir da qual se formarão os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário locais.

---

²¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*, cit., p. 109.

Para designar as formas de manifestação dos poderes instituídos, utilizaremos a expressão *Poder Constituinte Derivado* para nos referir ao poder de revisão da Constituição e *Poder Constituinte Decorrente* para tratar do poder instituído para estabelecer as constituições das unidades federativas²¹¹.

Em contraposição ao Poder Constituinte originário que é *inicial, ilimitado e incondicionado*, os Poderes Constituintes instituídos encontram sua limitação no próprio poder que os instituiu, visto que não pode a criatura virar-se contra o próprio Criador. Assim, conforme nos ensina Alexandre de Moraes, o Poder Constituinte instituído,

*“Apresenta as características de derivado, subordinado e condicionado. É derivado porque retira sua força do Poder Constituinte originário; subordinado porque se encontra limitado pelas normas expressas e implícitas do texto constitucional, às quais não poderá contrariar, sob pena de inconstitucionalidade; e, por fim, condicionado porque seu exercício deve seguir as regras previamente estabelecidas no texto da Constituição Federal”*²¹².

Assim, o Poder Constituinte instituído deve obediência aos princípios estabelecidos pelo Poder Constituinte originário, bem como deve respeitar os procedimentos estabelecidos para sua atuação e as limitações referentes ao seu conteúdo, sob pena de seus atos serem acometidos pelo vício da inconstitucionalidade.

1.3.1. Limites ao Poder Constituinte Derivado

O Poder Constituinte derivado, ao se manifestar, deve guardar os princípios inicialmente estabelecidos pelo Poder Constituinte originário, sem modificar o seu núcleo essencial. Ele existe para permitir que a Constituição se adapte a novas realidades sociais, sem

---

²¹¹ Essa é a nomenclatura utilizada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em *O poder constituinte*, cit., e pela maioria da doutrina.

²¹² MORAES, Alexandre de, *Constituição...*, cit., p. 91.

precisar romper com o sistema constitucional existente, recorrendo ao mecanismo do Poder Constituinte originário.

Como poder instituído que é, ele é limitado pelo Poder Constituinte originário. Dessa forma, se houver desrespeito a esses limites, caberá o controle de constitucionalidade contra seus atos. Essas limitações podem ser implícitas ou expressas.

Muito se discute sobre a existência de limites implícitos ao poder de reforma, mas o direito pátrio tem se posicionado por sua defesa. Carl Schmitt²¹³ e Nelson de Souza Sampaio²¹⁴ afirmam que, contrário fosse, ao desvencilhar-se de quaisquer limites, o próprio poder constituinte estaria incorrendo em fraude à Constituição.

Para Nelson de Souza Sampaio, o Poder Constituinte derivado possui limites naturais, quais sejam: (i) ele não pode suprimir os direitos e garantias fundamentais; (ii) ele não pode alterar a titularidade do Poder Constituinte originário, sob pena de fraude à Constituição; (iii) não pode alterar o titular do Poder Constituinte derivado, porque configuraria alteração na delegação; (iv) não pode alterar as regras que disciplinam o procedimento a ser obedecido pelo próprio poder de revisão.

Concordamos com a existência de limitações implícitas ao Poder Constituinte derivado. Caso assim não o fosse, o poder instituído poderia voltar-se contra o poder constituinte, através da eliminação das limitações expressas no texto original da Constituição. Entretanto, a proibição de supressão dos direitos e garantias fundamentais, apontadas por Nelson de Souza Sampaio como limites implícitos, à luz da Constituição Federal de 1988, constitui limite expresso, previsto no artigo 60, § 4º do texto da Lei Maior.

---

²¹³ Carl Schmitt, em seu livro *Teoría de la Constitución, Reimpresión*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1927, sustenta a existência de diferenças entre Constituição e leis constitucionais. A primeira seria a decisão sobre o conjunto e o modo de ser do Estado, enquanto as leis constitucionais são normas que complementam ou regulamentam a decisão fundamental estabelecida pela Constituição. Para ele, as leis constitucionais podem ser alteradas pelo poder instituído. Porém, este poder nunca poderá alterar a decisão sobre o conjunto e unidade do Estado, sob pena de alterar o próprio poder constituinte. Esses seriam limites implícitos ao poder instituído.

²¹⁴ *O poder de reforma constitucional*. Bahia, Progresso, 1954, p. 92 e ss.

Por sua vez, as limitações expressas subdividem-se em *circunstanciais*, *formais* e *materiais*. Todas elas se encontram previstas no artigo 60, da Constituição Federal.

As limitações *circunstanciais* são as que pretendem evitar que a Constituição seja alterada durante a vigência de circunstâncias especiais, anormais, que possam impedir a livre manifestação do Poder Constituinte derivado. São elas: o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal (art. 60, § 1º, CF).

Elas não se confundem com as limitações temporais, que não foram previstas pelo legislador constituinte de 1988. As limitações temporais impedem a alteração da Constituição durante certo lapso de tempo e constavam da Carta Imperial de 1824, que vedava a sua revisão durante o período de quatro anos, contados de sua edição²¹⁵.

As limitações *formais*, também chamadas de *procedimentais*, dizem respeito ao procedimento legislativo especial que o legislador originário estabelece para a alteração da Constituição. Elas estão previstas nos três incisos do artigo 60 da Constituição Federal de 1988 e em seus §§ 2º, 3º e 5º, prevendo iniciativa diferenciada, forma de deliberação e quórum especial para a sua aprovação.

Finalmente, temos as limitações *materiais* - consideradas por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, com o costumeiro acerto, como as mais importantes de todas²¹⁶ -, consubstanciando a proibição de alteração de um núcleo fundamental da Constituição, em certas matérias. São as denominadas pela doutrina de *cláusulas pétreas*.

As limitações materiais são, sem sombra de dúvida, as que mais interessam ao enfrentamento da questão dos direitos adquiridos, razão pela qual nos dedicaremos a um estudo mais detalhado do tema.

---

²¹⁵ “Art. 174. Se passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brasil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escrito, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte deles”.

²¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder....*, cit., p. 136.

As cláusulas pétreas são colocadas na Constituição Federal como uma forma de garantia da estabilidade constitucional, para impedir que a Constituição seja alterada de tal modo, pelo Poder Reformador, que perca a sua integridade, a sua identidade.

Os fundamentos e validade das cláusulas pétreas é tema polêmico no direito constitucional, costumando-se dizer que a colocação de um núcleo imodificável na Constituição, torna necessária uma revolução para a sua alteração²¹⁷. Entretanto, como nos ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “(...) essas proibições – ‘cláusula pétreas’, como se usa dizer – não têm o peso e o sentido que elas querem dar certos juristas. Elas não ‘petrificam’ o Direito Constitucional positivo e por meio dele o ordenamento jurídico do País”²¹⁸.

Fundamentam-se, normalmente, as cláusulas pétreas com base na distinção entre o Poder Constituinte Originário e o Poder Constituinte Derivado. O primeiro seria uma emanção soberana do povo, enquanto o segundo, uma emanção superior de representantes eleitos pelo povo. Assim, manifestou-se o Ministro Gilmar Ferreira Mendes sobre as limitações materiais ao poder de reforma: “é a distinção entre os poderes constituinte originário e derivado que permitem afirmar a legitimidade do estabelecimento desta proibição”²¹⁹.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Alexandre de Moraes:

“Ora, o Congresso Nacional, no exercício do poder constituinte derivado, pode reformar a norma constitucional por meio de emendas, porém respeitando as vedações impostas pelo poder constituinte originário, este sim hierarquicamente

---

²¹⁷ Jorge Reinaldo Vanossi encontra-se entre os que acreditam que a colocação de cláusulas pétreas no texto constitucional, levaria à necessidade de uma revolução para alterar a Constituição. Cf. *Teoria general Del estado y Del derecho*, p. 332. Também Aristóteles afirmava que: “Além disso, nenhuma vantagem existe no fato de as leis escritas continuarem imutáveis. Na constituição política, assim como em todas as demais artes, não é possível que todos os pormenores tenham sido marcados com uma exata precisão (...). Portanto, é evidente que existem algumas leis que devem mudar em épocas determinadas.” Cf. *Política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003. Livro 2º, cap.V, § 12.

²¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2007, p. 169.

²¹⁹ Voto proferido por ocasião do julgamento da ADIN 3.105/DF, Tribunal Pleno, Rel. para acórdão Min. Cezar Peluso, DJ 18.02.2005).

inalcançável, pois manifestação da vontade soberana do povo e consagrado na Constituição Federal de 1988”²²⁰.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que, ao contrário do que afirma a doutrina, não há, de fato, hierarquia entre o Poder Constituinte e o Poder Reformador decorrente da escolha de seus representantes:

“Com efeito, na relação com o povo não há diferença entre os que vão editar a Constituição e os que vão governar de acordo com ela. Em ambos os casos são eleitos pelo povo para, em nome e lugar deste, tomarem decisões políticas. Destarte, não há uma superioridade intrínseca – decorrente da legitimidade democrática – daqueles, os representantes-constituintes, sobre estes, os representantes ordinários”²²¹.

E leciona que o fundamento das cláusulas pétreas pode ser melhor encontrado na teoria de Carl Schmitt, que estabelece a distinção entre a Constituição e as leis constitucionais. Para o doutrinador alemão, somente seria Constituição o que diz respeito ao modo e forma da unidade política, todas as demais normas contidas no corpo da Constituição seriam as leis constitucionais. E, nesse passo fundamenta que,

“A competência para reformar leis constitucionais é uma competência incluída no marco da Constituição, fundada na mesma ação e não sobrepondo-a. Não envolve a faculdade de uma nova Constituição, e mediante uma referência a esta faculdade não pode alcançar-se nenhum conceito utilizável de Constituição”²²².

Mesmo nos países em que o Poder Constituinte elegeu um núcleo imodificável na Constituição, parte da doutrina afirma que ainda será possível contestar a

---

²²⁰ MORAES, Alexandre de. *Previdência social e direitos adquiridos*. Revista da Previdência Social, ano XX, nº 184, p.229, mar. 1996.

²²¹ Op. cit., p. 171.

²²² SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. p. 23.

validade deste dispositivo, a imodificabilidade das leis pelas gerações futuras²²³. Fundamentam essa posição no fato de que as Constituições nunca foram elaboradas diretamente pelo povo, como se afirma e sim por representantes por ele eleitos. Existe, assim, o mesmo risco de que sua vontade – do povo – não seja obedecida pelo Poder Constituinte Originário, tanto quanto há possibilidade de desobediência pelo Poder Reformador. Entretanto, não há dúvida de que se o Poder Constituinte, ainda que sob a denominação de Poder Constituinte *derivado*, manifestar-se modificando o núcleo básico da Constituição para adequá-la às novas exigências sociais, estaremos diante de verdadeiro Poder Constituinte *originário*, uma vez que será inaugurada uma nova ordem jurídica.

Não foi diferente com a Constituição de 1988, em que o Poder Constituinte foi o próprio Congresso Nacional, convocado através da emenda nº 26/85, que os investiu de Poderes Especiais e alterou o procedimento de reforma, simplificando – exigindo-se apenas a maioria absoluta para aprovação e não o quorum qualificado de 2/3. É por este motivo que Nelson Jobim se pronunciou sobre a ponderação que deve ser observada sobre a distinção entre os Poderes Constituintes Originário e Reformador:

“Quero deixar bem claro que quem votou a emenda constitucional que convocou a Assembléia Constituinte foram os deputados e senadores eleitos em 1982, junto com os senadores eleitos em 1978. E, também, historicamente, deve ser posto que a doutrina brasileira desconhece isso, pois, na verdade, o que temos na discussão desses temas é a ocultação do processo histórico real.

*Por isso, registro que concordo, mas tenho dificuldade de utilizar, no processo histórico brasileiro, a pureza dessas categorias. Essas categorias, no processo histórico brasileiro, têm que ser lidas com granus salis”*²²⁴.

Todos estes argumentos, entretanto, não podem diminuir a legitimidade e função das cláusulas pétreas, que é a busca pela estabilidade constitucional. A Constituição

---

²²³ Sobre a impossibilidade de impedir-se a modificação das cláusulas constitucionais, já se pronunciava na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793: “*Um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar sua constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras*”.

²²⁴ Aparte proferido por ocasião do julgamento da ADIN 3.105/DF, Tribunal Pleno, Rel. para acórdão Min. Cezar Peluso, DJ 18.02.2005.

contribui para a identidade da ordem jurídica fundamental na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito democrático sob a forma de legalidade.²²⁵

Foi essa busca pela estabilidade constitucional e pela defesa dos direitos fundamentais, inclusive, que motivou o próprio surgimento do constitucionalismo. E, como nos ensina Hans Kelsen²²⁶, se a norma que institui um processo mais dificultoso para a alteração da Constituição é válida e legítima, o mesmo se pode dizer da norma que estabelece um núcleo imodificável de seu texto.

Sobre a questão, leciona com propriedade Mauricio Antonio Ribeiro Lopes²²⁷:

“A fixação das cláusulas pétreas nada faz senão adjetivar a rigidez constitucional, conferindo-lhe uma técnica ideológica da qual não se desvincula durante toda a sua permanência na vida do Estado. Se este é dotado – e sempre o é – de uma morfologia política, econômica, social e cultural, dentre outras, nada mais exato que essa estrutura esteja não apenas repetida, mas respeitada e devidamente adequada pela Constituição”.

Sobre a legitimidade da eleição e fixação de cláusulas pétreas pelo Poder Constituinte Originário, capazes de vincular o Poder Constituinte Reformador, é também a posição de J.J. Gomes Canotilho²²⁸:

“O verdadeiro problema levantado pelos limites materiais de revisão é este: será defensável vincular gerações futuras a idéias de legitimação e a projetos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte? Por outras palavras que se colheram nos Writings de Thomas Jefferson: ‘uma geração

²²⁵ Como nos ensina Konrad Hesse, *apud* Mendes, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.97.

²²⁶ *In Teoría general Del derecho y del estado*. México. Textos Universitários, 1969, p.308.

²²⁷ *Poder Constituinte reformador: limites e possibilidades revisão constitucional brasileira*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p.147.

²²⁸ *Direito constitucional...op.cit.*, p.995.

de homens tem o direito de vincular outra'? A resposta tem de tomar em consideração a evidência de que nenhuma constituição pode conter a vida ou parar o vento com as mãos. Nenhuma lei constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos, e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa. Mas há também que assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem a sua tarefa e esta não é compatível com a completa disponibilidade da constituição pelos órgãos de revisão, designadamente quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário. Não deve banalizar-se a sujeição da lei fundamental à disposição de maiorias parlamentares «de dois terços». Assegurar a continuidade da constituição num processo histórico em permanente fluxo implica, necessariamente, a proibição não só de uma revisão total (desde que isso não seja admitido pela própria constituição), mas também de alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta. Se isto acontecer é provável que se esteja perante uma nova afirmação do poder constituinte mas não perante uma manifestação do poder de revisão”.

A Constituição de um país deriva de um processo histórico de evolução do Estado, que consolida as experiências passadas e, somada com o presente, projeta as possibilidades para o futuro. As cláusulas pétreas não buscam a eternização da Constituição, mas a estabilidade de seus motivos e princípios fundamentais, para que sejam perenes.

A fixação de um núcleo imodificável da Constituição busca evitar que, sob a égide de uma mesma Constituição, em razão de diferentes programas partidários, se modifique o cerne constitucional, alterando a própria estrutura do Estado, através de emendas constitucionais que são, em verdade, verdadeiras manifestações do Poder Constituinte.

Elival da Silva Ramos²²⁹, afirma que “o fundamento das cláusulas pétreas reside na necessidade de preservar os princípios e valores essenciais da Democracia, ainda que à custa de imposição de limites, intransponíveis, ao Poder Constituinte de revisão, legitimado por sólida maioria na base social, representada no órgão revisional.”

---

²²⁹ Op. cit., p.229.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, embora se mostre favorável à eficácia jurídica e legitimidade das cláusulas pétreas, afirma a possibilidade de sua superação, através do processo de dupla revisão: num primeiro momento, o poder reformador, utilizando-se do processo de emenda constitucional, aboliria o artigo da lei fundamental que estabelece as cláusulas pétreas e, num segundo momento, por meio de nova emenda constitucional, modificaria os valores por ela anteriormente protegidos. Ampara a sua posição no processo histórico de elaboração da Constituição Federal de 1988:

“(...) as ‘cláusulas pétreas em vigor vieram de uma reforma constitucional, tendo sido obra do Poder Constituinte derivado. Ora, o que o poder derivado estabelece, o poder derivado pode mudar.

(...) A Emenda n. 26/85 permitiu uma reforma constitucional sem a limitação das ‘cláusulas pétreas’ então vigentes que proibiam a abolição da Federação e da República. E foi por isso que pôde surgir a proposta monarquista, que, inclusive, redundou no plebiscito previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”²³⁰.

Defendem, também, esta posição, entre outros, Jorge Miranda²³¹, Vanossi²³² e Biscaretti di Ruffia²³³.

Ousamos discordar destes eminentes juristas e entender que as cláusulas pétreas são absolutamente insuperáveis pelo Poder Constituinte Reformador, como ensinam, entre outros, Carl Schmitt²³⁴, Konrad Hesse²³⁵, Nélson Sampaio²³⁶, Luís Virgílio Afonso da Silva²³⁷ e J. J. Gomes Canotilho, do qual repetimos a seguinte lição:

---

²³⁰ *O Poder...*, op. cit., p. 176.

²³¹ Cf. *Teoria do estado e da constituição*, p. 417-425.

²³² *Teoría constitucional (teoría constituyente)*, p. 192.

²³³ *Diritto costituzionale: lo stato democratico moderno*, Nápole: Casa Editrice D. Eugenio Jovene, 1950, v. 2, p. 200.

²³⁴ “Reformar as leis constitucionais não é uma função normal do Estado, como promulgar leis, realizar atos administrativos etc. É uma faculdade extraordinária. Porém, não ilimitada; (...) Os órgãos competentes para estatuir uma lei de reforma da constituição não se convertem no titular ou sujeito do Poder constituinte”. *Teoría de la constitución*, p. 119-120.

*“A tese do **duplo processo de revisão**, conducente à relatividade dos limites de revisão, parece-nos de afastar. Já atrás, ao tratarmos da tipologia das normas constitucionais, tínhamos alertado para o fato de as normas de revisão serem qualificadas como normas superconstitucionais. Elas atestariam a superioridade do legislador constituinte e a sua violação, mesmo pelo legislador de revisão, deverá ser considerada como incidindo sobre a própria garantia da Constituição. A violação das normas constitucionais que estabelecem a imodificabilidade de outras normas constitucionais deixará de ser um ato constitucional para se situar nos limites de uma ruptura constitucional. (...) Por outro lado, a supressão dos limites de revisão através da revisão pode ser um sério indício de **fraude à Constituição** (fraude à la Constitution, Verfassungsbeseitigung) (...). Finalmente, em termos jurídico-constitucionais, não se compreende bem a lógica da dupla revisão ou procedimento de revisão em duas fases. As regras de alteração de uma norma pertencem, logicamente, aos pressupostos da mesma norma, e daí que as regras fixadoras das condições de alteração de uma norma se coloquem num nível de validade (eficácia) superior ao da norma a modificar. Acresce que o princípio básico atrás referido sobre as fontes do direito (...) vale também aqui: nenhuma fonte pode dispor do seu próprio regime jurídico arrogando-se um valor que constitucionalmente não tem.*

De qualquer modo, a impossibilidade da dupla revisão não é um elemento impeditivo de alterações substanciais, constitucionalmente legítimas. Os limites materiais devem considerar-se como garantias de determinados princípios,

---

²³⁵ Comentando o procedimento de reforma da Constituição da Alemanha, afirma: “Finalmente, o artigo 79 da Lei Fundamental mesmo, em sua parte integrante essencial, está subtraído a uma modificação constitucional e, precisamente, não só em sua alínea 1, frase 1, mas também no requisito das maiorias qualificadas da alínea 2 (...), sobretudo o artigo 79, alínea 3, da Lei Fundamental, não deve ser feita sem objeto por ela mesma eliminada no caminho da modificação constitucional”, in *Elementos de direitos constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 505, item 707.

²³⁶ “É que, num sistema de constituição rígida, o poder revisor não pode subir até o poder constituinte, de onde ele deriva com a constituição, para, a pretexto de reformá-la, alterar suas próprias bases, numa espécie de revolta de criatura contra o criador”, *O poder de reforma constitucional*. Bahia: Progresso, 1954, p. 96.

²³⁷ In *Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado (sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração do quorum de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais)*. Revista de Direito Administrativo, nº 226, p.28, out-dez/2001.

independentemente da sua concreta expressão constitucional, e não como garantias de cada princípio na formulação concreta que tem na Constituição”²³⁸.

Não se pode olvidar que a aceitação do processo de dupla revisão seria a autorização de um processo de “fraude à Constituição”, pois permitiria ao legislador reformador a possibilidade de supressão de valores e princípios inerentes à essência da Constituição vigente, com a legitimação de um processo constituinte através de uma emenda constitucional. O reconhecimento de um núcleo imodificável na Constituição referenda a sua rigidez e garante a estabilidade constitucional, com a proteção dos direitos fundamentais.

1.3.2. Os direitos adquiridos como cláusula pétrea

O artigo 60, § 4º, inciso, IV, da Constituição Federal de 1988 veda a deliberação sobre propostas de emenda tendentes a abolir os direitos e garantias fundamentais. Diante de tal previsão constitucional, e considerando-se que a cláusula de proteção aos direitos adquiridos se encontra inserida no rol de direitos e garantias fundamentais, passa a ser imprescindível analisar o alcance da restrição constitucional ao Poder Constituinte derivado.

Verificamos, inicialmente, que a doutrina e a jurisprudência controvertem sobre quais seriam os “direitos e garantias individuais” referidos pelo inciso IV, do § 4º, do artigo 60 da Constituição Federal. Seriam todos aqueles enumerados pela Constituição sob o Título de Direitos e Garantias Fundamentais ou o dispositivo também contempla outros previstos no texto constitucional, sob outro título, mas consubstanciando garantias individuais?

Entendemos que o dispositivo em questão deve ser interpretado extensivamente, de acordo com o que parece ser a intenção do legislador constituinte originário. Isto porque, o que se pretendeu proteger foram todos os direitos e garantias

---

²³⁸ *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 997-998.

fundamentais contidos no texto da Constituição, ainda que contemplados fora do Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais. Ora, a Constituição deve ser interpretada como um sistema harmônico de princípios²³⁹ e, se o Poder Constituinte originário, com a fixação de um núcleo imodificável da Constituição, pretendeu preservar a identidade desses princípios, não há lugar, a nosso ver, para uma interpretação restritiva, sob pena de restar inatingido o objetivo visado no texto original da Constituição.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADIN 939-DF²⁴⁰ - que teve por objeto a Emenda Constitucional nº 03/93 -, houve por bem dar uma interpretação extensiva a esses direitos e garantias individuais, de modo a caracterizar o princípio da anterioridade tributária como sujeito aos limites do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, atribuindo-lhe o caráter de direito fundamental.

Isso não significa que deva ser dada interpretação demasiadamente elástica à teoria das cláusulas pétreas, de modo a considerar todo e qualquer dispositivo contido no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais como verdadeiras cláusulas pétreas. A garantia de imodificabilidade deve ser conferida somente àqueles direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional, cuja alteração ou supressão vá de encontro aos princípios e objetivos fundamentais da República e, conseqüentemente, da Carta Magna.

Em relação à expressão “tendente a abolir”, contida no artigo 60, § 4º, do dispositivo constitucional, Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que não deve ser adotada uma interpretação muito ampla do dispositivo, que contamine de inconstitucionalidade qualquer modificação ou regulamentação do instituto, para evitar um enrijecimento demasiado do texto constitucional:

---

²³⁹ A respeito do tema, veja-se José Afonso da Silva, em *Curso*, cit., p. 187-188: “A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais, consubstanciados no seu art. 5º, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais, entre eles, e os direitos de nacionalidade e políticos, lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato”.

²⁴⁰ STF, Tribunal Pleno, ADIN 939-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Medida Cautelar, RTJ 150/68-69: “O Supremo Tribunal Federal considerou cláusula pétrea, e conseqüentemente imodificável, a garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, III, b, da Constituição Federal (princípio da anterioridade tributária), entendendo que ao visar subtrai-la de sua esfera protetiva, estaria a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, deparando-se com um obstáculo intransponível, contido no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal”.

“É certo que o texto proíbe abolir, ou seja, extinguir, eliminar, revogar, e assim não veda alterar, modificar, regulamentar, como pretende uma corrente interpretativa. Mas assim mesmo é amplíssimo o campo que cobre, inclusive se se entender, como parece correto, que os direitos e garantias salvaguardados são os fundamentais e não meramente os individuais. E neste campo amplíssimo são numerosíssimos os direitos concedidos, muitos dos quais não merecem o status de fundamentais”²⁴¹.

Nesse mesmo sentido, posiciona-se Elival da Silva Ramos, adotando uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, ao afirmar que *“o que o Constituinte de 1988 vedou foi a eliminação, direta ou indireta, do sistema de direitos e garantias fundamentais e não de um específico direito ou garantia”²⁴².*

Gilmar Ferreira Mendes, por outro lado, entende que a expressão “tendente a abolir” deve ser interpretada no sentido de impedir qualquer emenda que pretenda “mitigar”, “atenuar” ou “reduzir o significado”²⁴³, dando alcance muito mais amplo à expressão. Assevera, ainda, que somente os dispositivos instituidores das cláusulas pétreas devem ser interpretados restritivamente, não os princípios nelas consagrados²⁴⁴.

Nesse ponto concordamos com o posicionamento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Não é possível atribuir interpretação restritiva aos direitos e garantias fundamentais, como forma de modificá-los ou restringi-los, mas isso não significa dizer que todos os direitos previstos no texto da Constituição Federal sejam verdadeiras cláusulas pétreas.

---

²⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder...*, cit., p. 181.

²⁴² RAMOS, Elival da Silva. *A proteção...*, cit., p. 230.

²⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Os limites da revisão constitucional*. Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 5, n° 21, out-dez. 1997, p. 82.

²⁴⁴ Idem, *Ibidem*, p. 83.

Conforme muito bem assinalou o Ministro Carlos Velloso, em seu voto na ADIN 1.497-8/DF, não são todos os direitos previstos na Constituição Federal que caracterizam verdadeiros direitos e garantias fundamentais previstos no artigo 60, § 4º, IV:

“Estariam todos esses direitos cobertos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV, da Constituição?

Penso que não.

É preciso distinguir os direitos que, na realidade, quis a Constituição conferir essa máxima segurança.

Bom indicativo dos direitos que poderiam ser incluídos como cláusula pétrea encontra-se no Título I da Constituição, que cuida dos princípios fundamentais.

No artigo 1º estabelece-se que a República Federativa do Brasil, que constitui-se em Estado democrático de direito, tem como fundamento a cidadania, valorizando-a, e que servem para emprestar dignidade à pessoa humana, são, na ordem constitucional brasileira, direitos que gozam da proteção máxima do art. 60, § 4º, IV. Essas disposições constitucionais – art. 1º, II e III, alinham-se com os objetivos fundamentais da República, inscritos no art. 3º, especialmente com os inscritos no inciso I – construir uma sociedade livre, justa e solidária, III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais; e IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e com o princípio que rege a República nas suas relações internacionais, inscritos no art. 4º, II – prevalência dos direitos humanos, e VII – repúdio ao racismo. O princípio disposto no inciso X do art. 4º - concessão de asilo político – demonstra a preocupação da Constituição com o homem como tal, como o ser humano”²⁴⁵.

Assim, no entendimento do Ministro Carlos Velloso, somente os direitos que derivam dos fundamentos, dos objetivos fundamentais e dos princípios da Constituição (artigos 1º a 3º) e os desdobramentos do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal - direito à

---

²⁴⁵ STF, Tribunal Pleno, ADIN 1.497-8/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.10.1996, DJ 13.12.2002.

vida, à segurança, à liberdade, à igualdade e à propriedade -, é que são protegidos pelas cláusulas pétreas.

Outro não é o posicionamento de Elival da Silva Ramos:

“Assim sendo, da vedação às propostas de emenda tendentes a abolir o princípio (sistema) dos direitos e garantias fundamentais deduzimos, em termos gerais, que não podem ser suprimidos ou mesmo significativamente restringidos o direito à vida (pressuposto de todos os demais), as liberdades públicas vinculadas ao exercício democrático (liberdade de locomoção, de expressão do pensamento, de religião, de reunião, de associação etc.), as garantias do Estado Democrático de Direito (princípio da legalidade, da isonomia, da inafastabilidade do controle jurisdicional, etc.), o direito de votar e ser votado e de associação política, e alguns direitos sociais que constituem autênticos pressupostos para o exercício das liberdades políticas e individuais (direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, etc.), muito embora veiculados por normas de eficácia limitada e de conteúdo programático”²⁴⁶.

Gilmar Ferreira Mendes, muito embora confira um alcance amplo à expressão “tendente a abolir”, conforme mencionado anteriormente, adota interpretação restritiva no que diz respeito ao conteúdo das cláusulas pétreas, permitindo, inclusive, a supressão ou abolição dos direitos sociais e de algumas disposições menos importantes do artigo 5º da Constituição Federal:

“A simples leitura das disposições acima referida denota a atecnia que pautou o trabalho do constituinte na elaboração do catálogo de direitos individuais. A prolixidade, a repetição, a enunciação de autênticos truísmos caracterizam muitas das disposições contempladas no catálogo de direitos individuais.

---

²⁴⁶ RAMOS, Elival da Silva, *A proteção...*, cit., p. 231.

Não é preciso dizer, pois, que muitas dessas disposições poderiam ser eliminadas sem causar qualquer lesão à cláusula pétrea que exige a preservação dos direitos e garantias individuais”²⁴⁷.

De fato, a expressão “direitos e garantias individuais”, contida no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal deve ser interpretada de forma restritiva, para que não se constitua em uma barreira para as alterações da Constituição, a fim de torná-la compatível com as exigências sociais, considerando-se cláusula pétrea somente os dispositivos que efetivamente consubstanciem direitos e garantias fundamentais. Afinal, uma Constituição que não acompanha as reais exigências do Estado que rege não terá legitimidade e será inócua. Não concordamos, porém, com uma interpretação demasiadamente restritiva, que desnature o objetivo pretendido pelo legislador originário, que é a preservação do núcleo fundamental, principiológico do sistema constitucional.

Nesse passo, entendemos que as cláusulas pétreas consistem não só nos direitos contidos sob o Título de Direitos e Garantias Fundamentais, mas também os contemplados em outros dispositivos esparsos na Constituição, desde que consubstanciem verdadeiros direitos e garantias fundamentais. Para verificar se nos encontramos diante de uma verdadeira cláusula pétrea, devemos fazer uma interpretação sistemática da Constituição, prestigiando, assim, os seus fundamentos, os seus objetivos fundamentais e seus princípios maiores.

Em relação ao artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, que prevê a garantia do direito adquirido, objeto do nosso estudo, entendemos que sua eliminação apresenta um risco ao sistema das garantias e direitos fundamentais, consistindo verdadeira cláusula pétrea do sistema constitucional.

A proteção aos direitos adquiridos, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada encontra-se intimamente ligada à estrutura de um Estado de Direito e constitui um dos principais pilares da segurança jurídica, amplamente garantida pela Constituição Federal de

---

²⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Os limites...*, cit., p. 87.

1988. Por esse motivo entendemos que a cláusula prevista no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal não pode ser suprimida através de Emenda Constitucional.

1.3.3. A existência de direitos adquiridos diante da emenda à Constituição

O Poder Constituinte derivado não possui o mesmo caráter inicial, ilimitado e incondicionado do Poder Constituinte originário. Por ser um Poder instituído, encontra seus limites fixados pela obra do próprio poder que o instituiu. Sendo, assim, trata-se de um poder derivado, limitado e condicionado. Em razão dessas características é que muito se debate sobre a oponibilidade dos direitos adquiridos às Emendas Constitucionais.

Na época da elaboração da Constituição de 1988 - e por algum tempo após -, muitos doutrinadores afirmaram que a Assembléia Nacional Constituinte era, na realidade, obra do Poder Constituinte derivado. Isto porque a Assembléia Constituinte foi convocada através de uma Emenda Constitucional à Constituição de 1967, a EC nº 26, de 27.11.1985, sendo a Constituinte composta pelo Congresso Nacional, que fora investido de poderes especiais para reformar a Constituição de 1967, mediante um procedimento simplificado.

Entretanto, os argumentos apresentados não tiveram o condão de retirar o caráter de Poder Constituinte originário da Constituição Federal de 1988. Houve, em verdade, uma ruptura com o sistema constitucional anterior, o que traz ao legislador da Constituição vigente o caráter de Poder Constituinte originário. Essa era a vontade do povo, dominante por ocasião da elaboração da Constituição.

Com efeito, o fato de o Congresso Nacional ser investido em poderes especiais e manifestar sua vontade através de um processo simplificado não torna o Poder Constituinte que elaborou a atual Constituição um poder *derivado*. A Constituição foi elaborada pelos representantes eleitos pelo povo, titular do Poder Constituinte. E, desde o

manifesto de Sieyès não mais se exige qualquer forma especial para que o Poder Constituinte se manifeste validamente.

Corroborando nossa opinião, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal por diversas vezes já se manifestou em favor do caráter originário do poder que elaborou a Constituição de 1988²⁴⁸. Assim, nossa análise partirá desse pressuposto de originalidade da Constituição de 1988, incluindo suas cláusulas pétreas.

Até o advento da Constituição de 1988, havia entendimento predominante, na doutrina e na jurisprudência, de impossibilidade de oposição de direitos adquiridos em face da Constituição, seja o texto oriundo do legislador originário ou do legislador derivado. Nesse sentido é o Acórdão do Supremo Tribunal Federal, em que foi Relator o Ministro Moreira Alves:

*"Magistrado. Incidência imediata da proibição contida no artigo 114, I, da Constituição Federal na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 7/77. - Não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do Poder Constituinte originário, ou do Poder Constituinte derivado. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido e provido"*²⁴⁹.

Após o advento da Constituição de 1988, com a previsão do artigo 60, § 4º, inciso IV, alçando os direitos e garantias individuais ao *status* de cláusula pétrea, a questão ganhou novos contornos. Não é raro, porém, encontrarmos posição no sentido de que a proteção aos direitos adquiridos não se dirige às Emendas Constitucionais, mas tão-somente ao legislador infraconstitucional.

Nesse sentido manifestou-se Hugo de Brito Machado:

---

²⁴⁸ STF, Tribunal Pleno, ADI 1.497-8/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.10.1996, *DJ* 13.12.2002; STF, Tribunal Pleno, ADI 2.666/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 03.10.2002, *DJU* 06.12.2002; STF, Tribunal Pleno, ADI 2.242/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 07.02.2001, *DJ* 19.12.2001, entre outros.

²⁴⁹ STF, RE nº 94.414-SP, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 114/237, RDA 160/144, j. em 13/02/1985.

*“Nada, entretanto, impede que o próprio constituinte, ao fazer a Constituição, ou ao emendá-la, determine expressamente que o preceito novo aplica-se a projeções de fatos anteriores, pois a limitação residente no princípio da irretroatividade, mesmo inscrito na Constituição, a ele não se dirige. Nem seria válido o argumento segundo o qual a garantia do direito adquirido constitui um direito fundamental, inatingível por emendas à Constituição, por força do art. 60, § 4º, IV. Essa garantia constitucional é uma limitação de poderes do legislador ordinário. O legislador dotado de poder constituinte, mesmo que apenas reformador, ou derivado, a ela não está submetido. E por isto mesmo não se pode dizer que a elaboração, pelo legislador constituinte reformador, de uma norma retroativa, tende a abolir a garantia da irretroatividade das leis”*²⁵⁰.

Também nesse sentido é a posição de Celso Bastos, para quem a Emenda, por ter força de norma constitucional, pode suprimir direitos adquiridos, mas, para tanto, deve ser expressa nesse sentido²⁵¹. José Cretella Jr., em *Comentários à Constituição de 1988*, partilha do mesmo entendimento de que as Emendas Constitucionais não precisam respeitar os direitos adquiridos.

José Eduardo Martins Cardozo, em monografia, registra entendimento de que a proteção ao direito adquirido dirige-se somente ao legislador infraconstitucional, não havendo qualquer impedimento para que o legislador constituinte os afronte, seja através do texto originário ou através de emendas constitucionais:

“(...) Assim, por exemplo, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Brasileira, jamais poderia ser admitida uma emenda que autorizasse o legislador ordinário a modificar, com efeitos retroativos, as regras pactuadas em certos tipos de ajustes contratuais já legalmente estabelecidas pelas partes, em período anterior ao

²⁵⁰ MACHADO, Hugo de Brito. *Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 84, n° 714, p. 21-22, abr. 1995.

²⁵¹ BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, p. 191: “Há que se considerar, ainda, o caso da Emenda Constitucional. A esta, sem dúvida, pela força de que está revestida, de norma constitucional, cabe cassar direitos adquiridos. Mas aplique-se, aqui, o que foi dito com relação à própria constituição. Não basta por exemplo uma emenda que se limite a suprimir o dispositivo constitucional sobre o qual se calcava o portador do direito adquirido”.

do início da vigência desta própria lei ordinária a ser editada. Todavia, nada impediria que o legislador constitucional, por via de uma emenda, viesse diretamente, de forma expressa, a modificar igualmente, com efeitos pretéritos, estas mesmas regras.

Em síntese: o que veda a nossa lei maior é que futuras emendas constitucionais venham a estabelecer a possibilidade de que tenha a nossa legislação infraconstitucional poderes para prejudicar direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada. Não proíbe, ao revés, nenhuma perspectiva, que o próprio legislador constitucional, por via de emendas, tenha tais prerrogativas”²⁵².

Apesar de todas essas considerações contrárias à oponibilidade dos direitos adquiridos em face das Emendas Constitucionais, a maioria da doutrina tem se posicionado no sentido de que o legislador constituinte derivado não pode, por meio de emendas, desconsiderar direitos já incorporados ao patrimônio de seu titular, posição com a qual concordamos.

Ora, se fosse permitido ao poder constituinte derivado, através da edição de emendas, desrespeitar direitos adquiridos, sejam eles decorrentes da Constituição ou da legislação infraconstitucional, poderia ele, pouco a pouco, tornar a garantia inócua, sem qualquer valor. José Afonso da Silva registra esse mesmo entendimento:

“Um tal argumento e uma tal doutrina valem como uma fraude à Constituição, porque eliminariam a garantia do direito mediante a supressão do direito garantido. Se isso fosse possível, de nada adiantaria a proteção normativa de um direito, pois, precisamente quando esse direito se efetiva e se concretiza num titular, pode ser eliminado. É o mesmo que suprimir, a cada passo, a norma de garantia, por esvaziá-la do seu conteúdo jurídico: seu efeito prático. Demais, quando a cláusula dita pétrea diz que é vedada proposta ‘tendente a abolir (...)’, isso significa que a vedação atinge a pretensão de modificar qualquer dos elementos conceituais da situação objetiva ou subjetiva protegida, isto é, que se encaminhe, ‘tenda’ (emenda

---

²⁵² CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*, cit., p. 314.

‘tendente’, diz o texto) para a sua abolição, ou emenda que ‘tenda’ a enfraquecer qualquer dos direitos e garantias individuais constantes do art. 5º, como ocorreria se se admitisse a abolição dos efeitos concretos, em favor de alguém, desses direitos e garantias”²⁵³.

Dentre os defensores da posição de que as emendas constitucionais devem respeitar os direitos adquiridos, encontramos, além de José Afonso da Silva, Alexandre de Moraes²⁵⁴, Ivo Dantas²⁵⁵, Elival da Silva Ramos²⁵⁶, Carlos Ayres Brito e Valmir Pontes Filho²⁵⁷, Raul Machado Horta²⁵⁸, Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁵⁹, entre outros.

O fato de o Poder Constituinte ter utilizado a palavra “lei” na redação da cláusula protetiva, em nada afeta nossa conclusão. Conforme afirmam com exatidão Carlos Ayres de Brito e Valmir Pontes Filho, a Constituição não mencionou as emendas porque assim não o fez em nenhum momento do texto constitucional, por não serem mecanismo usual de regulação da vida coletiva²⁶⁰, mas *“a norma constitucional veiculadora da intocabilidade do direito adquirido é norma de bloqueio de toda função legislativa pós-Constituição”*, impondo-se *“a qualquer dos atos estatais que se integram no ‘processo legislativo’, sem exclusão das emendas”²⁶¹.*

Do mesmo modo, Ivo Dantas, em conhecida monografia sobre o tema, não admite que o vocábulo *lei* possa ser interpretado de maneira restritiva, de modo a não conferir proteção aos direitos adquiridos em face das emendas constitucionais:

---

²⁵³ SILVA, José Afonso da. *Poder ...*, cit., p. 233.

²⁵⁴ *Previdência social e direitos adquiridos*, Revista da Previdência Social, ano XX, nº 184, mar. 1996, p. 229-230.

²⁵⁵ *Direito adquirido, emendas constitucionais e controle de constitucionalidade*. 3ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 28.

²⁵⁶ Op. cit., p. 238-239.

²⁵⁷ *Direito adquirido contra as emendas constitucionais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, nº 202, p. 78-79, out.-dez. 1995.

²⁵⁸ *Direito Constitucional*. 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, Fabris, 1999, p. 248.

²⁵⁹ *O poder...*, cit., p. 203.

²⁶⁰ Idem nota 240.

²⁶¹ Op. cit., p. 80.

“(...) destaque-se que o vocábulo Lei contido no mandamento transcrito engloba, indistintamente, todas as espécies legislativas contidas no art. 59 do texto constitucional pois, se assim não fosse, estaríamos admitindo que só a Lei (tomada apenas no sentido formal e restrito) não poderia prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Em consequência, os decretos legislativos e as resoluções, por serem destituídos daquele sentido, não estariam incluídos na limitação prevista e determinada pelo inciso XXXVI do art. 5º?”²⁶².

Concordamos com a maioria da doutrina no sentido de que o vocábulo *lei* empregado no texto do artigo 5º, inciso XXXVI foi empregado sem qualquer técnica pelo legislador constituinte, da mesma forma que o foi no inciso XL (*“a lei penal não retroagirá salvo para beneficiar o réu”*) e no próprio *caput* do mesmo artigo (*“todos são iguais perante a lei”*). Ninguém questiona que, se uma Emenda à Constituição tratar desigualmente os iguais, ou agravar a situação de um réu, será inconstitucional, porque seria diferente a interpretação do texto constitucional em relação aos direitos adquiridos, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada?

Assim, quando a Emenda, em seu texto, desrespeitar direitos adquiridos estará contaminada pelo vício da inconstitucionalidade, que poderá ser declarada por via difusa ou concentrada. Aliás, o processo legislativo sequer poderá ter seguimento, devendo ser barrado na Comissão de Constituição e Justiça, através de controle preventivo de constitucionalidade, porque é “tendente a abolir” cláusula pétrea. Igualmente, se a Emenda colher situações ocorridas no passado, através de uma previsão expressa de sua retroatividade, em afronta aos direitos adquiridos, poderá ser objeto de declaração de inconstitucionalidade. Por fim, se nada disser a Emenda sobre sua retroatividade, mas de seus efeitos retrospectivos decorrer uma violação de direitos já adquiridos, poderá ter sua inconstitucionalidade declarada, se os aplicadores dessa lei não afastarem de sua incidência os titulares dos direitos subjetivos.

---

²⁶² Op. cit., p. 85.

Na mesma esteira, encontramos a lição de Raul Machado Horta a respeito, embora não de forma tão incisiva:

“O poder constituinte originário poderá, em tese, suprimir o direito adquirido, de modo geral, incluindo nessa supressão a regra que veda a lei prejudicial de direito adquirido. No caso do poder constituinte de revisão, será questionável a emenda que propuser a supressão do direito adquirido assegurado pelo poder constituinte originário. A emenda ficará exposta a arguição de inconstitucionalidade.

Por outro lado, à emenda constitucional é vedado, por cláusula expressa da Constituição, propor a abolição do princípio que protege o direito adquirido contra a lei prejudicial a ele. O mencionado princípio é individual, integrando o título dos Direitos e Garantias Fundamentais, que a Constituição deu por irreformável”²⁶³.

Não é demais registrar, ainda, os ensinamentos de Carmen Lúcia Antunes Rocha, que, ao dedicar-se ao estudo dos poderes constituinte originário e reformador, assim se expressa:

“Somente pela ação do poder constituinte originário - cujo processo não é deflagrado apenas pela eventual vontade de um governante ou de um grupo que chegue ao poder - se podem desfazer situações constituídas, solapar direitos anteriormente aceitos como coerentes com os princípios e valores antes acatados. Somente pela atuação do poder constituinte originário se podem desconstituir o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, nos termos do sistema constitucional vigente (art. 5º, XXXVI, da Lei Fundamental da República). O mais, é fraude à Constituição, é destruição da Constituição em seus esteios-mestres. Quando, por meio de uma reforma constitucional, se investem contra situações firmadas em condições jurídicas pretéritas sobre as quais retroagem as novas normas, não se tem como prejudicado apenas o princípio do direito adquirido, mas também o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”²⁶⁴.

---

²⁶³ Op. cit., p. 248.

²⁶⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 109.

A mesma linha de pensamento é seguida, também, por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que leciona com propriedade:

“Ora, ninguém negará ser a norma do art. 5º, XXXVI, da Constituição uma garantia, garantia essa da segurança das relações jurídicas. Conseqüentemente ela não poderá ser abolida pelo Poder Constituinte derivado.

Observe-se, enfim, que, pela Constituição brasileira de 1988, cujo art. 5º, XXXVI, somente proíbe à lei prejudicar ‘o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’, não será inconstitucional emenda que, colhendo embora fatos passados, não importe em violar qualquer desses três institutos”²⁶⁵.

Assim como as normas constitucionais originárias, as emendas constitucionais possuem efeitos imediatos e prospectivos, podendo conter expressa menção à sua retroatividade. Todavia, ao contrário das disposições constitucionais originárias, devem respeitar os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

1.3.4. Normas constitucionais ensejadoras de direitos subjetivos e os direitos adquiridos

Verificado que o Poder Constituinte Derivado deve guardar observância aos direitos adquiridos, decorram eles de norma constitucional ou infraconstitucional, faremos um breve apanhado sobre os Títulos da Constituição, de modo a analisar, de forma bem genérica, quais deles demonstram maior propensão para caracterizar os direitos adquiridos.

O Título I da Constituição Federal enumera os princípios fundamentais da organização constitucional do Estado brasileiro. Esses princípios, por si só, não são aptos a gerar direitos adquiridos, ante a generalidade com que são enunciados.

---

²⁶⁵ Op. cit., p. 203.

O Título II da Lei Maior dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais e contém a norma garantidora dos direitos adquiridos. As normas presentes nesse título nem sempre consubstanciam direitos aptos a gerar direitos subjetivos a serem incorporados no patrimônio do indivíduo, mas constituem, por vezes, limites à retroatividade da lei.

Sejam elas caracterizadoras ou não de direitos adquiridos, no direito pátrio, quando caracterizarem verdadeiras cláusulas pétreas, elas recebem proteção contra a sua supressão ou diminuição em razão do disposto no artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal. Por esse motivo, ainda que não consubstanciem direitos subjetivos a serem incorporados no patrimônio do indivíduo, podem ser opostos contra eventual ação do Poder Constituinte Derivado que os ameace.

Em relação aos direitos sociais, contidos nos artigos 6º a 11 do texto da Carta Magna, excetuados aqueles decorrentes de norma constitucional de eficácia limitada ou de conteúdo programático, dão ensejo ao surgimento de direitos subjetivos, que podem caracterizar direitos adquiridos.

No tocante aos direitos de nacionalidade enumerados na Constituição (artigos 12 e 13), deles também poderão advir direitos adquiridos. Assim, aqueles indivíduos que houverem adquirido a nacionalidade brasileira, com base nos critérios originalmente estabelecidos na Carta Magna e na legislação infraconstitucional, terão direito a manutenção dessa nacionalidade, mesmo diante de novação constitucional que altere os critérios de seu reconhecimento.

Para finalizar a análise do Título II da Constituição Federal, resta falar dos direitos políticos previstos nos artigos 14 a 16. Como regra, os direitos políticos não são aptos a gerar direitos adquiridos, porque não podem ser incorporados ao patrimônio do indivíduo. Nesse passo, se o legislador constituinte de revisão houver por bem modificar as condições para o alistamento eleitoral, essas novas condições serão aplicáveis, inclusive, para os eleitores já alistados. Não há dúvida, porém, de que nessas alterações o Poder Constituinte reformador deverá respeitar o disposto no artigo 60, § 4º, inciso II da Constituição, que veda a edição de

Emendas tendentes a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico. Isso não significa, contudo, que se configurem direitos adquiridos. A eventual inconstitucionalidade de uma Emenda que restrinja demasiado o alistamento eleitoral ficará caracterizada por infringência a outra cláusula pétrea, que não a violação dos direitos adquiridos.

Os direitos políticos poderão dar ensejo a direitos adquiridos como, por exemplo, o direito ao mandato, quando o poder reformador alterar as condições de elegibilidade ou capacidade eleitoral passiva, atingindo candidatos regularmente eleitos com base nas regras anteriores. Nesse caso, o titular do mandato terá adquirido o direito de continuar no cargo até o final, já que por ocasião de sua eleição possuía todos os requisitos para tanto. Importante ressaltar que o direito ao mandato não inclui elementos periféricos, como o prazo de sua duração, que poderá ser reduzido em reforma constitucional, sem a possibilidade de oposição de direitos adquiridos²⁶⁶.

Em relação ao Título III da Constituição Federal de 1988, que contém normas sobre a organização do Estado, podem ser opostos direitos adquiridos em relação aquelas que disponham sobre os direitos dos servidores públicos, em especial às contidas no Capítulo VII. Entretanto, deverá se ter em mente que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica em relação à inexistência de direitos adquiridos em face de regime jurídico²⁶⁷.

No Título IV, que dispõe sobre a organização dos Poderes, encontramos grande número de normas constitucionais geradoras de direitos subjetivos, como, por exemplo, as normas de garantias da Magistratura e do Ministério Público, sendo possível a oposição de direitos adquiridos às Emendas constitucionais que, concretamente, violarem direitos subjetivamente incorporados ao patrimônio de seus titulares²⁶⁸.

---

²⁶⁶ Cf. RAMOS, Elival da Silva. *A proteção...*, cit., p. 246.

²⁶⁷ STF, Segunda Turma, AgReg RE 287.261, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 28.06.2005, *DJ* 26.08.2005; STF, Primeira Turma, AgReg no AgReg, no RE 241.777-PR, Rel. Min. Carlos Brito, j. 26.10.2004, *DJ* 01.04.2005; STF, Segunda Turma, AgReg no RE 213.393-RS, j. 04.06.2002, *DJ* 30.08.2002; STF, AI nº 244.578-RS, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF n. 154.

²⁶⁸ Em relação às garantias da Magistratura, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a garantia de irredutibilidade de vencimentos constitui modalidade qualificada de direito adquirido: STF, Tribunal Pleno, MS nº 24.875-1/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 11/05/2006, *DJ* 06.10.2006.

As mesmas observações feitas acima servem para o Título V da Carta Magna, que dispõe sobre a defesa do Estado e das instituições democráticas, especialmente no que diz respeito aos integrantes das Forças Armadas.

No Título VI, que dispõe sobre a tributação e o orçamento, encontramos poucas normas ensejadoras de direitos subjetivos, principalmente porque a grande maioria delas se dirige ao Poder Público, na repartição das rendas e na elaboração de seu orçamento. Entretanto, as normas que dispõem sobre as vedações ao poder de tributar, podem consubstanciar verdadeiros direitos e garantias fundamentais do indivíduo contra o Estado, conforme, inclusive, já decidiu o Supremo Tribunal Federal²⁶⁹. Nesse caso, poderão caracterizar direitos adquiridos. Importante ressaltar, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal já pacificou sua jurisprudência no sentido de que não há direito adquirido a não ser tributado²⁷⁰.

Naturalmente, a análise realizada neste capítulo é apenas exemplificativa de normas que podem consubstanciar direitos adquiridos. Para saber se nos encontramos diante de um caso de novação constitucional ou legislativa violadora de direitos adquiridos, é necessária, em regra, a análise do caso concreto.

1.3.5. A existência de direitos adquiridos diante do Poder Constituinte Decorrente

O Poder Constituinte decorrente é responsável por complementar a atividade do Poder Constituinte Originário, estabelecendo a Constituição dos Estados-membros²⁷¹. Ele só existe no federalismo por segregação e não no federalismo por agregação²⁷².

²⁶⁹ STF, Tribunal Pleno, ADIN 939-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Medida Cautelar, *RTJ* 150/68-69.

²⁷⁰ STF, Primeira Turma, AgReg no AI nº 511.024-PR, Rel. Min. Eros Grau, j. 14.06.2005, *DJ* 05.08.2005; STF, Tribunal Pleno, ADI 3.105-8/DF, Rel. p/ Acórdão Min. César Peluso, j. 18/08/2004, *DJ* 18.02.2005.

²⁷¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *O poder constituinte dos Estados-membros*, p. 19. A doutrina não é unânime a esse respeito, existindo parcela da doutrina que lhe nega o caráter de constituinte, em virtude de sua grande limitação, conforme nos ensina José Afonso da Silva, em *Curso...*, cit., p. 562.

Conforme lições de Anna Cândida da Cunha Ferraz, o Poder Constituinte Decorrente, é um verdadeiro Poder Constituinte, já que é responsável pela elaboração das Constituições dos Estados, respeitando os limites impostos pela Constituição Federal²⁷³. Esse Poder Constituinte Decorrente é um poder instituído e, portanto, derivado, pois emana do Poder Constituinte Originário. Diante disso, apresenta as características de *subordinação* e *condicionamento* a que estão sujeitos os poderes instituídos²⁷⁴.

O Poder Constituinte Decorrente pode ser de duas espécies: (i) Poder Constituinte Decorrente Inicial, que elabora a Constituição de um Estado-membro; (ii) Poder Constituinte Decorrente de Revisão, com a finalidade de realizar as alterações necessárias na Constituição do Estado-membro²⁷⁵.

A Constituição Federal de 1988 determina, em seu artigo 25, *caput*, que os Estados-membros, ao estabelecerem suas Constituições devem observar os princípios estabelecidos na Lei Maior.

A Constituição Federal, entretanto, não indica quais são esses princípios. Da leitura do texto da Lei Suprema, porém, se retira a necessidade de respeito aos chamados *princípios constitucionais sensíveis*, previstos no artigo 34, inciso VII e os *princípios constitucionais estabelecidos*²⁷⁶. Estes últimos encontram-se espalhados no texto constitucional e limitam a autonomia dos Estados. São regras que determinam, previamente a matéria de organização dos Estados e as normas constitucionais de caráter vedatório, bem

---

²⁷² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder...*, cit., p. 142-143. O autor nos ensina que o federalismo por segregação é aquele decorrente da transformação de um Estado unitário em um Estado federado, como no Brasil. Já o federalismo por agregação se verifica quando Estados já existentes e, portanto, já organizados, com sua Constituição, através de um ato internacional, se unem para formar um novo Estado. A Constituição desse novo Estado federal, quando elaborada, já produz modificações automáticas nas Constituições estaduais. Por esse motivo, não há necessidade da existência de um Poder Constituinte Decorrente.

²⁷³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *O poder...*, cit., p. 61.

²⁷⁴ Cf. item 1.2, capítulo III, *retro*.

²⁷⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *O poder...*, cit., p. 265.

²⁷⁶ Cf. SILVA, José Afonso da, em *Curso...*, cit., p. 564.

como os princípios de organização política, social e econômica, que minimizam a autonomia dos Estados-membros²⁷⁷.

Em razão do grande número de limitações impostos pela Constituição Federal ao Poder Constituinte Decorrente, é que Anna Cândida da Cunha Ferraz afirma que os Estados não são senhores de suas competências, que podem ser, mesmo contra a sua vontade, diminuídas ou até suprimidas²⁷⁸. A subordinação do Poder Constituinte Decorrente não é somente ao Poder Constituinte Originário, mas a todo o corpo da Constituição Federal, incluindo os dispositivos decorrentes do Poder Constituinte Derivado.

Em razão da grande limitação ao poder de organização dos Estados, bem como do dever de obediência do Poder Constituinte Decorrente à Constituição, seja ela produto do Poder Constituinte Originário ou Derivado, as normas elaboradas por esse poder instituído, não possuem a mesma força hierárquica da norma constitucional. Isso decorre da própria supremacia da Constituição Federal, como norma fundamental do Estado.

Considerando que os direitos adquiridos são protegidos por norma contida no texto da Constituição Federal, lei fundamental do Estado e de categoria superior às demais produções legislativas, entendemos que os direitos adquiridos devem prevalecer contra os dispositivos emanados do Poder Constituinte Decorrente, seja ele Inicial ou de Revisão.

---

²⁷⁷ Cf. HORTA, Raul Machado, *A autonomia do estado-membro no direito constitucional*. Belo Horizonte, 1964, p. 225.

²⁷⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *O poder...*, cit., p. 95.

2 - ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Até o advento da Constituição Federal de 1988, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre foi pacífica a respeito da inoponibilidade dos direitos adquiridos contra a Constituição, seja decorrente de texto originário ou derivado²⁷⁹.

Com o advento da norma prevista no artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal, a doutrina majoritária se posicionou no sentido de que o Poder Constituinte Originário não é obrigado a respeitar os direitos adquiridos. Mas o Poder Constituinte Derivado, como poder instituído que é, fica adstrito aos limites impostos pelo Poder Constituinte Originário, devendo respeitar as cláusulas pétreas, entre as quais se inclui a proteção aos direitos adquiridos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Constituição de 1988, manteve firme a jurisprudência a respeito da inoponibilidade de direitos adquiridos contra texto originário da Constituição, como se pode ver dos acórdãos abaixo, em que foi analisada a constitucionalidade de dispositivos originários da Lei Maior:

“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

---

²⁷⁹ "Magistrado. Incidência imediata da proibição contida no artigo 114, I, da Constituição Federal na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 7/77. - Não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do Poder Constituinte originário, ou do Poder Constituinte derivado. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido e provido." (STF, RE nº 94.414-SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 114/237, RDA 160/144, j. em 13/02/1985). "(...) O direito adquirido, garantido no §3º do Art. 153 da Constituição Federal, somente é oponível à lei. Contra a própria Constituição não há direito adquirido. (...)" (STF, Pleno, Representação n. 895, Rel. Min. DJACI FALCÃO, RTJ 67/327). "A norma da Emenda Constitucional nº8/77, que estabeleceu o prazo máximo de quatro anos para validade de concursos, tem aplicação imediata. - Não há como invocar, contra essa norma, as garantias do direito adquirido que se dirigem à lei ordinária e não à Constituição" (STF, RE n. 95175, Rel. Min. SOARES MUNOZ, RDA /123, j. em 20.04.1982).

pode fazê-lo -, eles não alcançam os fatos consumados no passado nem as prestações anteriormente vencidas e não pagas (retroatividades máxima e média)”²⁸⁰.

“A supremacia jurídica das normas inscritas na Constituição Federal não permite, ressalvadas eventuais exceções proclamadas no próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido”²⁸¹.

Em relação às alterações decorrentes de Emendas ao texto constitucional, firmaram-se duas posições no Supremo Tribunal Federal: (i) a Constituição não deve respeito aos direitos adquiridos, ainda que o texto que os afronta decorra do exercício do poder de reforma; (ii) a cláusula protetiva dos direitos adquiridos, prevista no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, dirige-se, também, ao Poder Constituinte Derivado, como verdadeiro limite ao poder de revisão.

Analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - em especial os votos proferidos na ADIN nº 3.105-DF²⁸² e os votos proferidos no MS nº 24.875-1/DF²⁸³ -, podemos identificar a posição dos membros desta Corte Superior, onde prevaleceu, ainda, a idéia de inoponibilidade dos direitos adquiridos em face das Emendas Constitucionais. Entretanto, a posição do Supremo Tribunal Federal parece estar se transformando, principalmente em razão do entendimento adotado por novos membros que o compõem, atualmente.

O Ministro Nelson Jobim, em voto proferido da ADIN nº 3.105-DF, mais uma vez, manifesta seu entendimento de que a Constituição Federal de 1988 não é obra do Poder Constituinte Originário, e sim, do Poder Constituinte Derivado. Isto porque a Assembléia Constituinte foi convocada através de uma Emenda Constitucional à Constituição

²⁸⁰ STF, RE nº 140.499/GO, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 156:229-37.

²⁸¹ STF, Tribunal Pleno, ADIN 248/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 08.04.1994. No mesmo sentido: STF, Tribunal Pleno, Ag.Instr. nº 159.587-6/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 08.05.1998.

²⁸² STF, Tribunal Pleno, ADIN 3.105-DF, Rel. para acórdão Min. Cezar Peluso, j.18.08.2004, *DJ* 18.02.2005 – cujo objeto foi a análise da constitucionalidade da Emenda Constitucional, nº 41/03 a respeito da tributação dos proventos de aposentadoria.

²⁸³ STF, Tribunal Pleno, MS nº 24.875-1/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 11.05.2006, *DJ* 06.10.2006 - cujo objeto foi, também, a Emenda Constitucional nº 41/03, porém em relação à fixação do teto remuneratório.

de 1967, a EC nº 26, e composta pelos membros do Congresso Nacional. Por este motivo o Ministro afirma sua dificuldade em diferenciar os Poderes Constituintes Originário e Derivado, face à Constituição vigente.

Prossegue em seu voto afirmando que a Constituinte, ao votar o inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal quis dizer exatamente o que disse: que a *lei* não prejudicará o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Em relação à possibilidade de Emendas Constitucionais violarem os direitos adquiridos, o Ministro não expressou a sua posição. Entretanto, de sua argumentação pode-se inferir que entende ser a cláusula protetiva dos direitos adquiridos dirigida somente ao legislador infraconstitucional.

O Ministro Joaquim Barbosa foi mais enfático em seu voto, manifestando posição absolutamente contrária à proteção dos direitos adquiridos diante da atuação do Poder Reformador, afirmando que a interpretação ampla da teoria das cláusulas pétreas se afigura *“uma construção intelectual conservadora, antidemocrática, não razoável (...)”*²⁸⁴.

O Ministro Eros Grau, embora não tenha sido expresso a respeito da questão, parece apresentar entendimento no mesmo sentido daqueles sustentados pelos Ministros Nelson Jobim e Joaquim Barbosa, visto que transparece em seu voto a posição de que somente a abolição do próprio texto do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal afrontaria o disposto no artigo 60, § 4º, inciso IV da Carta Magna²⁸⁵.

---

²⁸⁴ Cf. voto proferido na ADIN 3.105-DF, Rel. para acórdão Min. Cezar Peluso, j.18.08.2004, DJ 18.02.2005, onde conclui: *“Para concluir, Sr. Presidente, creio que a ação direta não merece prosperar também porque o art. 5º, XXXVI, da Constituição protege os direitos adquiridos contra as iniciativas do legislador infraconstitucional, e não do constituinte derivado”*.

²⁸⁵ Cf. voto proferido na ADIN 3.105, Tribunal Pleno, Rel. para acórdão Min. Cezar Peluso, j. 18.08.2004, DJ 18.02.2005: *“Quanto a este último, lembro que a interpretação de um texto normativo demanda duas verificações: (i) a quem ele se dirige e (ii) qual o comportamento estabelecido. Identifica-se, assim, o destinatário/sujeito e a ação/objeto. O inciso IV do § 4º do artigo 60 da Constituição do Brasil veicula regra dirigida ao Poder Constituinte derivado, que é quem não deverá deliberar sobre proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e as garantias individuais. A ação/objeto é não abolir, vale dizer não excluir do texto da Constituição qualquer dos direitos ou garantias individuais, sejam os enunciados pelo artigo 5º, sejam outros mais, como tais qualificados mercê do que o Ministro Carlos Ayres Britto chama de ‘interpretação generosa ou ampliativa das cláusulas pétreas’.”*

A Ministra Ellen Gracie, por sua vez, parece manifestar posição favorável a oponibilidade de direitos adquiridos em face das Emendas Constitucionais, quando afirma em seu voto que as Emendas, por serem decorrentes do Poder Constituinte Derivado, devem guardar estrita obediência aos limites impostos pelo Poder Constituinte Originário, em especial às limitações materiais, sob pena de inconstitucionalidade²⁸⁶.

Essa mesma posição é corroborada pelos Ministros Marco Aurélio²⁸⁷, Carlos Velloso²⁸⁸ e Celso de Mello, que proferiu o seguinte voto:

*“(...) não apenas os atos legislativos comuns, mas quaisquer outras espécies normativas – aí incluída, também, a própria emenda à Constituição – devem observar, em seu processo de formação, a cláusula constitucional pertencente ao direito adquirido, sob pena de, em assim não ocorrendo, incidirem em situação de inconstitucionalidade material”*²⁸⁹.

O voto proferido pelo Ministro Carlos Ayres Britto assevera sua posição a respeito da necessidade de a Emenda Constitucional respeitar os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, sob pena de inconstitucionalidade, em brilhante lição, que reproduzimos em parte:

²⁸⁶ STF, Tribunal Pleno, ADIN 3.105-DF, Rel. p/ acórdão Min. Cézar Peluso, j. 18/08/2004, DJ 18.02.2005.

²⁸⁷ Cf. votos proferidos na ADIN 3.105, Tribunal Pleno, Rel. para acórdão Min. Cézar Peluso, j. 18.08.2004, DJ 18.02.2005 e no MS nº 24.875-1/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 11.05.2004, DJ 10.06.2006.

²⁸⁸ “Ainda sob o pálio da Constituição pretérita, que não estabelecia, expressamente, como cláusula pétrea, os direitos e garantias individuais, sustentei, no ano de 1971, como juiz federal em Minas, que uma emenda constitucional não poderia afrontar as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. É que, consagrando a Constituição tais garantias, não seria possível aos constituinte derivado afrontá-las, certo que a afirmativa no sentido de que a emenda constitucional passa a integrar o texto constitucional e, assim, seria a própria Constituição que estaria a excepcionar a regra, há de ser entendida cum grano salis. É que, se fosse admissível a afirmativa, ficaria a Constituição contraditória com ela própria”. Cf. voto proferido na ADIN 3.105, Tribunal Pleno, Rel. para acórdão Min. Cézar Peluso, j. 18.08.2004, DJ 18.02.2005.

²⁸⁹ Cf. voto proferido na ADIN 3.105, Tribunal Pleno, Rel. para acórdão Min. Cézar Peluso, j. 18.08.2004, DJ 18.02.2005. Veja-se também: “(...) motivos de ordem pública ou razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, ex parte principis, a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade – não podem ser invocados para viabilizar o descumprimento da própria Constituição, que, em tema de produção normativa, impõe ao Poder Público limites inultrapassáveis, como aquele que impede a edição de atos legislativos vulneradores da intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada” (voto Min. Celso de Mello, RTJ 164/1.149).

“As três hipóteses invocadas estão acobertadas pelo manto da petrealidade (art. 60, § 4º, IV - CF), pois direito individual insculpido no inciso XXXVI do art. 5º (‘A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’). Justamente ele, art. 5º, constitutivo dos direitos subjetivos públicos, ou direitos oponíveis ao próprio Estado, marcadamente.

Ora, caso a lei venha a entrar em rota de colisão com as régias situações jurídicas ativas, padecerá de vício insanável de inconstitucionalidade. Quanto a essa conclusão, as posições doutrinárias e jurisprudenciais são uníssonas. Entretanto, pergunta-se: E se a Emenda Constitucional não assegurar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada? Em face da dignidade da espécie normativa invocada, seria possível?

Penso que não.

(...).

Permito-me agora dizer o seguinte: os que defendem a possibilidade de emenda ofender o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada partem de uma só base intelectual: a Constituição não proibiu as emendas, só proibiu as leis de fazê-lo. Se esse raciocínio fosse levado às últimas consequências, cairíamos todos em contradições grotescas. Por exemplo: quando a Constituição falou da lei como veículo impositivo de deveres - positivos ou negativos -, só falou de leis (Art. 5º, II): ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;’

Ela não disse ‘senão em virtude de emenda’.

E esse silêncio quanto às emendas iria interditá-las para impor obrigações positivas ou negativas a terceiros? É evidente que não.

Quando a Constituição falou de crime de responsabilidade (art. 85), disse que o Presidente da República incorreria em crime de responsabilidade quando deixasse de cumprir as leis ou as decisões judiciais. Ela não falou de emendas. Entretanto, é claro que ofender uma emenda é, sim, crime de responsabilidade. A Constituição simplesmente não falou de emenda porque não precisou.

Quando a Constituição emite o discurso de que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’ (art. 5º, XXXVI), ela está

dizendo direito/lei, qualquer ato da ordem normativa constante do art. 59 da Constituição. A emenda está ali, pré-figurada.

Então, entendo que as emendas estão proibidas de ofender as três emblemáticas e estelares figuras: o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”²⁹⁰.

Verificamos, assim, uma tendência de modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para a adoção da corrente majoritária, que entende que as Emendas Constitucionais devem respeitar os direitos adquiridos.

Com a devida vênia, entendemos que esta é a corrente mais acertada. O Poder Constituinte Derivado não é um poder incondicionado e ilimitado, ele tem seus limites fixados pelo próprio poder que o instituiu. E o Poder Constituinte Originário fixou-lhe os limites no artigo 60 da Lei Maior, que prevê a proibição de emendas constitucionais “tendentes a abolir” os direitos e garantias fundamentais. E, entre tais direitos encontramos a cláusula de proteção aos direitos adquiridos que, como vimos²⁹¹, constitui verdadeira cláusula pétrea em nosso sistema constitucional.

---

²⁹⁰ Cf. voto proferido na ADIN nº 3.105-DF, Rel. para acórdão Min. Cezar Peluso, j. 18.08.2004, DJ 18.02.2005.

²⁹¹ Vide capítulo III, item 1.2.2, *retro*.

IV – CONCLUSÕES

Para o adequado entendimento da proteção dos direitos adquiridos na Constituição Federal de 1988, é necessária a compreensão e análise dos principais conceitos do Direito Intertemporal. É justamente na disciplina da vigência e aplicação da lei no tempo, que se encontram os elementos auxiliares do estudioso desse importante tema do Direito Constitucional.

As normas positivadas incidem sobre as relações jurídicas constituídas sob sua égide, gerando direitos subjetivos para os indivíduos submetidos ao seu alcance, direitos esses que podem confrontar-se com uma legislação posterior. Ao operador do direito caberá, então, encontrar um equilíbrio, de forma a garantir o princípio da segurança jurídica, implícito no ordenamento pátrio – mas não de menor importância -, e a necessidade de alterações legislativas para acompanhar as transformações sociais. É esse um dos maiores desafios no Direito Intertemporal.

As inovações legislativas podem atingir as relações jurídicas constituídas sob a égide da lei anterior, através de dois efeitos: a retroatividade e a retrospectividade.

A retroatividade consiste na projeção de efeitos para atingir situações constituídas no passado, seja modificando ou suprimindo seus efeitos, seja atribuindo efeitos *ex tunc* a atos que não os possuíam. Ela pode se dar em maior ou menor grau de intensidade, conforme atinja fatos passados já inteiramente consumados (retroatividade máxima), fatos pretéritos que ainda não se haviam verificado inteiramente (retroatividade média) ou atribua efeitos a fatos passados a partir de sua entrada em vigor (retroatividade mínima).

Os efeitos retroativos não são efeitos normais dos atos normativos, porque a regra em nosso ordenamento jurídico é de que os atos legislativos são irretroativos, salvo expressa disposição em contrário. Os efeitos imediatos, porém, constituem efeitos normais das leis, para que produzam consequências sobre os fatos presentes e futuros (efeitos

prospectivos). Mas, ao produzir efeitos imediatos, a lei, muitas vezes, colhe os fatos pendentes, ou seja, aqueles produzidos no passado, mas que continuam projetando efeitos quando da entrada em vigor da novel legislação. Nesse caso, não estamos, tecnicamente, falando de uma retroatividade, já que a legislação revogadora não está projetando seus efeitos para o passado, mas para o presente. Estamos aqui diante do que o direito europeu denominou de retrospectividade.

A grande dificuldade do tratamento da retrospectividade reside no fato de ela se tratar de efeito normal da lei, isto é, ao produzir efeitos imediatos, a lei passa a incidir no momento de sua entrada em vigor, projetando-se também sobre os efeitos pendentes de fatos passados.

A grande maioria dos ordenamentos jurídicos se preocupa em proteger os indivíduos contra a retroatividade das normas, possuindo em seu ordenamento, constitucional ou legal, uma norma protetiva em face desses efeitos. Essa norma proibitiva é hábil para resguardar os indivíduos contra os efeitos anormais produzidos pela retroatividade, mas nem sempre é tão satisfatória a respeito dos efeitos normais da retrospectividade.

De forma resumida e simplista, a disciplina dos efeitos pendentes dos fatos passados constitui a maior divergência entre as doutrinas subjetivistas e objetivistas do Direito Intertemporal. A nossa Constituição Federal de 1988, bem como a legislação infraconstitucional e a jurisprudência pátrias, acabaram por adotar, entretanto, a teoria clássica (ou subjetiva).

A proteção constitucional dos direitos adquiridos não tem sido comumente encontrada nas legislações estrangeiras, mas se encontra intensamente arraigada no direito constitucional pátrio. Todas as Constituições brasileiras, com exceção apenas da Constituição de 1937, que instituiu o Estado Novo, contiveram norma disciplinadora dos efeitos temporais da legislação, protegendo os indivíduos contra a violação dos direitos adquiridos.

A Constituição Federal de 1988 protege os indivíduos contra a violação dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. O conceito de direito adquirido, por ser mais amplo, compreende as outras duas categorias limitantes. Não se trata, entretanto, de repetição inútil do legislador constituinte, e sim de técnica legislativa facilitadora da aplicação dos institutos jurídicos, de forma a outorgar proteção mais eficaz ao cidadão contra os desmandos do Estado.

A norma prevista no artigo 5º, inciso XXXVI da atual Constituição brasileira, contém conceitos indeterminados, o que é de grande valia para garantir a perenidade do texto da Lei Maior. Mas, apesar dessa indeterminação, a norma constitucional possui eficácia plena e aplicabilidade imediata, sendo incompatível com uma normatização infraconstitucional. Isso não implica, entretanto, na inconstitucionalidade da norma prevista no artigo 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, visto que esta legislação limitou-se a explicitar os conceitos constitucionais, sem qualquer restrição ao âmbito de proteção dos institutos garantidos na Lei Maior.

O controvertido conceito de direitos adquiridos apresenta-se sempre relacionado à característica da patrimonialidade. Característica esta que ultrapassa o conceito de conteúdo meramente econômico, devendo ser entendida da forma mais ampla possível, para não limitar a proteção constitucional.

Em razão da indeterminação do conceito de direito adquirido na legislação constitucional, o Supremo Tribunal Federal exerce grande influência na delimitação de seus contornos. A análise de seus julgados sobre o tema nos mostra a adoção da concepção subjetiva dos direitos adquiridos, com a característica da patrimonialidade sempre presente no exame dos casos submetidos ao seu julgamento. Por vezes notamos a adoção de critérios objetivos na caracterização dos direitos adquiridos.

Verifica-se que a norma constitucional não faz distinção de sua aplicabilidade apenas às normas de ordem privada, sendo passível a configuração de direitos adquiridos ainda que se esteja diante de uma norma de ordem pública. Em relação a esta

espécie de normas, o núcleo básico e irredutível dos direitos subjetivos se encontra mais reduzido, enquanto os elementos periféricos, que gravitam em torno desse núcleo, apresentam-se mais ampliados. Por esse motivo, diante de normas de ordem pública, muitas vezes se adotam critérios objetivos de caracterização dos direitos adquiridos.

A norma constitucional protetiva dirige-se tanto ao juiz, como aplicador da lei, como ao legislador, ao elaborá-la. E o administrador, ao executar os mandamentos normativos, deve também afastar os efeitos retrospectivos, protegendo os direitos adquiridos.

Encontramos um consenso doutrinário e jurisprudencial a respeito da inoponibilidade de direitos adquiridos em face da obra do Poder Constituinte Originário, diante de suas características de ilimitação e incondicionamento. Isso não significa, contudo, que as normas constitucionais sejam dotadas de eficácia retroativa automática. Também elas se submetem ao princípio implícito da irretroatividade das leis, segundo o qual as normas têm efeitos imediatos, salvo disposição expressa em contrário. E, querendo o legislador constituinte originário, pode ele assim dispor em relação a algumas, ou a todas as normas constitucionais.

Porém, sob a égide do Estatuto Constitucional atualmente vigente, mesmo que expressamente fosse prevista a retroatividade da nova Constituição, os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada continuariam garantidos, porque sua proteção se afigura compatível com o objetivo constitucional, conforme se verifica das normas previstas nos artigos 5º, inciso XXXVI e 60, § 4º, inciso IV.

Em face de sua ilimitação, o Poder Constituinte Originário, pode também, sem qualquer entrave, dispor expressamente que, contra seu texto não cabe alegação de direitos adquiridos, como fez o artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Em relação aos Poderes Constitucionais Derivado e Decorrente, não chegamos à mesma conclusão. Uma vez instituídos pelo Poder Constituinte Originário, esses Poderes submetem-se às limitações por ele imposta e devem respeito aos direitos adquiridos.

Essa limitação está contida no artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal, as chamadas cláusulas pétreas.

O disposto no artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal não deve ser interpretado de maneira a paralisar e impedir modificações e restrições em todo e qualquer direito previsto no Título II da Lei Maior. Entretanto, por encontrar-se intimamente relacionada com a própria noção de Estado Democrático de Direito e com os objetivos fundamentais do legislador originário, entendemos que a cláusula de proteção aos direitos adquiridos, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada caracterizando verdadeira cláusula pétrea. A norma garantista constitui uma das vigas mestras do princípio da segurança jurídica e, reconhecer-se ao contrário, implicaria, pouco a pouco, no esvaziamento da garantia, colocando em sério risco os direitos e garantias fundamentais.

Após esse estudo sobre a proteção constitucional dos direitos adquiridos, entendemos sábia a opção do legislador originário em conferir a essa norma de garantia *status* constitucional e imutável, mormente num país tão afeito a reformas legislativas e constitucionais que, muitas vezes, esbarram em direitos subjetivos anteriormente constituídos.

Os direitos adquiridos devem, entretanto, ser compreendidos adequadamente, para que, em nome da segurança jurídica, não se coloque uma barreira intransponível, impedindo as necessárias alterações no ordenamento jurídico, para acompanhar as novas exigências sociais. Deve ser buscado um equilíbrio entre a norma protetiva e os interesses sociais, para que se permita a construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, que acompanhe as modificações realizadas para atender ao interesse coletivo sem descuidar, evidentemente, do princípio da segurança jurídica.

V - BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALVES, João Luís. *Código Civil Anotado*. 1. ed., Rio de Janeiro, 1917.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Adquirido. *Fórum Administrativo*. n. 15, 2002.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BARBALHO, João. *Constituição Federal brasileira – comentários*. 2. ed., Rio de Janeiro, Briguiet, 1924.

BARBOSA, Rui. *Ruínas de um governo*. Prefácio de notas de Fernando Nery. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1931.

_____. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. 2. ed., Rio de Janeiro, 1924.

_____. *Obras Completas*, v. XVII e XXV, ano I, Rio de Janeiro, 1953.

BARROSO, Luís Roberto. Em Algum Lugar do Passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil, *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Cármen Lúcia Antunes da Rocha (Org.), 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte, Fórum, 2005, p. 137-164.

BASTOS, Celso Ribeiro & BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicação das normas constitucionais*. São Paulo, Saraiva, 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva, 1988. v. 1 e 2.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito Intertemporal*. 1. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980.

BERNARDI, Ovídio. O direito adquirido e seu problema conceitual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 254:21-30.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*, v. I, Rio de Janeiro: F. Alves, 1944.

_____. *Teoria Geral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, 1976.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*, introdução Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos, revisão técnica João Ferreira, 4ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994

BRITTO, Carlos Ayres & PONTES FILHO, Valmir. Direito adquirido contra as emendas constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 202:75-80, out./dez. 1995.

BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1993.

BRITO, Nogueira de. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da Constituição*. Lisboa: Coimbra Editora, 2000.

BRYCE, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1952.

CAMPOS, Francisco. Diretrizes constitucionais do novo Estado brasileiro. *Revista Forense*, p.5-22, jan. 1938.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 1993.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Almedina, 2001.

CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. v. 1.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1982.

DANTAS, Ivo. *Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade*. 3. ed., rev. e atual.. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

_____. Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade: a intangibilidade do direito adquirido face às emendas constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 206:109-134, out./dez. 1996.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Diritto coslituzionale: Lo stato democratico moderno*. Nápoles: Casa Editrice D. Eugênio Jovene, 1950. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 1987.

DOUAI, Merlin de. *Effet Rétroactif de la Loi du 17 Nivose, An 2*. In *Récueil des Questions de Droit*, 4. ed., Paris, 1828, v. III.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris: Ancienne, 1928. t.1 e 2.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. O direito adquirido e as emendas constitucionais. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, 22:46-54, 1998.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1939, v. 2

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 1. ed. São Paulo, Max Limonad, 1986.

_____. *Poder constituinte dos Estados-membros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

_____. A revisão constitucional no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, 114:5-20, abr./jun. 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

_____. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo, Saraiva, 1988.

_____. *Do processo legislativo*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1984.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Curso de Direito Constitucional*, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Significação e alcance das cláusulas pétreas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 202. p. 11-17, out.-dez. 1995.

_____. *Poder constituinte e direito adquirido*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 210, p.1-9, out./dez. 1997.

FRANCISCO, José Carlos. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GABBA, C. F. *Teoria della Retroattività delle Lege*, 4. V., 3. ed., Milão – Roma – Nápoles, 1891-1898

HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. Tradução de Carlos Ruiz del Castilho. 2. ed. Madrid: Réus, 1927.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Fabris, 1991.

_____. *Elementos de direitos constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. da 20. Edição alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 1999.

_____. *A autonomia do estado-membro no direito constitucional*. Belo Horizonte, 1964.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed., Trad. João Baptista Machado, Coimbra: Armenio Amado, 1984.

_____. *Teoría general Del derecho y del estado*. México. Textos Universitários, 1969.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

_____. *Théorie systématique des droits acquis: conciliation du Droit Positif de la Philosophie du Droit*. 2. ed. alemã. Trad. J. Bernard, J. Molitor, G. Millet, A. Weill, Paris: Giard & Brière, 1904. t. 1.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 3. ed. rev. e atual. de *Direito intertemporal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. *Direito Intertemporal brasileiro*. 2. ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. *Jurisprudência da irretroatividade e do direito adquirido*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo G. Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Poder Constituinte reformador: limites e possibilidades revisão constitucional brasileira*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de direito civil*. v. I, 5. ed., Rio de Janeiro, 1971.

MACHADO, Hugo de Brito. Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 714:19-26, abr. 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. 2. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1955.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O direito adquirido e o Direito Administrativo. *Revista de Direito e Cidadania*, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, n. 2, São Paulo, OAB Editora, p. 15-45, 2006.

_____. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, 2. ed., revista, atual., São Paulo, Ed. RT, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade - possibilidade jurídica de sua superação. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 6:15-9, jan./mar. 1994.

_____. Os limites da revisão constitucional. *Revista dos Tribunais*, Cadernos de direito constitucional e ciência política, ano 5, n. 21, p. 69-91, out.-dez. 1997.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra, Coimbra Ed., 1997.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e direito adquirido, *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 38, jan. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=374>. Acesso em: 21 nov. 2008.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat (Barão de). *Espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Direito Constitucional*. 20. ed., São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 6. ed., 2005.

_____. Previdência social e os direitos adquiridos. *Revista da Previdência Social*, ano XX, n. 184, p. 229-230, mar. 1996.

_____. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed., atualizada até a EC nº 52/06, São Paulo, Atlas, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do povo*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: RT, 2004.

NORONHA, Fernando. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correia, como indispensável para solução dos problemas de Direito Intertemporal. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 23:91-110, abr./jun. 1998.

PACE, Gaetano. *Il Diritto Transitorio com particolare riguardo al diritto privato*. Milão: Casa Editrice Ambrosians, 1944.

PEIXOTO, José Carlos Mattos. *Limite temporal da lei*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 37, n. 173, p.459-485, jun. 1948.

PIMENTA BUENO, José Antônio. Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império. *Ministério da Justiça e Negócios Interiores*, Brasília, 1958.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito Adquirido e Ordem Pública – Segurança Jurídica e Transformação Democrática*, 1. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda n. 1, de 1969)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970/1972. t.1, 5 e 6.

PORCHAT, Reynaldo. *Da retroactividade das leis civis*. São Paulo, Duprat, 1909.

_____. O Código civil e a retroatividade. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 21, p. 163-168, 1917.

RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no ordenamento constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1977. v. 1, t.II e III.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio do direito adquirido no Direito Constitucional. *Revista Forense*, v. 308, p. 3-11, out./dez., 1989.

_____. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, São Paulo: Saraiva, 1999.

ROUBIER, Paul. *Le Droit Transitoire (conflits des lois dans le temps)*. 2. ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960.

_____. *Le conflits des lois dans le temps; théorie dite de la non-retroactivité de lois*. Paris: Sirey Recueil, 1929, t. I.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Expectativa de Direito e Direito Adquirido como Franquias e Bloqueios da Transformação Social. *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Cármen Lúcia Antunes da Rocha (Org.), 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte, Fórum, 2005, p. 265-344.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional*. Bahia: Progresso, 1954.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución*. Reimpresión. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1927.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 5. ed. atual. 1971. v. 1.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte burguesa (que é o terceiro estado?)*. Org. Intr. Aurélio Wander Bastos. Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro, Liber Jûris, 1986.

SICHES, Luis Recanséns. Le but du droit, le bien commun, La justice, la sécurité, *Annuaire de l'institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique*, tome III (1937 – 1938). Le but du droit; bien común, justice, sécurité. Paris: Recueil Sirey, 1938. p.123-134.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Poder Constituinte e poder popular (Estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. Reforma Constitucional e Direito Adquirido. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 213, p.121-131, jul./set. 1998.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado (sob a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração do *quorum* de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais). *Revista de Direito Administrativo*, n. 226, p. 11-32, out.-dez. 2001.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 7. v. _____. *Direito Constitucional Intertemporal*. RF, n. 304, p.29, 1988.

STARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Cármen Lúcia Antunes da Rocha (Org.), 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte, Fórum, 2005, P. 85-130.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*. 3. ed., Rio de Janeiro: H. Garnier, 1875.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoría constitucional (teoría constituyente): poder constituyente; fundacional; revolucionário; reformador*. Buenos Aires: Depalma, 1975.
_____. *Teoria general Del estado y Del derecho*, Buenos Aires: Editora Universitária, 1982.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Amoldo. Da doutrina brasileira do direito adquirido e a projeção dos efeitos dos contratos contra a incidência da lei nova. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, 70:143-50, abr./jun. 1981.

_____. O direito adquirido e a mudança de interpretação da Administração em matéria contratual. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, 90:329- 32, abr./jun. 1986.

LEGISLAÇÃO

BRASIL, Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824, *in* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 22/12/2008.

BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do, de 24 de fevereiro de 1891, *in* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 22/12/2008.

BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do, de 16 de julho de 1934, *in* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 22/12/2008.

BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do, de 10 de novembro de 1937, *in* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 22/12/2008.

BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do, de 18 de setembro de 1946, *in* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 22/12/2008.

BRASIL, Constituição da República Federativa do, de 24 de janeiro de 1967, *in* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 22/12/2008 e Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, *in* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 22/12/2008.

BRASIL, Constituição da República Federativa, de 05 de outubro de 1988, *in* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 07/02/2008.