

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional**

DIREITO ADQUIRIDO: UMA QUESTÃO EM ABERTO

Lilian Barros de Oliveira Almeida

Brasília – DF
2009

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional**

DIREITO ADQUIRIDO: UMA QUESTÃO EM ABERTO

Lilian Barros de Oliveira Almeida

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para a obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho

Brasília – DF
2009

Aos meus pais, Esdras e Eliane, por
seu constante amor e estímulo aos
meus estudos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço eternamente a Deus, refúgio e fortaleza, por ter me capacitado a desenvolver este trabalho. A Ele devo tudo o que tenho e tudo o que sou. “Porque dele e por ele, e para ele, são todas as coisas; glória, pois, a ele eternamente. Amém”.Rm 11:36.

Manifesto minha profunda gratidão ao ilustre Professor Doutor Inocêncio Mártires Coelho pelos momentos dedicados à orientação deste trabalho e por sua preciosa colaboração ao desenvolvimento desta dissertação.

Ao Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, sou grata por ter possibilitado e incentivado o desenvolvimento de minha pesquisa.

À minha mãe Eliane e às minhas irmãs Larissa e Rafaela agradeço por todo o apoio, paciência, além da compreensão pelas freqüentes ausências no convívio familiar ao longo da elaboração desta dissertação.

Ao meu pai Esdras agradeço imensamente pela dedicada colaboração e revisão da dissertação, bem como por suas sugestões para o aprimoramento do trabalho.

RESUMO

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. *Direito adquirido: uma questão em aberto*. 2009. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2009.

O tema do direito adquirido reveste-se de máxima relevância e tem merecido interesse dos estudiosos do Direito. A Constituição de 1988 contempla, no inciso XXXVI, do art. 5º, como direito fundamental, o princípio do respeito ao direito adquirido. A Lei de Introdução ao Código Civil definiu o direito adquirido no art. 6º, § 2º. Contudo, não se encontram nos referidos dispositivos elementos suficientes para esclarecer o que seja o direito adquirido. Nesta dissertação, objetiva-se procurar e fornecer algumas respostas a respeito do conceito do direito adquirido, do significado do seu núcleo essencial e da possibilidade ou não de uma delimitação teórica do conteúdo do direito adquirido no sistema jurídico brasileiro. Propôs-se a utilização dos fundamentos da teoria relativa da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, admitindo-se que a percepção do núcleo essencial do direito adquirido só pode ser feita através da análise de casos concretos. Para tanto, examinou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) no tocante ao direito adquirido, Tribunal dotado de um papel indispensável nas leituras a respeito dos direitos fundamentais. Verificou-se que a constatação, pelo STF, acerca da existência ou da inexistência do direito adquirido é feita pela análise do caso examinado e pela invocação de precedentes, sendo utilizada a tópica como recurso decisório e argumentativo. O núcleo essencial do direito adquirido, para o STF, é aquele definido para cada caso concreto. Concluiu-se ser o direito adquirido uma questão em aberto, uma vez que a busca de premissas, no caso do direito adquirido, é infinita, e sempre surgirão situações novas que exigirão uma nova verificação da existência ou não do direito adquirido.

Palavras-chave: Direito adquirido – núcleo essencial – sistema jurídico brasileiro – Supremo Tribunal Federal – argumentação – tópica – questão em aberto.

ABSTRACT

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. *Vested right: an opened question*. 2009. 188 p. Paper (Master in Constitucional Law) - Brasiliense Institute of Public Law, Brasilia, 2009.

The subject of the vested right is armed with maximum relevance and has deserved interest of the scholars of the Law. The Constitution of 1988 contemplates, in article 5th, XXXVI, as basic right, the principle of respect to the vested right. The Law of Introduction to the Civil Code defined the vested right in the article 6th, § 2th. However, not enough elements can be found in the cited law to clarify what vested right really means. This paper intends to look for and to supply some answers regarding the concept of the vested right, the meaning of its essential nucleus and the possibility or not of a theoretical delimitation of the content of the vested right in the Brazilian legal system. It was considered the use of the fundamentals of the relative theory of the guarantee of the essential content of the basic rights, admitting that the perception of the essential nucleus of the vested right can only be made through the analysis of concrete cases. To do so, the jurisprudence of Supreme Federal Court was examined in moving to the vested right, the Court endowed with an indispensable office in the readings concerning the basic rights. It was verified that the finding, by the Supreme Federal Court concerning the existence or the inexistence of the vested right, is made by the analysis of the examined case and by the invocation of precedents, being used the *topica* as ruling and argumentative resource. The essential nucleus of the vested right, for the Supreme Federal Court, is that nucleus that is defined for each concrete case. It was concluded that the vested right is an opened question, since the search of premises, in the case of the vested right, is infinite, and new situations that will demand a new verification of the existence or not of the vested right will always appear.

Word-key: Vested right - essential nucleus - Brazilian legal system - Supreme Federal Court - argumentation - *topica* - opened question.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1 – O DIREITO INTERTEMPORAL E SEUS FENÔMENOS...	10
1.1 Considerações iniciais.....	10
1.2 Intertemporalidade jurídica e Direito Intertemporal.....	10
1.3 Os fatos e o tempo.....	15
1.4 Retroatividade, imediatidade e ultratividade das leis.....	18
1.4.1 Retroatividade das leis.....	18
1.4.2 Imediatidade das leis.....	21
1.4.3 Ultratividade das leis.....	24
CAPÍTULO 2 – O DIREITO ADQUIRIDO COMO CATEGORIA DO DIREITO INTERTEMPORAL.....	28
2.1 Perspectivas históricas.....	28
2.2 Perspectivas teóricas.....	34
2.2.1 A teoria subjetivista.....	35
2.2.2 A teoria objetivista.....	42
CAPÍTULO 3 – O DIREITO ADQUIRIDO NO BRASIL.....	50
3.1 Evolução histórica nas constituições brasileiras.....	50
3.2 O art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988.....	55
3.2.1 Direito adquirido e princípio da irretroatividade.....	56
3.2.2 Destinatários da regra constitucional.....	60
3.2.3 Direito adquirido em face do Poder Constituinte Originário e do Poder Constituinte Derivado.....	62
3.2.4 Direito adquirido e leis de ordem pública.....	70
3.2.5 Direito adquirido e leis interpretativas.....	73
3.2.6 O art. 5º da Constituição de 1988 como norma de eficácia plena.....	75
3.3 O art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.....	79
3.3.1 A regra explícita do efeito imediato e geral das leis e a proteção ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada.....	80
3.3.2 Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.....	81
3.3.3 Direito adquirido e expectativa de direito.....	85
3.3.4 O § 2º, do art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e a definição de direito adquirido.....	87

CAPÍTULO 4 – A BUSCA PELO NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO ADQUIRIDO.....	90
4.1 Considerações iniciais.....	90
4.2 O princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.....	91
4.3 O núcleo essencial do direito adquirido segundo a doutrina brasileira.....	97
4.4 A necessidade do alcance do núcleo essencial do direito adquirido na jurisprudência.....	100
CAPÍTULO 5 – O DIREITO ADQUIRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	102
5.1 Direito adquirido no Supremo Tribunal Federal: questão constitucional ou infraconstitucional?.....	103
5.2 A existência ou a inexistência do direito adquirido: alguns julgados do Supremo Tribunal Federal por áreas do Direito.....	107
5.2.1 Direito adquirido e Direito Civil.....	107
5.2.2 Direito adquirido e Execução Penal.....	110
5.2.3 Direito adquirido e Administração Pública.....	111
5.2.4 Direito adquirido e Direito Tributário.....	113
5.2.5 Direito adquirido e Servidor Público.....	115
5.2.5.1 Direito adquirido e regime jurídico.....	115
5.2.5.2 Direito adquirido e estabilidade financeira.....	117
5.2.5.3 Direito adquirido e irredutibilidade de vencimentos.....	118
5.2.5.4 Direito adquirido e servidores celetistas convertidos em estatutários.....	121
5.2.5.5 Direito adquirido e concessão de aposentadoria.....	122
CAPÍTULO 6 – O PROCEDIMENTO ARGUMENTATIVO E DECISÓRIO UTILIZADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SUAS DECISÕES ACERCA DO DIREITO ADQUIRIDO.....	125
6.1 Considerações preliminares.....	125
6.2 O Supremo Tribunal Federal e a subsunção quando do reconhecimento ou da negação do direito adquirido.....	125
6.3 O método tópico empregado pelo Supremo Tribunal Federal no procedimento argumentativo das decisões que envolvem o direito adquirido.....	137

CAPÍTULO 7 – DIREITO ADQUIRIDO: UMA QUESTÃO EM ABERTO.....	148
7.1 Considerações preliminares.....	148
7.2 O núcleo essencial do direito adquirido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	148
7.3 O direito adquirido como uma questão em aberto.....	161
CONCLUSÃO.....	173
REFERÊNCIAS.....	185

INTRODUÇÃO

Ensinam os doutrinadores que o mundo jurídico vive da interação dinâmica de dois campos da realidade: um de natureza ideal-objetiva e outro de natureza estritamente material. O campo ideal objetivo da realidade é o plano normativo, isto é, o plano idealmente construído pelas formulações jurídico-normativas, que determinam o que deve, o que pode ou o que não deve ser feito pelos homens que se encontram sujeitos à sua incidência, sob pena de sanção estatal. O outro campo, de natureza estritamente material, é o plano fático, ou seja, o plano da realidade empírica propriamente dita.

É complexo combinar a dinâmica dos fatos da vida e a dinâmica da mutabilidade das normas jurídicas. Assim, quando se trilha o plano normativo e se alcança o plano fático, procurando deixar o campo da abstração para atuar na realidade concreta, quando intenta-se aplicar os esquemas normativos rígidos à flexível e cambiante realidade, surge o conflito entre o antigo e o novo esquema normativo, reclamando ambos a primazia de disciplinar a realidade.

Esse conflito, saliente-se, deve ser resolvido tendo em conta duas preocupações fundamentais, mas também conflitantes entre si. De um lado está o progresso das instituições jurídicas, que têm de se adequar continuamente às sempre renovadas necessidades de uma sociedade em permanente transformação, nos aspectos político, econômico e social. De outro lado, está a necessidade de assegurar aos particulares a estabilidade, ou segurança, imprescindível ao desenvolvimento de suas atividades.

A ciência incumbida de oferecer soluções aos problemas acima apresentados é o Direito Intertemporal. É no contexto do Direito Intertemporal que emerge a proteção ao direito adquirido, como uma das soluções oferecidas ao longo da história do Direito para resolver questões atinentes ao conflito de leis no tempo.

Diversos foram os teóricos, a exemplo do italiano CARLO FRANCESCO GABBA e do francês PAUL ROUBIER, que se dedicaram ao

estudo do direito adquirido, buscando deslindar o instituto e atingir sua precisa compreensão.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição de 1988 contempla o respeito ao direito adquirido no inciso XXXVI, do art. 5º, situado no Capítulo I, referente aos “Direitos e deveres individuais e coletivos”, inserido no Título II, denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”.

A proteção ao direito adquirido foi alçada à condição de direito fundamental no Brasil hodierno.

Nesse sentido, a exemplo do que já haviam feito as Constituições de 1934, 1946 e 1967, a Constituição de 1988 disciplina a proteção ao direito adquirido nos seguintes termos:

A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Em uma rápida leitura, é fácil constatar que o constituinte não definiu os elementos que caracterizam o direito adquirido e tampouco lhe ofereceu qualquer definição.

O legislador infraconstitucional definiu o direito adquirido no art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Lei n. 3.238/1957), seguindo a definição apresentada nas antigas leis de introdução ao Código Civil (Lei n. 3.071/1916 e Decreto-Lei n. 4.657/1942). Vejamos:

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

Verifica-se que a supracitada definição não é esclarecedora. O conceito de direito adquirido é apresentado de forma tautológica, redundante e imprecisa.

Diversos doutrinadores brasileiros têm tentado destrinçar o sentido da definição constante da Lei de Introdução ao Código Civil. Entendem que assim melhor compreenderão o direito adquirido. Outros há que muito têm se esforçado para definir doutrinariamente o direito adquirido, entendendo ser possível uma conceituação e uma conseqüente delimitação teórica em abstrato

do instituto, a ser aplicada a todos os casos que envolvam a alegação de desrespeito ao direito adquirido.

No entanto, uma linha aparentemente de menor resistência conduz a que se aceite, diante da complexidade do instituto, que a definição autêntica do direito adquirido seja aquela enunciada pelo STF, no julgamento de cada caso em particular.

Em que pese a inexistência de uniformidade na definição do conteúdo do direito adquirido no sistema jurídico brasileiro, o princípio do respeito ao direito adquirido, de fundamental importância para o Estado Democrático de Direito, tem sido constantemente invocado em toda a sorte de argumentações e é freqüentemente utilizado como fundamento de teses jurídicas levadas aos tribunais pátrios.

Alega-se que há direito adquirido a regime jurídico, à irredutibilidade de vencimentos e salários, à estabilidade funcional, a situações constituídas sob o império de uma ou outra lei e etc.

Diante deste contexto, surgem, então, os esperados questionamentos: O que é o direito adquirido? Qual o seu núcleo essencial? É possível e viável uma delimitação teórica do conteúdo do direito adquirido no sistema jurídico brasileiro?

Objetiva-se, com a presente dissertação, procurar e fornecer algumas respostas às supramencionadas perguntas, de maneira a contribuir para a melhor compreensão do princípio do respeito ao direito adquirido e do conteúdo do direito adquirido.

O tema a ser pesquisado é por demais relevante, porquanto o direito adquirido, como já se ressaltou, é direito fundamental e apresenta complexa conceituação. Amparados em alegações de violação ao direito adquirido, inúmeros recursos sobem diariamente aos diversos tribunais brasileiros e, derradeiramente, ao Supremo Tribunal Federal, para ali receberem, o mais das vezes, a última e definitiva interpretação do direito que será efetivamente aplicado.

Daí ressaí um dos aspectos relevantes da presente pesquisa, eis que a correta compreensão e utilização do direito adquirido é pressuposto

para a concretização da segurança jurídica, valor fundamental do Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva, todos os cidadãos devem ter a certeza do direito, ou seja, a possibilidade de conhecimento prévio das conseqüências de seus atos, visando a estabelecer a confiança na ordem jurídica, de modo que esta apresente um mínimo de previsibilidade.

Visando a encontrar respostas aos questionamentos acima indicados, optou-se em percorrer a trajetória que será a seguir exposta.

O primeiro capítulo tratará do Direito Intertemporal e seus fenômenos, por ser a questão do direito adquirido inerente ao conflito de leis no tempo.

Imprescindível, assim, é o esclarecimento preliminar de alguns fenômenos concernentes ao Direito Intertemporal, que são mencionados, com freqüência, nas questões que envolvem o direito adquirido. Nesse contexto, serão estudados, no primeiro capítulo: a temporalidade jurídica; a intertemporalidade jurídica; os fatos passados, pendentes, presentes e futuros; a retroatividade, a imediatidade e a ultratividade das leis.

No segundo capítulo, o direito adquirido será situado como categoria do Direito Intertemporal. Assim, será analisada a evolução histórica do Direito Intertemporal, para que se identifique o momento em que surgiu o direito adquirido como uma das soluções apresentadas, ao longo da história do Direito, para resolver questões atinentes ao conflito de leis no tempo.

Considerando que, dentre as correntes teóricas acerca do Direito Intertemporal, a teoria subjetivista desenvolvida segundo a perspectiva de GABBA, e a teoria objetivista desenvolvida segundo a perspectiva de ROUBIER, foram as que mais influenciaram a legislação e a doutrina pátrias no que tange à definição do direito adquirido, o capítulo segundo analisará, também, as referidas teorias.

Situado o direito adquirido como categoria de Direito Intertemporal, e superada a análise do direito adquirido no campo da Teoria Geral do Direito, incumbir-se-á o terceiro capítulo deste trabalho em abordar o direito adquirido no direito positivo pátrio, notadamente no que concerne às

questões suscitadas no âmbito do Direito Constitucional e do Direito Civil brasileiro.

Na seara do Direito Constitucional pátrio, inicialmente, será examinada a evolução histórica do direito adquirido nas constituições brasileiras. Em seguida, empreender-se-ão esforços para melhor compreender o significado do disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988; procurar-se-á esclarecer algumas questões relacionadas à interpretação do referido dispositivo constitucional. Assim, será averiguado se o princípio da irretroatividade das leis encontra assento no art. 5º, XXXVI da Constituição brasileira. Tentar-se-á identificar se o referido texto constitucional sofreu a influência de alguma das teorias comentadas no capítulo segundo desta dissertação. Serão investigados, ademais, os destinatários da referida regra constitucional, bem assim a existência de direito adquirido em face do Poder Constituinte Originário e do Poder Constituinte Derivado. Buscar-se-á descobrir, também, se o princípio do respeito ao direito adquirido se aplica às leis de ordem pública e às leis interpretativas. Por fim, será estabelecido se a citada norma do art. 5º, XXXVI, se enquadra como norma de eficácia plena, contida ou limitada, a fim de se esclarecer a respeito da efetiva possibilidade de o legislador infraconstitucional definir o direito adquirido.

No âmbito do Direito Civil brasileiro, será analisado o art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Será, primeiramente, examinado o *caput* do referido dispositivo legal, de maneira a tentar identificar se o referido texto sofreu a influência de alguma das teorias abordadas no capítulo segundo desta dissertação. Serão conceituados o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e a expectativa de direito, de modo a diferenciá-los do direito adquirido. Por derradeiro, será abordada a definição de direito adquirido apresentada no art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, para verificar se esse dispositivo ultrapassou os limites estabelecidos pelo texto constitucional em sua sistematicidade material e formal.

Finalizado o estudo do direito adquirido no ordenamento jurídico brasileiro, segue o capítulo quatro, intitulado "A busca pelo núcleo essencial do direito adquirido".

Diante da impossibilidade de se compreender o significado e o conteúdo essencial do direito adquirido através da leitura e análise do art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, e do art. 6º, § 2º, da LICC, será utilizado, inicialmente, como hipótese de solução, o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, para se esclarecer o significado do núcleo essencial de um direito fundamental.

Enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto princípio constitucional imanente, o princípio da proteção ao núcleo essencial, como será analisado, tem por objetivo evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desproporcionais ou desmesuradas.

No que tange ao significado do núcleo essencial de um direito fundamental, pode-se vislumbrar na doutrina alemã duas diferentes teorias a respeito do tema, designadas como absolutas e relativas.

Para a teoria absoluta, todo direito fundamental teria um núcleo essencial passível de ser teoricamente delimitado, no qual estariam inseridos os modos típicos de seu exercício. Este núcleo essencial é compreendido como unidade substancial autônoma que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa.

Para a teoria relativa, o núcleo essencial dos direitos fundamentais deve ser definido para cada caso concreto, à luz do direito restringido. O núcleo essencial seria, então, aferido através da utilização de um processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade. Segundo os adeptos da teoria relativa, o tamanho do conteúdo essencial só pode ser mensurado em face de um conflito específico, ou seja, quando estiverem em jogo valores comprimindo-se reciprocamente.

Estudados os fundamentos do princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, proceder-se-á à verificação do núcleo essencial do direito adquirido na visão da doutrina brasileira.

Cogita-se que grande parte dos doutrinadores brasileiros entende ser possível uma conceituação e uma conseqüente delimitação teórica

em abstrato do direito adquirido, adotando-se a teoria absoluta da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Não obstante restar fixada pela doutrina brasileira uma concepção teoricamente delimitada do direito adquirido como sendo o seu núcleo essencial, tem-se, como hipótese de trabalho, que a utilização de uma definição em abstrato do direito adquirido não é o melhor caminho para identificar a sua essência e para verificar o seu eventual respeito ou prejuízo pela lei nova.

Assim, como hipótese de solução para tentar alcançar o núcleo essencial do direito adquirido serão utilizados os fundamentos da teoria relativa da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, sob a perspectiva desenvolvida por PETER HÄBERLE na obra *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, admitindo-se, em princípio, que a percepção do núcleo essencial do direito adquirido só pode ser feita através da análise de casos concretos. Se é através da análise dos casos decididos que se extrai a essência da definição de direito adquirido, imprescindível examinar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal é a Corte de Justiça que, no controle concentrado e, em grau de recurso, no controle difuso, profere a última palavra na jurisdição constitucional brasileira, sendo, por isso, dotado de um papel indispensável nas leituras da comunidade jurídica a respeito dos direitos fundamentais. Assim, o capítulo quinto se destinará à análise do direito adquirido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Como hipótese de solução, será feito um exercício de sistematização da jurisprudência do STF, examinando-se alguns julgados em que se tenha afirmado ou negado a existência do direito adquirido, em áreas distintas do Direito, a saber: a) direito adquirido e Direito Civil; b) direito adquirido e Execução Penal; c) direito adquirido e Administração Pública; d) direito adquirido e Direito Tributário; e) direito adquirido e Servidor Público.

Para melhor identificar o núcleo essencial do direito adquirido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, será investigado, no sexto

capítulo, o procedimento argumentativo e decisório utilizado por ele quando da afirmação ou negação do direito adquirido, a partir da análise do inteiro teor de dois acórdãos prolatados pela Corte que demonstrem o procedimento argumentativo e decisório usualmente adotado pelo Supremo Tribunal Federal nesses casos.

Procurar-se-á desvendar se o STF utiliza algum referencial dogmático para reconhecer a existência ou não de direito adquirido. Cogita-se, como hipótese de solução, que o Supremo Tribunal Federal não utiliza a subsunção, mas utiliza o raciocínio tópico para reconhecer ou não o direito adquirido. Nesse contexto, será estudada a tópica, sob a perspectiva desenvolvida por THEODOR VIEHWEG, como instrumental de solução de problemas na Ciência do Direito.

Como será exposto na dissertação, VIEHWEG divide a tópica em tópica de primeiro grau e em tópica de segundo grau. A primeira é aquela que resulta de um procedimento em que se está diante de um problema para o qual não existe um referencial decisório prévio, sendo necessário oferecer imediatamente uma solução, buscando-se premissas que sejam adequadas. A segunda corresponde ao procedimento segundo o qual se parte de pontos de vista consolidados, contidos nos catálogos de *topoi*, muito importantes e largamente aceitos, que se legitimam porque foram aceitos por homens notáveis.

Assim, procurar-se-á verificar se o STF, em não havendo um referencial decisório prévio sobre determinada situação que envolva o direito adquirido, utiliza a tópica de primeiro grau para oferecer imediatamente uma solução. Será, ainda, investigado se o Tribunal utiliza a tópica de segundo grau, quando parte de pontos de vista consolidados para reconhecer ou não o direito adquirido em uma determinada hipótese.

Posteriormente, desenvolvida a metodologia narrada acima, procurar-se-á identificar, no sétimo capítulo, o núcleo essencial do direito adquirido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de maneira a verificar se é possível descobrir a essência e os contornos do direito adquirido através da análise da jurisprudência do STF no tocante ao direito adquirido e

se o STF se apóia em critérios técnicos e uniformes para decidir sobre o direito adquirido.

Em remate, serão expostas algumas idéias a respeito do significado do direito adquirido, do seu núcleo essencial e da possibilidade e viabilidade de uma delimitação teórica do conteúdo do direito adquirido no sistema jurídico brasileiro.

CAPÍTULO 1

O DIREITO INTERTEMPORAL E SEUS FENÔMENOS

1.1 Considerações iniciais

O presente capítulo destina-se ao estudo do Direito Intertemporal e seus fenômenos. Para tanto, serão estabelecidas, inicialmente, as definições de temporalidade jurídica e intertemporalidade jurídica. Em seguida, será conceituado o Direito Intertemporal e serão apresentadas as denominações propostas por alguns autores, para a elaboração de uma teoria geral acerca do conflito de leis no tempo.

Posteriormente, serão expostos e diferenciados os fatos passados, pendentes, presentes e futuros. Depois, tratar-se-á da retroatividade, imediatidade e ultratividade das leis.

1.2 Intertemporalidade jurídica e Direito Intertemporal

Antes de apresentar a definição de intertemporalidade jurídica, importante se faz conceituar a temporalidade jurídica. JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO¹, em sua obra “Da retroatividade da lei”, discorre sobre a temporalidade jurídica.

Ensina o mencionado autor que a vida no mundo jurídico se dá pela interação dos planos normativo e fático da realidade. O movimento peculiar de cada um destes dois planos acaba por propiciar duas perspectivas temporais no ordenamento: a) a perspectiva temporal qualificada pelo movimento verificado exclusivamente no plano normativo; b) a perspectiva temporal relativa ao fenômeno jurídico produzido pela conjugação do movimento do plano normativo com o movimento do plano fático. Prossegue o autor, definindo a temporalidade jurídica como a unidade temporal em fluxo, constituída pelas perspectivas temporais motivadas pelos movimentos do plano

¹ CARDOZO, José Eduardo Martins. **Da retroatividade da lei**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, pp. 32-33.

normativo e da realidade fática que com este se associa em um dado ordenamento jurídico.²

Observa o autor que a temporalidade jurídica, no sentido acima adotado, somente pode ser identificada enquanto tal em situações jurídicas tipificadas pelo movimento sucessivo de normas, seja isoladamente considerado, seja na sua interação com a realidade em fluxo. Pode-se, então, afirmar que a temporalidade jurídica pressupõe um processo dinâmico de sucessão de normas, que, por sua vez, supõe a existência individualizada de entes normativos que, com uma ontologia própria, substituem-se no tempo jurídico.

Conclui CARDOZO que os limites temporais do domínio de vigência das normas jurídicas situam-se no fluxo da temporalidade jurídica e podem ser analisados tanto a partir da perspectiva temporal qualificada exclusivamente pelo movimento do plano normativo, como a partir da perspectiva temporal qualificada pelo movimento integrado do plano normativo com a realidade em fluxo.

A partir desta conclusão, CARDOZO apresenta a sua definição de intertemporalidade jurídica, *verbis*:

Intertemporalidade jurídica é o fenômeno jurídico vivenciado ao longo do fluxo da temporalidade jurídica, no momento em que nesta são encontrados os limites das dimensões temporais dos domínios de vigência de duas normas que cronologicamente se sucedem. É, em síntese, a situação jurídica tipificada quando uma norma sucede a outra no campo temporal.³

Destaca o autor que o fenômeno da intertemporalidade jurídica pode ser analisado em qualquer das duas perspectivas temporais que integram a temporalidade jurídica. Assim, é possível sua análise tanto ao longo do movimento do plano normativo isoladamente considerado, quanto ao longo do movimento do plano normativo conjugado com o plano fático. Partindo desta afirmação, o autor desdobra o fenômeno da intertemporalidade em duas

² Idem, *Ibid.*, p. 32.

³ Idem, *Ibid.*, p. 33.

espécies distintas: a intertemporalidade não conflitual e a intertemporalidade conflitual das normas jurídicas.⁴

A intertemporalidade não conflitual é definida como a expressão do fenômeno denominado intertemporalidade, que se manifesta na perspectiva temporal propiciada exclusivamente pelo movimento jurídico no plano estritamente normativo. Abrange, em linhas gerais, os problemas relativos ao início e ao fim da vigência de uma norma jurídica, em si mesmos considerados.

Já a intertemporalidade jurídica conflitual é definida como a expressão do fenômeno denominado intertemporalidade, que se manifesta na perspectiva temporal propiciada pela apreciação conjunta e interativa dos movimentos compreendidos pelo plano normativo e pelo plano fático. Engloba, assim, as questões acerca da aplicabilidade das normas a fatos acontecidos antes e durante a sua vigência, bem assim a ofensa por uma lei a uma situação jurídica pré-estabelecida e etc.⁵

WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA estuda e define a intertemporalidade sob perspectiva diversa daquela apresentada por CARDOZO. BATALHA entende que intertemporalidade jurídica e Direito Intertemporal são sinônimos e conceitua a intertemporalidade como “o conjunto de soluções adequadas a atenuar os rigores da incidência do tempo jurídico com o seu poder cortante e desmembrador de uma realidade que insta e perdura”.⁶

⁴ CARDOZO, José Eduardo Martins, op. cit., pp. 33-35.

⁵ Importante registrar a discordância de Elival da Silva Ramos e Carlos Young Tolomei quanto à distinção da intertemporalidade em conflitual e não conflitual, apresentada por José Eduardo Martins Cardozo. Defendem estes autores que toda a intertemporalidade é potencialmente conflitual, na medida em que o fenômeno da sucessão das leis no tempo, sob qualquer aspecto que se analise, deve ser visto de uma perspectiva que conjugue os planos normativo, *stricto sensu*, e fático, sob uma perspectiva fático-normativa, que é aquela da aplicação da norma jurídica. Cf. RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 23-24, e TOLOMEI, Carlos Young. **A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional: uma perspectiva sistemático-axiológica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 43-44.

⁶ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito Intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 17.

Observe-se que o ilustre autor confunde o fenômeno da intertemporalidade, em si, com o conjunto de proposições que se fazem para solucionar os impasses jurídicos criados pelo referido fenômeno. A intertemporalidade não é um conjunto de soluções, mas, sim, um fenômeno que se insere na temporalidade jurídica e que suscita uma série de problemas e questões passíveis de serem solucionados pelo Direito Intertemporal. Somente este fornece um conjunto de soluções ao conflito de leis no tempo.

Cumprido, portanto, expor a definição de Direito Intertemporal que mais se coaduna com o posicionamento antes apresentado. O Direito Intertemporal é “o conjunto formado pelas normas jurídicas e proposições doutrinárias, que têm por objetivo dimensionar e solucionar os problemas da intertemporalidade jurídica, em todas as perspectivas temporais em que esta se faz projetar”.⁷

O conceito acima transcrito foi elaborado por JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, para quem a expressão Direito Intertemporal engloba tanto o campo da intertemporalidade não conflitual, como o campo da intertemporalidade conflitual das normas jurídicas.

Cumprido, entretanto, ressaltar que, apesar de adotar-se, doravante, a definição de Direito Intertemporal exposta por CARDOZO, a expressão Direito Intertemporal deve abranger tão-somente o conjunto de soluções destinadas a resolver os problemas pertinentes à intertemporalidade jurídica conflitual. Este também é o entendimento de CARLOS MAXIMILIANO, para quem o conflito de leis no tempo é o objeto do Direito Intertemporal.⁸

A expressão Direito Intertemporal foi introduzida, inicialmente, pelo alemão AFFOLTER⁹. Compreende a aplicação sucessiva das normas atinentes às diferentes ordens jurídicas, tanto às civis, como às penais, processuais, constitucionais ou administrativas. Traça preceitos gerais, tendentes a resolver questões de aplicação, no tempo, de quaisquer leis,

⁷ CARDOZO, José Eduardo Martins, op. cit., p. 36.

⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946, p. 9.

⁹ Cf. AFFOLTER, Friedrich. **Geschichte des Intertemporalen Privatrechts**. Leipzig, 1902.

nacionais ou estrangeiras e indica ao juiz qual o sistema jurídico sobre o qual ele deve basear a sua decisão.¹⁰

O Direito Intertemporal fixa o alcance do império de duas normas que se seguem. Tem por objeto determinar os limites do domínio de cada uma dentre duas disposições jurídicas consecutivas sobre o mesmo assunto. Regula, portanto, a aplicação da lei no tempo, o que sempre foi considerado um dos problemas mais sérios, árduos e complexos da ciência do Direito.

É de bom alvitre ressaltar que a expressão Direito Intertemporal é a mais adequada para expressar uma verdadeira teoria geral acerca do conflito de leis no tempo. Entretanto, renomados autores sugeriram, ao longo da história, diversas outras denominações.

Alguns autores preferiram sintetizar a questão do conflito das leis no tempo através da expressão “Direito Transitório”, tais como GAETANO PACE¹¹ e PAUL ROUBIER¹². Entretanto, essa expressão tem sido bastante criticada, principalmente, pela imprecisão semântica que acarreta. GABBA, ao tecer comentários acerca da aludida expressão, afirma que ela poderia sugerir que os próprios princípios ou regras que compõem o direito seriam em si mesmos transitórios, o que não corresponde à realidade.¹³

Outros autores, como FERDINAND LASSALLE¹⁴, preferem a expressão “Teoria dos Direitos Adquiridos”. Esta expressão, para quem se propôs elaborar uma autêntica teoria explicativa do conflito de leis no tempo, como LASSALLE, é de todo inadequada. Só pode ser utilizada com acerto por quem se proponha discutir o tema em ótica dogmática, à luz de um sistema de direito positivo que adote o conceito de direito adquirido para solucionar problemas relativos à intertemporalidade jurídica.

¹⁰ Cf. MAXIMILIANO, Carlos, *Ibid.*, pp. 7-8.

¹¹ Cf. PACE, Gaetano. **Il Diritto Transitório con particolare riguardo al diritto privato**. Milano: Casa Editrice Ambrosiana, 1944. É esta a denominação utilizada por Gaetano Pace.

¹² Cf. ROUBIER, Paul. **Le Droit Transitoire**. Paris: Dalloz et Sirey, 1960.

¹³ GABBA, C F. **Retroattività Delle Leggi**. 3ª ed. Milão-Roma-Nápoles: Utet, v. I, 1891, p.12.

¹⁴ Cf. LASSALLE, Ferdinand. **Theorie Systematique des Droits Acquis**, 2 vol., Paris:V. Giard & E. Briere, 1904.

Há também as expressões “Teoria da Retroatividade das Leis” e “Teoria da Irretroatividade das Leis”. Elas são normalmente as preferidas pelos tratadistas, a exemplo de GABBA, que denomina sua obra “Retroattività Delle Leggi”.¹⁵ Contudo, essas duas expressões também merecem críticas. Elas se limitam a fazer referência explícita ou implícita aos efeitos “retroativos” das leis.

Entretanto, a questão da intertemporalidade conflitual das normas também se coloca no plano dos efeitos imediatos projetados por estas. Assim, ambas as expressões parecem não apropriadas para rotular uma autêntica teoria geral acerca do tema.

A melhor expressão para designar uma teoria geral sobre o conflito de leis no tempo é “Direito Intertemporal”.

É bem verdade que existem três tempos: o passado, o presente e o futuro. É também verdade que toda norma jurídica opera a partir da descrição de fatos, aos quais atribui determinados efeitos. Assim, no tópico seguinte, os fatos serão situados no tempo, definindo-se os conceitos de fatos passados, presentes, pendentes e futuros, para, posteriormente, fazer-se a distinção entre retroatividade, imediatidade e ultratividade das leis.

1.3 Os fatos e o tempo

Estruturalmente, toda norma tem duas partes: uma descritiva e outra prescritiva. A primeira parte descreve fatos, situações ou circunstâncias que, quando ocorrem, produzem determinadas conseqüências.¹⁶

À caracterização do fato, que é a parte descritiva da norma, pode ser dado o nome de pressuposto, ou fatispécie (do termo italiano *fattispecie*), hipótese de incidência, ou ainda, suporte fático. À parte prescritiva da norma, que se refere ao tratamento jurídico, podem ser dadas as

¹⁵ Cf. GABBA, C. F., 1891, *passim*.

¹⁶ Cf. NORONHA, Fernando. **Retroatividade, Eficácia Imediata e Pós-atividade das Leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de Direito Intertemporal.** Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 23, p. 91-110, abril-junho de 1988, p. 95.

denominações estatuição, dispositivo, preceito, ou ainda, conseqüência jurídica.

Em matéria de Direito Intertemporal, é de notável importância a distinção entre fatispécie e estatuição, uma vez que os problemas desta área do direito nascem da circunstância de que duas normas, uma antiga e outra nova, conferem tratamento diferente às situações concretas que constituem seu pressuposto comum.

Assim, caso se tenha presente a distinção entre fatispécie e estatuição e, por outro lado, considerando-se a divisão do tempo em passado, presente e futuro, fácil se torna situar os fatos no tempo.

Tendo como ponto de referência o momento em que a lei entra em vigor, podem-se considerar fatos passados os que tiveram curso em momento anterior à entrada da lei em vigor; fatos presentes os que têm sua existência normativa no exato momento da entrada da lei em vigor; já os fatos futuros são aqueles posteriores ao início de vigência da lei, incluindo-se os posteriores a sua revogação.

Há também que se considerar uma quarta categoria, a dos fatos pendentes. Tais fatos podem ser definidos como aqueles que, iniciados anteriormente à vigência da lei, prolongam-se no tempo para continuar o seu desenrolar após o início da aludida vigência, ultrapassando, assim, esse marco temporal¹⁷.

No âmbito do Direito Intertemporal, em que o problema se restringe às conseqüências da mudança da legislação sobre fatos da vida real, não há interesse em se considerar a repercussão da mudança de legislação sobre todos e quaisquer fatos ou situações jurídicas.¹⁸

Não despertam interesse aqueles fatos passados, definitivamente extintos, pois não podem ser mudados e não é possível alterar as conseqüências jurídicas que outrora produziram. Assim, a lei nova jamais poderá lhes ser aplicável.

¹⁷ RAMOS, Elival da Silva, op. cit., pp. 24-25.

¹⁸ Cf. NORONHA, Fernando, cit., pp. 99-100.

Por outro lado, também não há interesse nos fatos que surgem após a vigência da lei nova (fatos presentes e futuros), sem nenhum ponto de contato com situações e fatos anteriores. A esta lei revogada nunca poderá ser aplicável. Logo, quando uma lei é pura e simplesmente aplicável a fatos que nascem e produzem todos os seus efeitos durante o tempo de sua vigência, não há sequer que cogitar de conflito de leis.

Excluídas as hipóteses que não apresentam interesse para o Direito Intertemporal, ter-se-á que, para este, o que importa considerar são apenas os fatos pendentes, pois somente eles apresentam ligações tanto com o passado, quanto com respeito ao presente, tanto com a lei antiga, quanto com a lei nova.

Consoante os ensinamentos de FERNANDO NORONHA, os fatos pendentes podem ser de quatro tipos:

Primeiro estarão as situações que se encontravam em curso de constituição ou de extinção no momento da mudança de legislação: serão casos em que o pressuposto de aplicação das duas normas em conflito é constituído por diversos fatos, alguns verificados ao tempo da lei antiga e outros ao tempo da nova, constituindo um todo que ainda pode ser considerado, à luz da lei nova, como *fato presente*. Em segundo lugar estarão os fatos inteiramente verificados ao tempo da lei anterior, mas sobre os quais havia litígio ainda não objeto de decisão judicial à data da mudança legislativa: à luz da lei nova aqui teremos *fatos passados*, mas ainda sem solução definitiva ao tempo da sua entrada em vigor. Em terceiro lugar ainda poderão ser incluídos entre os *facta pendentia* os casos que nascem após a lei nova, mas no desenvolvimento de situações constituídas anteriormente: também estes fatos têm alguns elementos próprios de fatos passados e outros característicos de fatos presentes; perdurando ao tempo da lei nova, estas situações e as conseqüências que forem produzindo ainda poderão também ser incluídas entre os *fatos presentes*. Em quarto e último lugar, teremos os fatos que eram tidos como jurídicos ao tempo da lei velha e que a nova suprime; pelo menos no momento da mudança de legislação eles eram pendentes, mesmo que à luz da lei nova devam ser considerados como *fatos passados*.¹⁹

Esclarecidas as definições de fatos passados, pendentes, presentes e futuros, cumpre analisar a efetiva incidência e aplicação da lei no

¹⁹ NORONHA, Fernando, op. cit., p. 99.

tempo, através do estudo da retroatividade, da imediatidade e da ultratividade das leis.

1.4 Retroatividade, imediatidade e ultratividade das leis

Pode a lei nova atingir situações jurídicas iniciadas e terminadas antes de sua vigência. Pode também incidir sobre as situações jurídicas iniciadas na vigência da lei nova, ou as decorrentes de pressupostos de variada espécie, alguns verificados na vigência da lei antiga, outros na vigência da lei nova.

Sob esse aspecto, é possível vislumbrar três situações possíveis de comportamento da lei nova em face da lei antiga: a) a retroatividade da lei nova; b) a imediatidade da lei nova; c) a ultratividade da lei antiga.

Serão abordadas, em seguida, separadamente, as mencionadas situações.

1.4.1 Retroatividade das leis

Dificuldades ainda imperam na formulação do conceito de retroatividade da lei. JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO aponta a existência de duas grandes vertentes doutrinárias na elaboração deste conceito.²⁰

Uma primeira vertente é considerada a partir da definição do momento temporal em que tiveram origem as realidades jurídicas atingidas pela ação da norma legislativa. O conceito de retroatividade, nesta perspectiva, se fundaria na localização temporal do momento em que tiveram nascimento ou foram gerados os fatos, os direitos, os efeitos ou as situações jurídicas que se colocam sob a incidência da lei nova.

Assim, uma lei seria retroativa sempre que viesse a agir sobre realidades jurídicas geradas sob o império da lei antiga (direitos adquiridos, situações jurídicas, fatos realizados, relações jurídicas, seguidos dos respectivos efeitos), independentemente de se projetar ou não a ação criadora,

²⁰ Cf. CARDOZO, José Eduardo Martins, op. cit., p. 253 e ss.

modificadora ou extintiva, do novo diploma legal, para período anterior ao da sua entrada em vigor. VAREILLES-SOMMIÉRS foi, dentre outros, expressivo defensor dessa particular forma de conceituar a retroatividade²¹.

A outra vertente doutrinária identifica o conceito de retroatividade estritamente com a ação da lei sobre o período de tempo que antecede o início da sua vigência. “Retroativas”, nesta concepção, são apenas as leis que projetam efeitos sobre o passado. Nesta dimensão pode ser enquadrada a conceituação proposta por PAUL ROUBIER²². Para ele, a retroatividade é a ofensa da lei aos fatos jurídicos anteriores e aos seus efeitos também anteriores.

Inegável é que a segunda vertente doutrinária mostra-se mais apropriada para explicar o fenômeno da retroatividade. Na definição de retroatividade não se pode pretender vislumbrar a atuação sobre o presente ou o futuro de uma norma legislativa. Falar de retroatividade da lei é referir-se sempre à sua ação pretérita, ou seja, à sua ação projetada para período anterior ao da sua vigência, de forma a atingir e modificar realidades fáticas já verificadas.

Dentro desta perspectiva, CARDOZO assim caracteriza a retroatividade das leis:

Retroativa é toda norma legal que valorativamente invade e altera o período de tempo anterior ao início da sua própria vigência, seja por descrever na sua hipótese, isoladamente ou não, elemento fático realizado no passado, seja por definir preceito que implique em modificação jurídica de realidade pretérita²³.

Importante, também, é apresentar o conceito de efeito retroativo, segundo PONTES DE MIRANDA:

O efeito retroativo, que invade o passado, usurpa o domínio da lei que já incidiu, é efeito de hoje, riscando, cancelando o efeito

²¹ Cf. VAREILLES-SOMMIÉRES, de. **Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois, in Revue critique de législation et de jurisprudence**. Paris, Tome XXII, 1893.

²² Cf. ROUBIER, Paul, cit., p. 370.

²³ CARDOZO, José Eduardo Martins, cit. p. 276.

pretérito: o hoje contra o ontem, o voltar no tempo, a reversão na dimensão fisicamente irreversível²⁴.

MATOS PEIXOTO²⁵ classifica a retroatividade em máxima, média e mínima, baseando-se na maior ou menor lesão ao patrimônio. Por isso, para ele, tais espécies englobam-se sob uma denominação comum: retroatividade injusta. Contrapõe-se-lhe a retroatividade justa, que não causa danos ao patrimônio. Atente-se para os conceitos de cada modalidade de retroatividade.²⁶

A retroatividade *máxima* ocorre quando a lei nova ataca, por exemplo, a coisa julgada e os fatos consumados, prejudicando o que já se consumou no passado e cujos efeitos também se extinguíram no passado. Ela fere, fundamentalmente, o princípio da segurança jurídica, com a desconstituição de atos ou fatos, e conseqüentemente, de seus efeitos, que já se produziram e, portanto, já se exauriram no passado.

A título de exemplo, pode-se mencionar, ao longo da história, a decretal de Alexandre III que, em ódio à usura, mandou os credores restituírem os juros recebidos. À mesma categoria pertence a lei francesa de 2 de novembro de 1793, na parte em que anulou e mandou refazer as partilhas já julgadas, para os filhos naturais serem admitidos à herança dos pais, desde 14 de julho de 1789. No Brasil, tem-se a Constituição de 1937, que permitia que o Presidente da República, por Decreto-Lei, desconstituísse decisões do Supremo Tribunal Federal, ainda que recobertas pela coisa julgada, quando não concordasse com elas.

²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**, v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 80.

²⁵ Cf. PEIXOTO, Matos. **Limite Temporal da Lei**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 577, pp. 459-485, 1948, pp. 468-469.

²⁶ Importante mencionar que José Carlos Moreira Alves, em seu artigo "Direito Adquirido", também classifica a retroatividade em máxima, média e mínima e apresenta suas respectivas definições. Cf. ALVES, Moreira José Carlos. **Direito Adquirido**. Fórum Administrativo Direito – Público. Belo Horizonte, n. 15, pp. 579 a 587, Maio de 2002. Esta trilogia foi também expressamente adotada pelo STF na ADI 493/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 493/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ de 04/09/1992.

A retroatividade *média* ocorre quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico, verificados antes dela. Como exemplo, tem-se o decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933 (Lei da Usura), que limitou a taxa de juros e foi aplicado aos contratos existentes.

Por fim, ocorre a retroatividade *mínima* quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor. Tal é no Direito Romano a Lei de Justiniano que, corroborando disposições legislativas anteriores, reduziu a taxa dos juros vencidos após a data da sua obrigatoriedade.

Alguns autores confundem a retroatividade mínima com a eficácia imediata da lei. PLANIOL²⁷ e ROUBIER²⁸, grandes civilistas franceses, entendem que não há propriamente retroatividade mínima, mas sim aplicação imediata da lei. Como a lei se aplica de imediato, ela deve alcançar todos os fatos que ocorrerem posteriormente à sua vigência.

Entretanto, acompanhando a crítica feita por MOREIRA ALVES a esse posicionamento²⁹, frise-se que essa concepção parte de uma premissa falsa, porque encara somente o problema da posteridade dos efeitos, esquecendo-se da anterioridade da causa desses efeitos. No caso de um contrato de juros, por exemplo, a 12% ao ano, quando a lei nova os reduz a 6% ao ano, há, aparentemente, a eficácia imediata da norma. Contudo, na verdade, a lei nova tem um efeito retroativo, porque modifica, altera a causa desses juros, que é o contrato em que foram pactuados.

1.4.2 Imediatidade das leis

JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO apresenta significativo conceito de efeito imediato da lei:

Por efeito imediato da lei se deve entender aquele que atinge fatos e situações no exato momento temporal em que entra esta em vigor, não importando juridicamente se tais fatos e

²⁷ Cf. PLANIOL, Marcel. **Traité Élémentaire de Droit Civil**, 12 ed, Paris; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948.

²⁸ Cf. ROUBIER, Paul, op. cit., p. 375.

²⁹ Cf. ALVES, Moreira José Carlos, op. cit., p. 580.

situações remontam ou não no seu nascimento a um antigo diploma legislativo por esta nova lei substituído³⁰.

Consoante esta definição, os efeitos imediatos da lei devem ser entendidos não só como aqueles que alcançam os fatos presentes, mas também como aqueles que alcançam os fatos pendentes, especificamente no que concerne às parcelas destes fatos que tenham lugar a partir da entrada em vigor da lei.

Assim, no momento da entrada em vigor da nova lei, não só situações já nascidas sob o império da lei velha e que se encontram pendentes podem ser atingidas de imediato pela pronta eficácia desta, como também novos fatos ou realidades jurídicas podem ter imediata valoração ou modificação jurídica em decorrência do início da sua vigência.

Certo é que a análise dos efeitos imediatos da lei diante dos fatos pendentes é muito mais complexa e dotada de uma inegável tipicidade. Tendo em vista a particularidade da incidência dos efeitos imediatos sobre os fatos pendentes, parte da doutrina tem preferido identificar tal fenômeno como sendo a retrospectividade da lei nova.

Ensina JACQUES HÉRON³¹ que a retrospectividade estaria entre a retroatividade e a eficácia imediata. Para ele podem ser vislumbradas duas aplicações distintas da lei nova. Uma delas repousa sobre a idéia da preexistência da lei nova, obrigando os sujeitos a reexaminar os atos passados, para deles extrair outras conseqüências jurídicas. A outra aplicação corresponde à noção de retrospectividade, tal qual a definem os autores que a ela recorrem: a lei nova se contenta em influir para o futuro sobre situações jurídicas constituídas no passado, mas que se prolongam prospectivamente.

Ao contrário de JACQUES HÉRON, doutrinadores brasileiros, tais como ELIVAL DA SILVA RAMOS³² e CARLOS YOUNG TOLOMEI³³ sustentam que a retrospectividade constitui modalidade especial da eficácia imediata das leis. Destaca ELIVAL RAMOS que são duas as características

³⁰ Cf. CARDOZO, José Eduardo Martins, op. cit., p. 281.

³¹ Cf. HÉRON, Jacques. **Principes du droit transitoire**, Paris: Dalloz, 1996, p. 107.

³² Cf. RAMOS, Elival da Silva, op. cit., pp. 37-43.

³³ Cf. TOLOMEI, Carlos Young, op. cit., pp. 545.

marcantes do fenômeno da retrospectividade: a primeira consiste na circunstância de que os eventos enfocados pelo pressuposto da norma legal retrospectiva, veiculada pela lei nova, foram produzidos antes de sua entrada em vigor (o que traz sua especificidade com relação aos efeitos imediatos); 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 (o que a diferencia dos efeitos retroativos).

Dentro do estudo da imediatidade das leis, importante também se faz diferenciar o efeito imediato do efeito futuro das leis, para fins de uma exata delimitação do conceito de efeito imediato inicialmente exposto.³⁴

Enquanto os efeitos imediatos são aqueles que temporalmente coexistem na sua projeção com o momento da entrada em vigor da lei, os efeitos futuros são os que se fazem verificar no lapso de tempo que se segue a esta. Em síntese, efeitos futuros são aqueles que se projetam em momento temporal subsequente ao da entrada em vigor da lei.

Com o fim de melhor diferenciar o efeito imediato do efeito futuro, tem-se o seguinte exemplo³⁵: uma lei que, entrando em vigor, determine que todos os que possuírem 16 anos de idade adquirirão plena capacidade de exercício de seus direitos, encerra, na sua dimensão temporal, a possibilidade de projeção de duas perspectivas de efeitos diversos. De um lado, projeta efeitos imediatos para aqueles que no momento da entrada em vigor da lei já possuem a idade indicada; de outro, reserva seus efeitos futuros para todos aqueles que a partir desse momento vierem a completar 16 anos de idade. Assim, em relação a quem vier a completar a idade prevista na nova lei em momento posterior ao do início da sua vigência, não se cogitará de aplicação imediata e, sim, de aplicação futura.

Por derradeiro, impende esclarecer a distinção entre efeito imediato e eficácia automática da norma jurídica, seguindo os passos de

³⁴ CARDOZO, José Eduardo Martins, op. cit., p. 281.

³⁵ Idem. Ibidem.

GAETANO PACE.³⁶ Trata-se, na verdade, de dois fenômenos completamente distintos, mas que podem ser confundidos.

O efeito imediato de uma norma jurídica é uma das dimensões temporais em que se pode ver projetada a eficácia das regras de direito, na medida em que se qualifica por ser aquele efeito que vem a atingir fatos ou situações jurídicas no exato momento em que essa mesma norma ganha vigência. Tal efeito não se confunde com a automática eficácia da norma jurídica. Este fenômeno pode ser encontrado em todas as normas jurídicas e se caracteriza pela automática atuação da norma, a partir do momento em que a hipótese normativa se vê realizada pela realidade fático-jurídica vivenciada no mundo empírico.

A automática eficácia da regra jurídica corresponde, na verdade, à incidência da regra jurídica. Segundo o ensinamento de PONTES DE MIRANDA o fenômeno da incidência é infalível e se caracteriza pela ocorrência daquilo que a norma jurídica prevê e regula, ou seja, pela ocorrência do suporte fático. Suporte fático da norma jurídica é, portanto, aquele fato ou grupo de fatos sobre o qual a regra jurídica incide.³⁷

Com efeito, sempre que se verificam na realidade os elementos descritos na hipótese da norma jurídica, deve seguir-se, automaticamente, a eficácia prevista no preceito, independentemente da ocorrência de quaisquer outros aspectos do mundo jurídico.

Uma vez esclarecidos os aspectos mais importantes, concernentes à imediatidade das leis, cumpre examinar a sua ultratividade.

1.4.3 Ultratividade das leis

Habitualmente, quando uma lei é revogada por outra, a esta passa a competir a disciplina da realidade jurídica, nos termos do que normativamente estabelecer. Todavia, hipóteses há em que, mesmo após a perda da sua vigência, a lei revogada ainda continua a disciplinar situações no

³⁶ Cf. PACE, Gaetano., op. cit., pp. 149-151.

³⁷ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**, Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, pp. 3-35.

período em que a lei nova se define como vigente. Esta peculiar configuração é designada pelo conceito de ultratividade da lei.³⁸

Vale observar que, sob a influência do pensamento de ROUBIER, alguns autores também utilizam a expressão “sobrevivência da lei antiga”, para indicar as situações de ultratividade da lei.

No Brasil, dentre os doutrinadores, JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO³⁹ e WILSON CAMPOS BATALHA⁴⁰ utilizam as expressões “ultratividade da lei” e “sobrevivência da lei antiga” como expressões sinônimas. Já ELIVAL DA SILVA RAMOS⁴¹ e CARLOS YOUNG TOLOMEI⁴² entendem que tais expressões não podem ser consideradas sinônimas.

Ensinam os dois últimos doutrinadores que, no fenômeno da ultratividade legal, a incidência de normas contidas na legislação revogadora é afastada, de modo a ensejar a persistência dos efeitos de normas da legislação revogada. Já nas situações de sobrevivência da lei antiga, a incidência de normas contidas na legislação revogadora é afastada, estabelecendo-se, paralelamente, uma aparente incidência, no presente, de normas veiculadas pela legislação revogada.

Importante, ainda, destacar que, para os mencionados autores, não existe sobrevivência da lei antiga e sim aparência de sobrevivência da lei antiga, que possui aptidão para iludir o observador na medida em que determinados fatos realizados já durante a vigência da lei nova continuam a ter a mesma disciplina normativa da legislação precedente.

Há que concordar com o posicionamento de ELIVAL DA SILVA RAMOS e CARLOS YOUNG TOLOMEI. Opta-se, nesta dissertação, pela denominação **ultratividade** da lei, uma vez que a expressão sobrevivência da lei antiga traz em si uma suposta possibilidade de dissociação formal temporal

³⁸ Cf. CARDOZO, José Eduardo Martins., op. cit., p. 296.

³⁹ Idem, Ibidem.

⁴⁰ Cf. BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito Intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 55.

⁴¹ Cf. RAMOS, Elival da Silva, op. cit., pp. 44-46.

⁴² Cf. TOLOMEI, Carlos Young, cit., pp. 57-58.

entre a vigência e a eficácia da lei, quando, na verdade, esta possibilidade não existe.

Importa, também, frisar que, no campo doutrinário e jurisprudencial, é comum a confusão entre as hipóteses de ultratividade da lei velha e de irretroatividade da lei nova. Costuma-se supor que a ultratividade da lei velha seria uma imediata consequência da não-retroatividade da lei nova, quando, na verdade, são situações diversificadas na sua intrínseca configuração lógico-temporal.⁴³ É possível, inclusive, que um diploma legislativo deixe de ser retroativo, sem que o texto de lei por este revogado possua ultratividade.

Importante, também, mencionar que a ultratividade tem os fatos pendentes como campo de ação, ou seja, aquelas situações iniciadas sob a égide da lei anterior e que se perpetuam na sua existência jurídica sob o período de vigência temporal da lei nova. Dessa forma, a ultratividade implicará a exclusão dos efeitos imediatos e futuros da lei em vigor, no que tange particularmente a situações ou relações em curso no momento da alteração legislativa.⁴⁴

Por fim, cumpre especificar em que hipóteses seria admitida a ultratividade da legislação revogada. Para tanto, importante se faz transcrever trecho em que CARDOZO identifica tais hipóteses, *verbis*:

A primeira delas reside na fixação de regras genéricas, disciplinadoras de hipóteses de ultratividade admitidas pelo sistema. Isto se dá quando a própria Constituição, ou mesmo a legislação ordinária (nesse caso à lei nova se defere a prerrogativa de casuisticamente excepcionar a regra geral), estabelecem, por exemplo, que certos direitos ou situações jurídicas são intangíveis pela ação da lei nova, devendo sempre ser disciplinados pela lei sob a égide da qual tiveram nascimento.

Já a segunda fórmula se resume no tratamento casuístico da questão, normalmente objeto do próprio diploma legislativo que procede à revogação do antecedente. Seria o caso, por exemplo, da lei processual que extingue um dado recurso anteriormente previsto no ordenamento jurídico, e que em seu próprio texto determina que as ações, já ajuizadas na

⁴³ Cf. CARDOZO, José Eduardo Martins, op. cit., p. 296.

⁴⁴ Ibidem, p. 297.

época da entrada em vigor da lei nova, continuarão a ser regidas pelo diploma legislativo que revoga.⁴⁵

Caracterizado o Direito Intertemporal e seus principais fenômenos, definidos os conceitos de retroatividade, imediatidade e ultratividade, urge, agora, analisar a evolução histórica do Direito Intertemporal, e, conseqüentemente, do direito adquirido, enquadrando-o como uma das categorias do Direito Intertemporal.

⁴⁵ Ibidem, p. 298.

CAPÍTULO 2

O DIREITO ADQUIRIDO COMO CATEGORIA DO DIREITO INTERTEMPORAL

2.1 Perspectivas históricas

A noção de direito adquirido está ligada à evolução histórica do Direito Intertemporal. A proteção ao direito adquirido constituiu uma das soluções apresentadas, ao longo da história do direito, para resolver questões atinentes ao conflito de leis no tempo. Necessário, portanto, analisar a evolução do Direito Intertemporal, para que se identifique o momento em que surgiu o direito adquirido.

GAETANO PACE, um dos poucos autores que dedicou esforços à tentativa de classificar as etapas históricas relativas ao desenvolvimento do Direito Intertemporal, vislumbra três períodos de evolução: a) a fase negativa; b) a fase da retroatividade como regra; c) a fase da irretroatividade como regra geral.⁴⁶

A fase negativa, segundo o autor, seria a etapa histórica caracterizada pela existência de ordenamentos primitivos, na qual o problema jurídico relativo ao Direito Intertemporal não poderia ter surgido. Ao longo dessa fase, dois obstáculos fundamentais teriam se oposto a seu nascimento, a saber: o caráter teocrático e o caráter consuetudinário dos ordenamentos.

Os ordenamentos teocráticos eram concebidos como sistemas fechados em si mesmos, absolutamente refratários a influências externas, e, portanto, imunes a alterações normativas de qualquer natureza. Sob tais condições, obviamente, seria impossível a geração de qualquer conhecimento pertinente ao campo do Direito Intertemporal.

Ressalta GAETANO PACE que esta mesma situação se repetiria no âmbito dos antigos ordenamentos de natureza consuetudinária. Nestes, o costume possuiria um processo de formação muito lento. Isto, como

⁴⁶ PACE, Gaetano. *Il Diritto Transitorio con particolare riguardo al diritto privato*. Milano: Casa Editrice Ambrosiana, 1944, p. 27 e ss.

é natural, acabaria por impedir o surgimento de qualquer interesse prático quanto a uma eventual disciplina dos problemas relativos à substituição de uma norma antiga por uma nova, de resto porque a normatividade consuetudinária é de caráter móvel.

Finda a fase negativa, passou-se, de acordo com o entender de GAETANO PACE, para uma nova etapa de evolução que, conforme já salientado, é denominada “fase da retroatividade como regra”, marcada, fundamentalmente, pela superação dos obstáculos vivenciados no período anterior. Teria esta fase como característica central a admissibilidade da retroatividade como princípio geral.

Para o mencionado autor, provas da existência dessa fase evolutiva residiriam, ao lado de outras, no fato de, pacificamente, na doutrina, se saber que as antigas leis dos povos germânicos eram retroativas, na medida em que não respeitavam as *causae finitae*.

Por fim, a terceira fase, segundo os ensinamentos do indigitado autor, seria a da “irretroatividade como regra geral”. Esta fase qualificaria, para o autor, a etapa mais evoluída do pensamento intertemporal.

Importante observar, contudo, que, para GAETANO PACE, estas três fases de evolução não obedeceriam, no plano histórico, a uma ordem cronológica rigorosa, na medida em que não passariam de uma formulação puramente ideal.

LIMONGI FRANÇA recusou-se de forma veemente a aceitar as ponderações de GAETANO PACE. Afirma o ilustre civilista brasileiro que não há nenhuma fase “negativa” em relação à matéria. Do mesmo modo, jamais a retroatividade foi regra geral, no sentido de ignorar totalmente o direito adquirido. Para o autor, tanto esta categoria, como o próprio princípio da irretroatividade das leis, constituem uma constante dos sistemas amadurecidos.⁴⁷

Segundo LIMONGI FRANÇA, o estudo do Direito Intertemporal passou por três períodos distintos, quais sejam, o período embrionário, o

⁴⁷ FRANÇA, R. Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 29-60.

período pré-científico e o período científico. Duas idéias fundamentais dominaram esse estudo, a saber, o princípio da irretroatividade das leis e a noção do respeito ao direito adquirido.⁴⁸

Consoante LIMONGI FRANÇA, o princípio da irretroatividade das leis e o direito adquirido se fundam na razão natural, sendo as questões suscitadas pela intertemporalidade jurídica tão antigas quanto a civilização humana. Segundo ensina o autor, nos primórdios do desenvolvimento jurídico já podiam ser encontradas as primeiras manifestações nesse sentido, ainda que de forma embrionária.

Assim, o período embrionário abrangeu todo o Direito Arcaico, incluindo o Direito Mesopotâmico, o Direito Egípcio, o Direito Hindu, o Direito Hebraico, o Direito Chinês, o Direito Grego e o Direito Romano embrionário.⁴⁹

No Direito Romano Embrionário, destaca-se a Lei das XII Tábuas, que trouxe considerável manifestação da idéia da intertemporalidade jurídica em uma de suas disposições: “Aquilo que o povo decidiu por último, seja o direito em vigor”.

A fase Pré-Científica do Direito Intertemporal desdobra-se em alíneas correspondentes ao Direito Romano, ao Direito Intermédio e ao Direito Moderno. Nesta fase, a intertemporalidade jurídica passou a assumir um caráter de “problema”, que estava a exigir um peculiar e próprio “conjunto de soluções” para as questões suscitadas⁵⁰.

O Direito Romano desta fase inicia-se com os *Veteres* e com a Legislação Republicana dos séculos III e II a. C e termina com a morte de Justiniano em 565 d.C⁵¹.

Nesse período, o princípio da irretroatividade das leis é perfeitamente definido nas duas Regras Teodosianas. A Primeira Regra Teodosiana dispunha que “todas as normas não fazem calúnia aos fatos passados, mas regulam apenas os futuros”. A Segunda Regra Teodosiana, de incomparável valor, tem o seguinte teor: “É norma assentada a de que as leis e

⁴⁸ Ibidem, p. 30.

⁴⁹ FRANÇA, R. Limongi., op. cit., pp. 32-38.

⁵⁰ CARDÓZO, José Eduardo Martins, op. cit., p. 67.

⁵¹ FRANÇA, R. Limongi., ibid., pp. 39-47.

constituições dão forma aos negócios futuros e de que não atingem os fatos passados, a não ser que tenham feito referência expressa, quer ao passado, quer aos negócios pendentes".⁵² Conclui LIMONGI FRANÇA que, mesmo à falta de uma disposição geral desse tempo, não se pode negar a irretroatividade como regra.

Ainda no Direito Romano da fase Pré-Científica, destaca-se a Regra Teodosiana de 440, que integra a legislação justinianéia, *verbis*:

- I. A lei, de regra, regula tão-somente o futuro e não o passado.
- II. A lei, por isso que não se refere ao passado, não se aplica aos casos pendentes.
- III. A lei, excepcionalmente, pode abranger o passado e os casos pendentes.
- IV. A lei só abrange o passado e os casos pendentes, quando inequivocamente expressa⁵³.

Importa, também, ressaltar que foi no Direito Romano que as idéias de fatos futuros, fatos pretéritos e fatos pendentes ficaram bem definidas.

O Direito Intermédio iniciou-se entre os anos 466 e 484, quando Eurico fez publicar a *Lex Antiqua Visigothorum*. O Direito Intermédio abrange o Direito Medieval e o Direito Canônico.⁵⁴

No campo da estrita elaboração normativa, o Direito Medieval não propiciou maiores avanços no campo do Direito Intertemporal. Para JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO, o Direito Medieval registra, em certas passagens, autênticos momentos de retrocesso teórico ante as conquistas já obtidas pelos romanos no Direito Intertemporal.⁵⁵

Tal como o Direito Medieval, o Direito Canônico quase nada acrescentou aos conhecimentos já obtidos no campo do Direito Intertemporal. A única contribuição efetiva prestada pelo Direito Canônico ao estudo da

⁵² Idem, *Ibidem*, p. 43.

⁵³ FRANÇA, R. Limongi., *op. cit.*, p. 45.

⁵⁴ Idem. *Ibidem*, pp. 47-54.

⁵⁵ CARDOZO, José Eduardo Martins. Da retroatividade da lei. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 81.

intertemporalidade jurídica foi a utilização histórica, em primeira mão, da expressão “direito adquirido”, mais tarde amplamente acolhida pela doutrina.⁵⁶

Afirma LIMONGI FRANÇA que a marca fundamental do Direito Canônico, no referente à matéria, está na insistência com que Bonifácio VIII se refere ao *jus quaesitum*, bem assim no uso da expressão *jus acquisitum*, categorias das quais, embora os textos não apresentem nenhum conceito, a só indicação constitui o início do desabrochar de uma idéia, cuja elaboração, em fins do século XV, preparou a sistematização da doutrina do direito adquirido. Assim, o texto de Bonifácio VIII foi aquele em que, pela primeira vez, apareceu a expressão *jus acquisitum*, ou seja, direito adquirido.⁵⁷

Não se pode deixar de destacar, como um significativo marco deste período, a obra de Fellinus Maria Sandeus (1444 a 1503). Partindo da regra da não retroatividade das leis, e lhe atribuindo várias exceções, Fellinus Sandeus oferece a distinção entre o *jus quaesitum firmum* e o *jus in spe tantum existens non firmiter quaesitum*, que traz em si os embriões das distinções entre direito adquirido e expectativa de direito. Para LIMONGI FRANÇA, a síntese firmada na obra de Fellinus Maria Sandeus constitui o primeiro grande marco na evolução do Direito Intertemporal, desde Justiniano.⁵⁸

O Direito Moderno dessa fase abrange os séculos XVI, XVII e XVIII.⁵⁹ É de destaque, nesse período, no âmbito das grandes codificações modernas, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França, de 1789, que, em seu art. 14, consagrou o princípio da irretroatividade das leis na esfera penal: “nenhuma lei criminal nem civil pode ter efeito retroativo”. Tal princípio foi, posteriormente, adotado em caráter geral pela Constituição de 5 Fructidor, do ano III (22 de agosto de 1795).⁶⁰

Sobressaem, também, nos Estados Unidos, a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 1776, e a Constituição Federal Americana, de 1787. A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, anterior à independência, trazia, em seu artigo 7º, a afirmação de que todo o

⁵⁶ FRANÇA, R. Limongi., cit., 51-52.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ FRANÇA, R. Limongi., op. cit., p. 52.

⁵⁹ Ibidem. p. 54-60.

⁶⁰ Ibidem, p. 56.

poder para suspender leis ou a execução de leis, por qualquer autoridade, sem consentimento dos representantes do povo, é injurioso aos seus direitos, não devendo ser exercido.⁶¹

No que tange à Constituição Federal Americana, de 1787, importante destacar que, quando de sua redação, em 17 de setembro de 1787, o princípio da irretroatividade das leis e do respeito ao direito adquirido estava profundamente arraigado na consciência americana, de tal forma que ficou determinado no artigo 1º da Seção X que não poderia ser votada nenhuma lei que condenasse sem forma de juízo (Bill of attainder), ou que produzisse efeito retroativo (ex post-facto law).

O período científico inaugurou-se ao final do século XVIII e início do século XIX, com a Exegese e a Escola Histórica.⁶²

Se durante os períodos embrionário e pré-científico houve pouco desenvolvimento do Direito Intertemporal, a verdade é que, a partir do século XIX, os estudos em torno do fenômeno da intertemporalidade jurídica alcançaram índices de elaboração e de complexidade até então desconhecidos pela ciência jurídica.

A produção doutrinária assumiu, neste novo período histórico, resultados impossíveis de serem avaliados à primeira vista. Páginas e mais páginas, volumes e mais volumes começaram a ser diariamente preenchidos pelos maiores e mais graduados juristas que a todo preço se dedicaram a buscar uma teoria científica que colocasse em novos termos o Direito Intertemporal e solucionasse satisfatoriamente as dificultosas questões suscitadas pela intertemporalidade jurídica. As polêmicas e as controvérsias mantidas em tom de argumentação científica começaram, assim, cada vez mais, a marcar presença no agora iluminado campo de estudos propiciado pelo conflito de leis no tempo.

Importante destacar que o início do período científico coincidiu com o surgimento, no século XIX, da positivação do direito. Conforme assinala TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, as questões atinentes ao conflito de leis

⁶¹ Ibidem, p. 57.

⁶² Ibidem, pp. 61-62.

no tempo passaram a adquirir uma importância muito mais significativa com a afirmação do direito positivo, enquanto instrumento disciplinador de relações sociais, flexíveis e cambiantes, típicas das sociedades contemporâneas, *verbis*.⁶³

Para a consciência social do século XIX, a mutabilidade do direito passa a ser usual: a idéia de que, em princípio, todo direito muda torna-se a regra, e que algum direito não muda, a exceção. Essa verdadeira institucionalização da mutabilidade do direito na cultura de então corresponderá ao chamado fenômeno da positivação do direito.

Assim, com esta grande produção científica que marcou o campo do Direito Intertemporal, diversas foram as teorias que procuraram enfrentar e apresentar soluções às questões suscitadas pelo fenômeno do conflito de leis no tempo. Tais perspectivas teóricas serão melhor explanadas no item seguinte.

2.2 Perspectivas teóricas

Vários foram os critérios propostos para classificar as correntes teóricas acerca do Direito Intertemporal. A construção oferecida por POPOVILIEV é a que propicia a necessária racionalidade para a elaboração de uma ordenada e eficiente sistematização classificatória. Classifica POPOVILIEV estas teorias em subjetivistas e objetivistas.⁶⁴

A análise deve-se ater a essas duas teorias, principalmente segundo as perspectivas desenvolvidas por GABBA e ROUBIER, uma vez que a legislação e doutrina pátrias, no que tange à definição do direito adquirido, conforme será explanado adiante, sofreram grande influência dos ensinamentos desses dois renomados autores.

⁶³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 74.

⁶⁴ POPOVILIEV, N. **Le Droit Civil Transitoire ou Intertemporal**, in Revue Trimestrielle, Tomo 7, 1908, p. 480 e ss., *apud* CARDOZO, José Eduardo Martins. Da retroatividade da lei. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 109.

2.2.1 A teoria subjetivista

A teoria subjetivista, também denominada teoria clássica ou teoria dos direitos adquiridos, leva em conta os efeitos dos fatos jurídicos sobre as pessoas.⁶⁵ É a teoria que toma em consideração as conseqüências jurídicas que se produzem relativamente aos sujeitos que se colocam sob a incidência da lei, ou seja, basicamente, a teoria que se define a partir do conceito de direito adquirido.⁶⁶

Esta teoria é a tradução jurídica do liberalismo político e econômico triunfante na Revolução Francesa e refletiu uma concepção profundamente individualista a respeito das relações sociais.

JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO sintetiza a teoria subjetivista nos seguintes termos:

De forma sintética, poderíamos dizer que os defensores desta corrente têm, como alicerce de todas suas reflexões, a idéia de que as novas leis não devem retroagir sobre aqueles direitos subjetivos que sejam considerados juridicamente como adquiridos pelo 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 antecedente⁶⁷.

Muitos autores célebres apresentaram-se como importantes defensores da doutrina subjetivista, dentre eles, GABBA, MERLIN, BLONDEAU, MAILHET DE CHASSAT, DEMOMBE, LASSALLE e SAVIGNY.⁶⁸

Dúvida não resta, entretanto, que, de todos os partidários desse pensamento, CARLO FRANCESCO GABBA é, reconhecidamente, o mais relevante ponto de referência. Sua obra *Teoria della Retroattività delle Leggi* representa o ponto culminante da doutrina, tendo oferecido conceito de

⁶⁵ TOLOMEI, Carlos Young., op. cit., p. 69-70.

⁶⁶ CARDOZO, José Eduardo Martins., op. cit., p. 109.

⁶⁷ Ibidem., p. 113.

⁶⁸ A análise minuciosa da teoria subjetivista, sob o ponto de vista destes autores, foi feita por José Eduardo Martins Cardozo (op. cit., p. 112-151), Wilson de Souza Campos Batalha (op. cit., 1980, p. 90-112) e Carlos Young Tolomei (op. cit., 2005, p. 81-86).

direito adquirido que influenciou, dentre outros, o legislador brasileiro, e que, até os dias que correm, orienta a jurisprudência pátria.

À época de GABBA, predominava a crença de que a retroatividade da lei seria, em si mesma, uma injustiça, devendo, por conseguinte, ser aplicado o princípio absoluto da irretroatividade das leis, para solucionar os problemas relativos aos conflitos de leis no tempo.

GABBA, em sua teoria, combate a referida crença e defende que, no conflito de leis no tempo, é perfeitamente justa a aplicação da lei nova a relações constituídas anteriormente, desde que se respeitem todos os direitos adquiridos.⁶⁹ Assim, o império da lei nova deve ser restrito àqueles efeitos das relações jurídicas anteriores que por sua natureza não podem se dizer verdadeiros direitos adquiridos.

Dentro desta perspectiva, esclarece GABBA, o objeto do estudo é a determinação dos casos em que a lei pode influir sobre as conseqüências dos fatos ou relações jurídicas anteriores sem violar direitos adquiridos, e em quais não pode fazê-lo. Assim, afirma não ser objeto do seu estudo a aplicação de leis em que a vontade do legislador expressamente determina o efeito retroativo sobre direitos anteriormente adquiridos.⁷⁰

Para GABBA, o princípio da não retroatividade das leis deveria ser resumido na idéia de que as leis não podem ser retroativas de forma a propiciar a violação de direitos adquiridos. O desrespeito a estes implicaria a existência de uma retroatividade injusta, sendo, por conseguinte, justa qualquer outra forma de ação retroativa da lei nova sobre fatos ou relações antecedentes.⁷¹

Assim, GABBA afirma ser adquirido todo direito que: 1) é conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato foi realizado, ainda que a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo; e que 2) nos

⁶⁹ GABBA, C F., op. cit., pp.10-11.

⁷⁰ Ibidem, p. 33.

⁷¹ Ibidem, pp. 44 e 45.

termos da lei sob cujo império ocorreu o fato do qual se originou, passou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.⁷²

Com esse conceito em mente, GABBA analisa os diversos elementos que julga encontrar na composição da essência dos direitos adquiridos. Para tanto, desenvolve sua abordagem em torno do conceito do direito que pode ser considerado como adquirido, do conceito de direito como elemento do patrimônio e, ainda, do conceito de fatos aquisitivos.

Quanto ao primeiro aspecto acima mencionado, ensina o consagrado mestre italiano que todas as vezes em que se afirma a concreta existência de um direito, esta afirmação possui dois objetos: 1) a existência de um fato, do qual ou em virtude do qual se considera tenha surgido o direito; 2) a existência de uma lei, a qual daquele fato, faz provir um direito.⁷³

Antes que em concreto surja o direito, este se encontra em estado de mera possibilidade em uma lei, a qual contempla um dado de agir ou de ser dos indivíduos. Esta mera possibilidade do direito em concreto, que se confunde com a existência de uma lei, é chamada por alguns filósofos alemães de direito objetivo ou norma jurídica. Já o direito subjetivo seria o direito concreto, isto é, aquele proveniente da verificação do fato pressuposto pela lei.

GABBA afirma que não se poderia admitir nenhum direito concreto que não tenha o seu fundamento em uma lei ou norma jurídica vigente ao tempo ao qual o direito se remonta, isto é, que não provenha de um fato ao qual uma norma jurídica positiva, do tempo em que aquele fato ocorre, atribua uma tal virtude. Assim, conclui que o “direito” mencionado no conceito de direito adquirido refere-se ao direito subjetivo, ou seja, ao direito concreto.⁷⁴

A título de esclarecimento, direito subjetivo é, nas palavras de MIGUEL REALE, “a possibilidade de ser exercido, de maneira garantida, aquilo

⁷² “É acquisito ogni diritto, che: a) è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo, in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benchè l’occasione di farlo valere non siasi presentata prima dell’attuazione di una legge nuova intorno al medesimo, e che, b) a termini della legge sotto l’impero della quale accade il fatto da cui trae origine, entrò immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acquistato” (op. cit., p. 191).

⁷³ GABBA, C. F., op. cit., p. 195.

⁷⁴ Cf. GABBA, C. F., passim.

que as normas de direito atribuem a alguém como próprio”⁷⁵. Assim, se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular.⁷⁶

Quanto ao “direito como elemento do patrimônio”, pondera GABBA que, para um direito ser considerado adquirido, não basta ser ele concreto; é também indispensável que se tenha tornado elemento ou parte do patrimônio individual.⁷⁷

Destaca GABBA que muitíssimos direitos não podem ser chamados adquiridos, porque não fazem parte do patrimônio de quem os possui, como, por exemplo, os direitos referentes a meras circunstâncias físico-naturais, como os relativos à tutela, à menoridade, etc.

Estes últimos seriam direitos anteriores a qualquer operosidade, seja na pessoa a quem pertencem, seja de outra qualquer, e representariam apenas a possibilidade de verdadeiros direitos concretos e individuais, na medida em que seriam as premissas, os elementos últimos de que se compõem os direitos individuais e que estes sempre pressupõem antes de propriamente virem a existir. São direitos elementares ou fundamentais, aí incluídos os que regulam o estado e condição pessoal do indivíduo, bem assim as coisas e os direitos dos quais estas podem ser objeto.

O direito adquirido, ao contrário, é individual não apenas no sentido de que pertence a um indivíduo, mas também no sentido de que se liga diretamente com a individualidade, com caracteres próprios e distintivos desta.⁷⁸

Observa GABBA que direitos concretos e adquiridos só poderiam ser aqueles que, unicamente, dentro do círculo do poder consentido pelas leis concernentes às pessoas e às coisas, visam a um determinado e vantajoso efeito, pela lei contemplado, de um modo expresso ou implícito. Surgem nos indivíduos, ou por força da humana operosidade, ou por direta

⁷⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 292.

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 434-435.

⁷⁷ GABBA, C.F., op. cit., pp. 207-208.

⁷⁸ Ibidem, p. 208.

virtude da própria lei, em seguida a fatos e circunstâncias, e nos modos e condições por essa preestabelecidos.⁷⁹

Para GABBA, porém, estes requisitos não seriam suficientes para elucidar de forma completa a existência dos denominados direitos adquiridos. Aos direitos individuais que fazem parte do patrimônio, apenas se deveria dar a condição de “adquiridos” ou “invioláveis” àqueles que constituíssem uma verdadeira e própria “utilidade” ao indivíduo, por concernirem propriamente à privada individualidade, ou, ainda, por se identificarem com a própria dignidade da pessoa humana.

Em comentário à concepção de GABBA, de direito adquirido como direito que integra o patrimônio do indivíduo, FERNANDO NORONHA afirma que a definição de direito adquirido, apresentada por GABBA, fica totalmente desfigurada quando se tenta aplicá-la a direitos sem conteúdo econômico. Assim, afirma, a título de exemplo, ser absurdo dizer-se que alguém, casado antes da Lei do Divórcio, teria adquirido o direito à perpetuidade do casamento, ou que o pai de filho adulterino nascido antes da vigência da Lei 883, de 21/10/1949, teria adquirido o direito de não ser investigada a sua paternidade, ao abrigo do que anteriormente se estabelecia no art. 358 do Código Civil de 1916.⁸⁰

FERNANDO NORONHA defende, também, que, mesmo quanto aos direitos patrimoniais, a noção de direito adquirido só apresenta sentido útil nas seguintes hipóteses: a) quando se estiver perante casos de extinção pela nova lei de direitos anteriormente reconhecidos; b) quando se tratar de alterações ditadas pela nova lei no conteúdo de situações jurídicas comutativas, desequilibrando a relação de equivalência entre prestações e contraprestações, estabelecida pelos interessados; c) quando for preciso assegurar a equivalência entre o valor de uma prestação que havia sido prometida no âmbito da autonomia privada e o valor a ser efetivamente prestado, no caso de ele vir a ser afetado pela nova lei.

⁷⁹ GABBA, C. F., op. cit., p. 210.

⁸⁰ NORONHA, Fernando, op. cit., pp. 104-105.

Finalmente, analisando o problema dos “fatos aquisitivos”, observa GABBA que os direitos pertencentes aos indivíduos sempre se fazem adquirir mediante fatos. Enquanto uma pessoa não puder demonstrar que a hipótese legal verificou-se em seu favor, o que existiria seria apenas uma possibilidade de direito, mas não direito concreto e muito menos direito adquirido.⁸¹

Todavia, pondera o juriconsulto, para que um fato tenha condições de gerar um direito individual concreto e adquirido, ele rigorosamente deve possuir algumas características particulares, a saber⁸²:

- a) O fato aquisitivo deve consistir em uma modalidade daquela situação em que cada um se encontra pelo simples fato de ser homem;
- b) é necessário que seja determinada a pessoa contra a qual o direito se afirma, devendo esta característica estar no próprio fato aquisitivo de onde este provém;
- c) o fato aquisitivo deve ter o condão de transformar o direito objetivo em subjetivo, nos termos anteriormente expostos.

Conclui GABBA que, havendo o fato necessário à aquisição de um direito ocorrido integralmente sob a vigência de uma determinada lei, mesmo que seus efeitos somente se devam produzir em um momento futuro, ele terá de ser respeitado na hipótese de sobrevir lei nova.

Ao lado das condições supracitadas, GABBA aponta os requisitos essenciais dos fatos aquisitivos.⁸³ São eles:

- a) que os fatos aquisitivos sejam realizados;
- b) que sejam postos em ação em tempo idôneo;
- c) que aquele que do fato aquisitivo pretende valer-se, tenha capacidade prescrita em lei;
- d) que tenham sido observadas as formalidades prescritas em lei, sob pena de nulidade.

GABBA faz, também, a distinção entre os fatos aquisitivos simples e os fatos aquisitivos complexos. Simples são aqueles que se configuram em um só instante, isto é, não apresentam partes sucessivas,

⁸¹ GABBA, C.F., op. cit., p. 222.

⁸² Ibidem, p. 225.

⁸³ Ibidem.

separadas por intervalo de tempo. Complexos, aqueles compostos de partes que se aperfeiçoam separadamente e a distância de tempo, uma da outra.⁸⁴

Os fatos aquisitivos podem ser complexos por três modos distintos: a) quando uma mesma pessoa realize uma série de atos dentro de um certo lapso de tempo, como no caso da usucapião; b) quando duas ou mais pessoas devam efetuar, cada uma delas separada da outra, um fato próprio e distinto, como se dá com a sucessão testamentária; c) quando ao ato de determinada pessoa se deva acrescentar um acontecimento, cuja verificação está fora do seu poder (ex: transmissões unilaterais de direitos dependentes de condição).

Surge aqui a questão de se saber se a lei nova pode atingir as partes ainda não acabadas do fato aquisitivo complexo. Neste contexto, entende GABBA que, em termos gerais e absolutos, não se pode responder nem afirmativamente nem negativamente a esta questão. Narra a existência de casos nos quais o direito em decurso se verifica e outros em que não se verifica, segundo apresentem ou não uma especial característica idônea para tal efeito.

A seu ver, essa característica pode ser uma das seguintes: a) que o fato ainda não verificado seja, de sua natureza, infalível; b) que não esteja mais no poder daqueles contra quem o direito é afirmado, impedir o fato 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 a sua raiz em um anterior direito adquirido, do qual não seja senão um desenvolvimento, ou uma transformação.

Fora destas hipóteses, conclui GABBA que os fatos aquisitivos complexos, que não completaram seu ciclo de formação, não produziram autênticos direitos adquiridos, mas apenas autênticas expectativas de direitos.

⁸⁴ Ibidem, pp. 227-229, passim.

2.2.2 A teoria objetivista

Ao longo da fase científica do Direito Intertemporal, inúmeros autores se recusaram a ver nos direitos subjetivos o campo prioritário para o conflito de leis no tempo.

No século XX, os doutrinadores que se opuseram à teoria dos direitos adquiridos procuraram objetivar as questões de Direito Intertemporal, ao defender a necessidade de manter intactas certas situações jurídicas constituídas na vigência da lei anterior, como critério da não aplicação da lei nova.⁸⁵

Para os objetivistas, o conflito de leis no tempo resolve-se através da identificação da lei vigente no momento em que os efeitos dos fatos são produzidos. Os objetivistas enfocam não o sujeito, mas o objeto daquela relação, seja a realização ou não do fato jurídico, seja a situação jurídica existente. Dentre os doutrinadores objetivistas, destaca-se o francês PAUL ROUBIER.

PAUL ROUBIER preferia utilizar a expressão “situação jurídica” no lugar da designação “direito adquirido”. Argumenta que aquela expressão seria superior ao termo direito adquirido, por não ter um caráter subjetivo e poder ser aplicada a situações como a do menor, do interdito e do pródigo.⁸⁶

Justifica, ainda, a adoção da expressão “situação jurídica” afirmando melhor corresponder seu conceito à realidade e ser cientificamente mais rigorosa do que a expressão “direito subjetivo”. Acrescenta que o uso da expressão direito adquirido é indevido, não só pelo caráter restritivo do termo “direito” em comparação a “situação jurídica”, mas também porque seu significado é simplesmente o de “direito adquirido a que a lei nova não se aplique”, o que na verdade não passa da mera afirmação do princípio da irretroatividade das leis.

⁸⁵ ESPÍNOLA, Eduardo; FILHO, Eduardo Espínola. **A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 242.

⁸⁶ ROUBIER, Paul. **Droits Subjectif et Situation Juridique**. Paris: Dalloz, 1963, p. 51-52, passim.

ROUBIER conceitua “situações jurídicas” como a soma das situações subjetivas e das objetivas, ou seja, 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. Dividem-se em situações jurídicas subjetivas e objetivas.⁸⁷

Situações jurídicas subjetivas são aquelas que tendem a criar, principalmente, direitos subjetivos mais do que deveres jurídicos. Podem ser estabelecidas tanto por ato voluntário – como o são na maioria das vezes (o exemplo clássico é o das situações jurídicas subjetivas contratuais), como podem decorrer diretamente de lei – mais raras, como a situação jurídica subjetiva legal do usufruto legal ou da sucessão (herdeiros necessários).⁸⁸

Situações jurídicas objetivas são aquelas que comportam mais deveres jurídicos do que direitos subjetivos, sendo estabelecidas não para satisfazer aos desejos dos particulares, mas, principalmente, a certas exigências de ordem pública. Deveres jurídicos, ao contrário de direitos subjetivos, não são passíveis de renúncia ou desistência pelo sujeito.⁸⁹

Assim, em toda situação jurídica, subjetiva ou objetiva, há três características: legalidade, oponibilidade e sanção.

Legalidade é a conformidade ao direito objetivo, pelo que a situação jurídica deve ser fundada em título regular, seja ele convencional, legal ou judicial. Oponibilidade é a característica de ser o objeto da situação jurídica inviolável às demais pessoas que não seu titular, podendo ser geral ou relativa. Por fim, a sanção legalmente disposta e atualizada pelas autoridades judiciárias mediante a ação judicial é o que garante o caráter da exigibilidade da satisfação do direito subjetivo ou do cumprimento do dever jurídico.⁹⁰

A ênfase da teoria das situações jurídicas está não no sujeito, não no seu direito subjetivo, mas no modo de aplicação da lei. Assim, a teoria de ROUBIER gira, basicamente, em torno da distinção entre efeito retroativo e

⁸⁷ Ibidem, p. 138.

⁸⁸ Ibidem, pp. 22-23; 53-54; 60-62; 72-73, passim.

⁸⁹ Ibidem, pp. 1-2; 73-78, passim.

⁹⁰ ROUBIER, Paul, **Le Droit Transitoire.**, op. cit., pp. 223-224.

efeito imediato. O primeiro seria a aplicação da lei ao passado, enquanto o segundo seria a aplicação da lei ao presente.⁹¹

O princípio do efeito imediato das leis, já abordado no capítulo anterior, determina, segundo ensina ROUBIER, que a lei nova não atinge os fatos anteriores nem os efeitos anteriores desses fatos, mas atinge os fatos futuros, como também os efeitos posteriores dos fatos passados, isto é, a lei nova atua no presente, abrangendo as partes posteriores dos fatos pendentes.

Significa esse princípio, então, que a lei nova respeita todos os efeitos jurídicos produzidos no passado, mas governa o futuro, a contar do dia de sua entrada em vigor, aplicando-se a todos os efeitos futuros das situações jurídicas já criadas, em curso ou a serem criadas. É da data da entrada em vigor da lei nova que se estabelece a separação dos domínios das duas leis, lei antiga e lei nova.⁹²

A grande contribuição de ROUBIER foi, justamente, ter esclarecido o sentido do efeito imediato das leis, que, até então, era freqüentemente confundido com o efeito retroativo das leis, quando se tratava de situações jurídicas em curso de criação ou de produção de seus efeitos.

Para bem distinguir o efeito retroativo do efeito imediato da lei nova e da sobrevivência da lei antiga, ROUBIER formula a hipótese de um contrato em curso de execução. Se há alteração da parte anterior à vigência da nova lei, temos a retroatividade. Se a lei nova incide sobre os efeitos do contrato a partir da data da vigência da mesma lei, temos o efeito imediato. Se, porém, a lei nova não se aplica mesmo aos efeitos futuros do contrato celebrado antes dela, temos a sobrevivência da lei antiga.⁹³ Urge salientar que o termo "retroatividade" foi tão deturpado que não apenas se multiplicou sua atribuição às leis novas, como chegou mesmo a ser a retroatividade declarada como regra, em confronto com qualquer justificativa jurídica lógica ou axiológica.⁹⁴

⁹¹ Ibidem, p. 11.

⁹² Ibidem, p. 179.

⁹³ BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p. 148.

⁹⁴ ROUBIER, Paul. **Le Droit Transitoire**. Op. cit., p. 11; p. 178, passim.

Segundo ROUBIER, só há retroatividade em decorrência de expressa determinação legal. Não pode haver retroatividade implícita ou tácita, que se extraia por via de interpretação ou de jurisprudência. Ao contrário, na ausência de dispositivos legais explícitos, deve o intérprete resolver da melhor maneira se ocorre efeito imediato da nova lei ou sobrevivência da lei antiga de maneira tácita ou implícita.⁹⁵

A explicação que traz para a necessidade de prevalência do princípio do efeito imediato das leis como regra do Direito Intertemporal sobre o princípio da sobrevivência da lei antiga é que, da adoção do princípio contrário resultaria inevitavelmente que, para situações jurídicas de mesma natureza, leis diferentes se tornariam competentes concorrentemente, no interior do mesmo país, o que provocaria inevitável confusão das relações jurídicas, chegando a abalar a unidade da legislação nacional e a estabilidade jurídico-social, atentando, por fim, contra o princípio da segurança jurídica. Por isso, em matérias como a organização familiar ou o regime da propriedade, visa-se a uma unidade do regime jurídico que somente é conseguida pelo estabelecimento de um só sistema jurídico em vigor no território do Estado, com uma só lei: daí a exclusão imediata da lei antiga nas situações em curso.⁹⁶

A partir da data de entrada em vigor da lei nova, portanto, passará ela a reger todas as situações jurídicas. Como toda situação jurídica compreende os momentos de sua constituição, da produção dos seus efeitos e da sua extinção, a lei nova incidirá não apenas sobre as situações jurídicas futuras, mas também sobre aquelas em curso.⁹⁷

Se o princípio do Direito Intertemporal, que rege os problemas gerados pelo conflito de leis no tempo é, então, o princípio do efeito imediato das leis, as situações jurídicas já criadas e extintas no passado, bem assim seus efeitos produzidos no passado, não são pela nova legislação disciplinados. Todavia, como dito, se a situação jurídica se apresenta em curso, a lei nova sobre ela incide, respeitando os fatos e atos jurídicos passados, mas

⁹⁵ Ibidem, p. 180.

⁹⁶ Ibidem, p. 347.

⁹⁷ Ibidem, p. 180 e ss., passim.

atuando imediatamente em relação às partes posteriores da situação jurídica à data de sua entrada em vigor.

Assim, se se pretendesse aplicar a lei às situações realizadas (*facta praeterita*), ela seria retroativa; se se pretendesse aplicá-la às situações em curso (*facta pendentia*), seria necessário traçar uma linha divisória entre o que é anterior à mudança introduzida pelo legislador e o que lhe é posterior, de modo a se definir sobre o que a lei nova poderia incidir. Quanto às situações futuras (*facta futura*), obviamente que não teria cabimento falar-se em retroatividade.

ROUBIER buscou, também, em sua teoria, um critério que permitisse identificar, no caso concreto, quando se está diante de um efeito retroativo e quando se está diante de um efeito imediato da lei nova, tendo em vista que a dificuldade maior para a solução de conflitos de leis surge quando há situações jurídicas em curso.

Assim, explica que toda situação jurídica, qualquer que seja, conhece sempre, no seu desenvolvimento, dois períodos diferentes: aquele em que ela está em via de criação ou extinção e aquele em que seus efeitos estão em curso. A primeira fase é chamada por ROUBIER de dinâmica jurídica, fase de constituição ou de extinção da situação jurídica, em que ocorrem os fatos e ou atos que podem validamente gerar ou extinguir uma situação jurídica. A segunda fase é denominada estática jurídica, quando a situação jurídica, uma vez criada, produz seus efeitos, segundo as regras que lhe são próprias.⁹⁸

A lei relativa à fase dinâmica visa aos meios para se chegar a uma certa situação jurídica e não à situação jurídica em si mesma, isto é, determina como se constitui ou se extingue uma situação jurídica, quais fatos e/ou atos jurídicos são considerados suscetíveis de gerar sua constituição ou extinção, quais as suas condições de validade.⁹⁹

Ao contrário, a lei de estática jurídica enfoca a situação jurídica em si mesma, a própria situação jurídica, sendo então uma lei relativa à fixação dos seus efeitos. Essa lei nova passa, assim, a reger os efeitos jurídicos que se

⁹⁸ ROUBIER, Paul. **Droits Subjectif et Situation Juridique**, cit., p.139.

⁹⁹ ROUBIER, Paul. **Le Droit Transitoire**, cit., pp. 188-189; 191; 194; 229; passim.

produzirão a partir de sua entrada em vigor, em obediência ao princípio do efeito imediato da lei nova e sem incorrer em retroatividade. Não diz respeito ao modo de constituição de determinada situação jurídica, não se contesta a regularidade ou não de sua constituição segundo o direito em vigor, mas se modifica ou suprime a própria situação jurídica no seu conteúdo mesmo. Devem, então, ser respeitados todos os fatos passados, mas a lei se aplica aos fatos existentes, porque tem efeitos imediatos.¹⁰⁰

Essa distinção entre situações jurídicas em fase dinâmica e em fase estática é capital, pois se a lei tem como objeto a disciplina de novas condições de criação ou extinção de situação jurídica (subjéctiva ou objectiva), como seu efeito é imediato e não retroactivo, aquelas situações jurídicas já criadas ou extintas assim permanecem, não podendo ser desfeitas ou tomadas como irregulares ou inválidas.¹⁰¹

Conclui ROUBIER, portanto, sustentando que as leis relativas aos modos de constituição ou de extinção de uma situação jurídica não podem, sem retroatividade, contestar a eficácia ou ineficácia jurídica de um facto passado. Já quando se cuida de fixar os efeitos dessa situação jurídica, a definição do carácter retroactivo faz-se da seguinte forma: os efeitos já produzidos antes da entrada em vigor da nova lei fazem parte do domínio da lei antiga e são intocáveis. A lei nova determinará os efeitos jurídicos que se produzirão após a sua entrada em vigor, sem que isto signifique algo diferente do efeito imediato.

Por fim, cumpre destacar a distinção, feita por ROUBIER, quanto a certas situações jurídicas particulares, classificadas em permanentes, concorrentes, dependentes e retroactivas.

Situações jurídicas *permanentes* são aquelas situações para as quais não se possa estabelecer uma duração definida entre certos limites. Pode-se dizer que se encontram em estado permanente de constituição e que podem ser sempre modificadas, criadas ou suprimidas por uma lei nova. A

¹⁰⁰ ROUBIER, Paul. **Le Droit Transitoire.**, Op.cit., pp. 183; 213; 350; passim.

¹⁰¹ TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito.** São Paulo: Landy, 2003, p. 161.

título de exemplo, ROUBIER menciona as leis que atribuem aos bens o caráter de móveis ou imóveis, fungíveis, consumíveis, divisíveis, etc.¹⁰²

Concorrentes são as situações jurídicas que interessam simultaneamente a duas pessoas. Nada oferecem de particular quanto à sua constituição, efeitos e extinção. As dificuldades surgem no momento em que várias situações jurídicas, que se diferenciam pela data de sua constituição ou dos seus efeitos, entram em concorrência umas com as outras.

ROUBIER fornece um exemplo: suponha-se que uma doação tenha sido feita na vigência de lei que fixava parcimoniosamente a reserva hereditária, mas, antes da morte do testador, nova lei criou outros herdeiros com direito à legítima, ou aumentou essa legítima, de maneira que, nos termos desta nova lei, a doação deveria ser reduzida. Segundo ROUBIER, a situação jurídica do donatário foi constituída no dia da doação, não podendo ser-lhe aplicada lei posterior: cada situação jurídica deve reger-se pela lei que corresponde ao momento de sua constituição, de seus efeitos ou de sua extinção, conforme o caso.¹⁰³

No que tange à situação jurídica *dependente*, ensina ROUBIER que ela depende de uma situação jurídica principal. Assim, a lei que governa a situação jurídica principal governa, também, os efeitos da situação dependente. Como exemplo de situação jurídica dependente, apresenta ROUBIER a hipótese da obrigação alimentar, que é conseqüência do matrimônio. Nesse sentido, formula a seguinte regra: na medida em que a constituição de uma situação jurídica não é senão um efeito imediato e direto de uma situação principal, a lei nova deve ser considerada como tendo em vista os efeitos desta e, por conseguinte, tem aplicação imediata.¹⁰⁴

Finalmente, situação jurídica *retroativa* é aquela cuja constituição acarreta efeitos no passado. Assim, para as situações jurídicas retroativas, ROUBIER formula a seguinte regra: uma lei relativa a uma situação jurídica retroativa não é retroativa, mesmo quando os efeitos dessa situação devam recair em período anterior a sua vigência, desde que ela não deva

¹⁰² ROUBIER, Paul. **Le Droit Transitoire**, cit., p. 210.

¹⁰³ Ibidem, p. 219.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 216.

aplicar-se senão mediante a superveniência de fatos posteriores ao início dessa vigência, sob condição, entretanto, de que não se trate de fatos cuja superveniência seja inevitável ou de fatos cuja realização esteja inteiramente ao arbítrio de beneficiário desta retroatividade.¹⁰⁵

¹⁰⁵ ROUBIER, Paul. **Le Droit Transitoire**, cit., 205 e ss.

CAPÍTULO 3

O DIREITO ADQUIRIDO NO BRASIL

3.1 Evolução histórica nas constituições brasileiras

Superada a análise do direito adquirido no campo da Teoria Geral do Direito, torna-se agora necessário o estudo do direito positivo pátrio, particularmente no que concerne às questões suscitadas por este fenômeno no âmbito do Direito Constitucional e Civil brasileiro.

A primeira Constituição do Brasil independente, de 25 de março de 1824, documental e semi-rígida, consagrou em seu texto o princípio da irretroatividade ampla, desconhecendo a técnica da retroatividade parcial. Certamente sofreu a Carta Magna de 1824 a influência das primeiras formulações da fase científica do Direito Intertemporal, basicamente originárias da Escola da Exegese.¹⁰⁶

Com efeito, prescreveu a Carta imperial, em seu art. 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. (grifou-se)

Importante também destacar que a Constituição do Império, no citado art. 179, inciso XI, contemplava norma limitadora da retroatividade especificamente voltada à legislação penal.

A primeira Constituição do Brasil, após a proclamação da República, foi promulgada em 24 de fevereiro de 1891, mantendo, salvo pequenas alterações de forma, a disciplina constitucional da eficácia das leis no tempo, proveniente do Império.

Estabeleceu, pois, o Constituinte republicano:

¹⁰⁶ DANTAS, Ivo. **Direito Adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 53-54.

Art. 11. É vedado aos Estados, como à União:

(...)

§3º Prescrever leis retroativas.

A primeira Lei de Introdução ao Código Civil foi aprovada juntamente com o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916), sob a vigência da Carta de 1891. Não era, portanto, de se estranhar que as disposições atinentes ao Direito Intertemporal, constantes da Lei de Introdução, refletissem a doutrina que se sedimentou com base no art. 11, § 3º, da Carta de 1891.

Por isso, o art. 3º, da Introdução ao Código Civil, prescrevia:

A lei não prejudicará, em caso algum, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, ou a coisa julgada.

§1º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixado, ou condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem.

§2º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

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

A Constituição de 16 de julho de 1934, apesar de haver sido fruto de importante ruptura no sistema político brasileiro, não apresentou descontinuidade no tratamento da questão da eficácia das leis no tempo, em relação ao direito constitucional positivo anterior.¹⁰⁷ Trouxe, assim, um maior detalhamento do preceito da irretroatividade, como se pode ver em seu art. 113, item 3:

A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A partir daí, não há que se falar em princípio da irretroatividade ampla das leis, porquanto a norma de condicionamento agasalhada nos dispositivos correlatos das Constituições de 1824 e 1891, segundo a qual os atos legislativos, em princípio, não geram efeitos retroativos, foi extirpada do plano constitucional, permanecendo, à época, única e tão somente, como regra estrutural do ordenamento brasileiro.

¹⁰⁷ RAMOS, Elival da Silva, op. cit., p.114.

Em sua tentativa de institucionalizar o regime autoritário do “Estado Novo”, a Constituição de 10 de novembro de 1937 representou, sem sombra de dúvida, uma nódoa no constitucionalismo, de tradição libertária desde o seu nascedouro.¹⁰⁸

Em consonância com as suas fontes de inspiração ideológicas, nas quais se inclui o organicismo fascista, a Carta de 37 não poderia conviver pacificamente com muitas das disposições da Constituição de 1934, mormente as que favoreciam o indivíduo diante do Estado ou o cidadão diante dos detentores do poder.

Nesse quadro, foi totalmente eliminada da Constituição a norma limitadora da eficácia temporal das leis em matéria civil. Sustentou-se, então, que o Brasil andara bem ao se desvencilhar de sua tradição constitucional, para, de conformidade com a tendência prevaiente nos ordenamentos jurídicos europeus continentais, disciplinar a matéria pertinente aos conflitos intertemporais apenas em nível ordinário. De modo correlato, o Constituinte de 1937 eliminou a norma de exceção que determinava a retroatividade em benefício do réu, mantendo a norma impeditiva da retroatividade das leis penais, porém com um campo de abrangência ligeiramente menor: somente não poderiam retroagir as leis penais desfavoráveis ou, como então se dizia, aquelas que estabelecessem penas ou que as agravassem.

A Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4657 de 04.09.1942), elaborada na vigência da Carta de 1937, não manteve a mesma orientação da Lei Maior, e determinou em seu art. 6º, *caput*:

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.

Quanto à primeira parte do dispositivo, simplesmente encarnou em norma explícita a regra estrutural, já anteriormente tida como presente no ordenamento, pela qual, se diversamente não dispuser o legislador, o ato legislativo, apresenta apenas efeitos imediatos, e não força retroativa. No

¹⁰⁸ RAMOS, Elival da Silva, op. cit. pp. 116-119.

entanto, não deixou tal explicação de representar um aperfeiçoamento técnico do direito intertemporal positivo brasileiro, permitindo que se vislumbresse no plano normativo, claramente, a distinção, já então bem patenteada pelas teorias objetivistas, entre retroatividade e eficácia imediata.¹⁰⁹

Por várias razões, no entanto, o impacto da novação legislativa foi bastante reduzido. Em primeiro lugar, porque teve curta duração a vigência da norma em tela (2ª parte do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil), revogada que foi pela Constituição de 1946. Em segundo lugar, porque, em se tratando de mera norma de condicionamento, a proteção por ela dispensada fica sempre na dependência da vontade do legislador, que pode contorná-la sempre que bem lhe aprouver. Finalmente, a despeito de a abrangência da norma condicionadora ser, aparentemente, até mesmo maior do que resultaria em caso de menção aos direitos adquiridos, a doutrina e a jurisprudência emprestaram à disposição sentido menos amplo, tomando a expressão “situações jurídicas definitivamente constituídas” como equivalente àquela.

Os esforços no sentido da implantação de um sistema político democrático no Brasil prosseguiram após a derrocada do “Estado Novo”, sobrevindo a Constituição de 1946, que restabeleceu, em seu art. 141, § 3º, inserido em capítulo dedicado aos direitos e garantias individuais, a limitação aos efeitos retroativos e retrospectivos das leis civis, em termos idênticos aos da Constituição de 1934:

A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Para alguns autores, como LIMONGI FRANÇA, essa disposição constitucional revogou inteiramente o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil¹¹⁰:

Com a Constituição de 1946, tratando-se de preceito auto-aplicável, o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, ficou *ipso facto* revogado.

Para outros, no tocante à segunda parte do art. 6º da Lei de Introdução, mais por sua configuração inequívoca de norma meramente

¹⁰⁹ Ibidem, pp. 118-119.

¹¹⁰ FRANÇA, Rubens Limongi, op. cit., p. 150.

condicionadora da eficácia retrospectiva das leis, do que pela amplitude da tutela a que se predispunha, é certo que houve revogação.¹¹¹

O mesmo não se pode dizer da primeira parte do dispositivo, que se limitava a expressar regra estrutural do ordenamento, a qual, consubstanciada ou não em elemento normativo, continua a integrá-lo em sua estrutura.

De toda sorte, com o advento da Lei n. 3.238, de 1º de agosto de 1957, que deu ao art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil sua redação atual, foi eliminada qualquer discussão a respeito. Observe-se:

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

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se 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 pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

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

Examinar-se-á, mais adiante, o conteúdo do referido dispositivo detalhadamente.

A promulgação da Constituição de 1967, em seu texto original ou naquele resultante da Emenda n. 1, de 17 de outubro de 1969, manteve inalterada, no fundo e na forma, a disciplina da matéria, ao menos no tocante às leis civis.¹¹²

Em sede criminal, todavia, retrocedeu-se à disciplina vigente à época da Carta de 1937, o que mereceu severas críticas.

A insegurança jurídica reinante no período de 1964 a 1985, em que subsistiu o sistema político autoritário-militarista inaugurado com a Revolução de 31 de março de 1964, certamente não advinha das disposições do direito intertemporal positivo pátrio e sim da inconstitucionalidade dos atos institucionais, que ensejaram inúmeras violações de direitos adquiridos, como

¹¹¹ RAMOS, Elival da Silva, op. cit., p. 121.

¹¹² Cf. RAMOS, Elival da Silva, op. cit., p. 122

por exemplo, a demissão de funcionários estáveis ou mesmo vitalícios e a cassação de mandatos parlamentares.

Em 5 de outubro de 1988, foi promulgada Constituição que assinalou o reencontro do país com a democracia. A Carta Maior fora elaborada pelos membros do Congresso Nacional, na condição de integrantes da Assembléia Nacional Constituinte que, convocada pela Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, iniciou os seus trabalhos em 1º de fevereiro de 1987.

Refletiram-se, portanto, na Constituinte, as distorções da representação partidária na Câmara dos Deputados e do sistema eleitoral proporcional. Essa circunstância, somada à fragilidade das estruturas partidárias e à decisão da própria Constituinte de trabalhar sem um projeto básico inicial, abriu amplo espaço para as pressões corporativistas, que não tinham o contrapeso de propostas partidárias sólidas.

Temas de maior complexidade técnica e sem repercussão imediata para um segmento social específico passaram ao largo das discussões da Assembléia Nacional Constituinte, em que não se registrou nenhum debate importante sobre a temática dos limites à eficácia temporal dos atos legislativos, apesar de seus trabalhos terem se prolongado por mais de vinte meses.¹¹³

Analisar-se-á, agora, a disciplina do direito adquirido na Constituição de 1988, bem assim no art. 6º, da LICC, em sua redação atual.

3.2 O art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988

A Constituição de 1988 fez a previsão do respeito ao direito adquirido, no inciso XXXVI, do art. 5º. O referido dispositivo situa-se no Capítulo I, referente aos “Direitos e deveres individuais e coletivos”, que, por sua vez, está inserido no Título II, denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”. Assim, o respeito ao direito adquirido configura-se na Carta de 1988 como um direito fundamental, o que traz conseqüências de evidente relevo, conforme se verá adiante.

¹¹³ RAMOS, Elival da Silva, op. cit., pp. 123-124, passim.

A exemplo do que já haviam feito as Constituições de 1934, 1946 e 1967, a de 1988 disciplinou a proteção ao direito adquirido nos seguintes termos:

A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Importa, agora, esclarecer o teor do referido preceito da Constituição, de modo que possam ser examinados os principais aspectos concernentes a este direito fundamental.

3.2.1 Direito adquirido e princípio da irretroatividade

Consoante exposto no item 3.1, as Constituições de 1824 e de 1891 consagraram expressamente em seu texto o princípio da irretroatividade ampla. Considerando que a Constituição de 1988, seguindo a redação das Cartas Magnas de 1934, 1946 e 1967, não fez menção expressa à permissão ou proibição da retroatividade, impende averiguar se o princípio da irretroatividade das leis continua a ter assento constitucional.

Preliminarmente, importa esclarecer que, pelo princípio da irretroatividade das leis, entende-se que situações jurídicas já constituídas e completadas, bem assim seus efeitos gerados e já concluídos, não podem ser atingidos pela lei nova. Em outras palavras, os efeitos da lei nova não podem remontar a período anterior à data de sua entrada em vigor.¹¹⁴

Pode-se vislumbrar, a princípio, dois posicionamentos doutrinários a respeito do caráter constitucional do princípio da irretroatividade. Numa primeira corrente doutrinária, estão aqueles que entendem que a Constituição de 1988 não contemplou o princípio da irretroatividade. Em outra corrente doutrinária, posicionam-se aqueles que defendem que a Carta de 1988 trouxe o princípio da irretroatividade.

¹¹⁴ TOLEDO, Cláudia, op. cit., pp. 192-193.

Adepto da primeira corrente doutrinária, CELSO RIBEIRO BASTOS¹¹⁵ afirma que a Constituição Federal não consagra o princípio da irretroatividade, nem de forma implícita, nem explícita. Argumenta que a Constituição não é omissa ou lacunosa na matéria, mas simplesmente preferiu outra modalidade de proteção das situações pretéritas, de alcance técnico muito mais alto.

JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO¹¹⁶, seguindo os ensinamentos de CELSO RIBEIRO BASTOS, afirma que as Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1988 não consagraram o princípio da irretroatividade das leis, ou mesmo o da retroatividade dos novos diplomas legislativos. Defende que a definição da irretroatividade ou da retroatividade da lei nova como regra, no ordenamento jurídico brasileiro, é questão passível de ser fixada, ou mesmo alterada, pelo próprio legislador ordinário

Em posicionamento contrário, seguindo a segunda corrente doutrinária, LIMONGI FRANÇA¹¹⁷ aduz que, não obstante a aparente omissão do texto constitucional de 1988 sobre este aspecto da matéria, a regra continua sendo a da irretroatividade.

Para IVO DANTAS¹¹⁸, também adepto da segunda corrente doutrinária, a irretroatividade, com a única exceção da Constituição de 1937, jamais deixou de ser tratada pelos diversos modelos constitucionais, desde o imperial, até o vigente, de 1988. Afirma que, com a Constituição de 1934, não houve a supressão do princípio da irretroatividade, mas sim um maior detalhamento deste preceito. Zélio Furtado da Silva¹¹⁹ compartilha deste posicionamento e aduz que “no Brasil, o princípio da irretroatividade entrou no ordenamento jurídico pela ‘porta da frente’, isto é, como norma constitucional”.

Expostos os divergentes posicionamentos sobre o tema, consigne-se que é da própria natureza das coisas que todas as normas,

¹¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2001, 2. v., pp. 209-210.

¹¹⁶ CARDOZO, José Eduardo Martins, op. cit., pp. 309-312.

¹¹⁷ FRANÇA, R. Limongi, op. cit., p. 208.

¹¹⁸ DANTAS, Ivo, op. cit., pp. 53-62.

¹¹⁹ SILVA, Zélio Furtado da. **Direito adquirido à luz da jurisprudência do STF referente ao servidor público**. São Paulo: LED, 2000, p. 113.

enquanto expressões de dever ser, tenham efeitos imediato e prospectivo, não retroativos.

É princípio geral de direito e base do Direito Intertemporal o efeito imediato das leis. Isto significa que a lei, 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.¹²⁰

No que tange ao princípio da irretroatividade, pode-se afirmar que, apesar de o art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, não ter feito menção expressa à impossibilidade de retroatividade das leis, resta implícita a idéia de irretroatividade, uma vez que o princípio da irretroatividade encontra abrigo no princípio constitucional do Estado Democrático de Direito.¹²¹

O Estado Democrático de Direito é definido como organização jurídica do poder, que se assenta em alguns princípios e na declaração e garantia dos direitos fundamentais. O Estado Democrático de Direito contemporâneo, decorridos mais de dois séculos da instituição do Estado Liberal, apresenta um conjunto mais amplo dos princípios que o compõem indispensavelmente, tais como o princípio da certeza jurídica, da segurança jurídica, da irretroatividade das leis e do direito adquirido¹²².

Com efeito, esse Estado, ao positivizar o Direito, submetendo-se ao princípio da legalidade, tem por objetivo propiciar aos indivíduos a máxima segurança possível nas relações sociais tornadas jurídicas. Essa estabilidade social dá-se mediante o princípio da certeza jurídica, que assegura a imutabilidade dos fatos e atos jurídicos já realizados conforme as normas em vigor e o princípio da segurança jurídica, que gera a previsibilidade do enquadramento jurídico da conduta dos indivíduos com base na ordem normativa existente¹²³.

Estes princípios não necessitam estar expressos no texto constitucional, pois são indissociáveis desse tipo de Estado, que, sendo

¹²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 109.

¹²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva 2007, p. 473.

¹²² TOLEDO, Cláudia, op. cit., p. 114.

¹²³ TOLEDO, Cláudia, op. cit., p. 261.

fundado nas leis (Estado de Direito) advindas da vontade popular (Estado Democrático de Direito), ao formulá-las, já promove a segurança das situações jurídicas quanto ao presente e ao futuro, e, ao elaborá-las de forma não aleatória ou arbitrária, mas a partir da própria vontade autodeterminante popular, respeita as situações transcorridas no tempo pretérito.¹²⁴

Nesse sentido, o princípio da irretroatividade das leis situa-se ao lado do princípio da certeza jurídica e funciona como um dos instrumentos utilizados para tornar possível aquela imutabilidade a partir da determinação de que as leis regem somente os fatos presentes e futuros, não se submetendo aos seus efeitos as situações jurídicas anteriores à data de sua entrada em vigor¹²⁵

Assim, há de se concluir que, apesar da inexistência de referência literal ao princípio da irretroatividade em matéria civil no texto da Constituição de 1988, resta implícita a vigência do princípio da irretroatividade das leis como princípio fundamental no direito pátrio, de nível constitucional. Isso, pelo cânone da totalidade do objeto interpretado, bem assim pelos princípios da unidade e coerência do ordenamento jurídico, e pela imperatividade do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.¹²⁶

Compõe o princípio da irretroatividade das leis, juntamente com os princípios da certeza jurídica, da segurança jurídica e do direito adquirido, a estrutura essencial do Estado Democrático de Direito, que somente será como tal se suas leis forem criadas pela soberania autônoma do povo, o que demanda estabilidade social, alcançada através da positivação normativa crescente, balizada por princípios que a protegem e fomentam, como os três supracitados.¹²⁷

Entretanto, apesar de implícito o princípio da irretroatividade das leis, é certo que o legislador pátrio não acolheu o princípio da irretroatividade ampla das leis, presente nas Constituições de 1824 e 1891,

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ Idem, p. 197.

¹²⁷ Cf. TOLEDO, Cláudia., op. cit., p. 261.

mas sim o princípio da irretroatividade restrita, que consiste na proibição de leis prejudiciais ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Percebe-se, portanto, a influência, no texto constitucional, da teoria dos direitos adquiridos de GABBA, que também pregava a irretroatividade das leis restrita à proteção dos direitos adquiridos, conforme antes exposto. Nota-se, também, apesar de não explícita no texto do art. 5º, XXXVI, a influência da Teoria Objetiva de ROUBIER, através da noção implícita de efeito imediato das leis.

Destarte, tem-se o direito adquirido como limite a quaisquer efeitos temporais de um novo diploma legislativo, sejam estes pretéritos, imediatos ou futuros.

3.2.2 Destinatários da regra constitucional

Importa, neste ponto, estabelecer os destinatários da determinação de que a lei não prejudicará o direito adquirido.

Conforme já foi dito anteriormente, o respeito ao direito adquirido configura-se na Carta de 1988 como um direito fundamental. Assim, impende analisar a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, para se verificar a quem se dirigem suas normas e, conseqüentemente, a quem se dirige o princípio do respeito ao direito adquirido.

Consoante a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes Públicos constituídos, quais sejam, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Certamente, o fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Carta Magna os torna parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos. Nesse sentido, a constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos, passíveis de serem alterados ou suprimidos ao talante destes.¹²⁸

No âmbito do Poder Legislativo, a atividade legiferante deve guardar coerência com o sistema de direitos fundamentais. Além disso, a

¹²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., op. cit., pp. 235-240, passim.

vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais pode assumir conteúdo positivo, através da edição de normas que dêem regulamentação aos direitos fundamentais dependentes de concretização normativa, desde que respeitados os seus núcleos essenciais.¹²⁹

No que concerne ao Poder Executivo, a Administração também se vincula aos direitos fundamentais, tornando nulos os atos praticados com ofensa ao sistema destes direitos. A Administração deve, também, interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais e sua atividade discricionária deve respeitar os limites que lhe acenam os direitos fundamentais.¹³⁰

Em relação ao Poder Judiciário, a vinculação dos magistrados aos direitos fundamentais revela-se no dever que se impõe de respeito aos preceitos de direitos fundamentais, no curso do processo e no conteúdo das suas decisões.¹³¹

Conclui-se, assim, que, sendo a cláusula do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, um direito fundamental, seus destinatários são todos os Poderes Públicos constituídos, ficando, portanto, vedado ao legislador de todas as esferas da federação, aos magistrados e às autoridades administrativas praticar atos que causem ofensa ao direito adquirido.¹³²

Cumpra, por derradeiro, no que tange aos beneficiários do direito fundamental constante no art. 5º, XXXVI, destacar que o Supremo Tribunal Federal excluiu do rol de beneficiários dessa garantia constitucional a

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ Ibidem.

¹³² Esta também é a conclusão de Limongi França, op. cit., pp. 217-218; de José Eduardo Martins Cardozo, op. cit., p. 324; de Elival da Silva Ramos, op. cit., pp. 173-175; de Carlos Young Tolomei, op. cit., pp. 239-241; e de José Adércio Leite Sampaio em SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 177. Em sentido contrário, sustentando que a mencionada regra constitucional é dirigida diretamente ao legislador infraconstitucional: Ovídio Bernardi, em BERNARDI, Ovídio. **O Direito Adquirido e seu Problema Conceitual**. Revista dos Tribunais, v. 284, pp. 21-30, junho de 1959, p. 26; Anderson V. Teixeira, em TEIXEIRA, Anderson V. **O direito adquirido e o direito intertemporal a partir do debate entre Roubier e Gabba**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado, Porto Alegre, v. 29, n. 61, pp. 135-160, jan/jun. 2005, p. 140; Carmen Lúcia Antunes Rocha em ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio do direito adquirido no direito constitucional**. Revista Forense, v. 308, pp. 3-11, outubro-dezembro de 1989, p. 9.

entidade do Estado que tenha editado a norma retroativa. Esta matéria foi sumulada nos seguintes termos: “A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado” (Súmula nº 654 do STF).

JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO¹³³, ao interpretar a referida súmula, esclarece que o seu enunciado deve ser considerado em seus exatos domínios. Assim, pode muito bem o Estado impugnar em juízo decisão que tenha reconhecido, de forma equívoca, a ocorrência de uma situação jurídica consolidada, valendo-se do artigo 5º, XXXVI.

3.2.3 Direito adquirido em face do Poder Constituinte Originário e do Poder Constituinte Derivado

Consoante abordado no subitem anterior, inquestionável é que o Poder Legislativo, de qualquer das esferas da federação, é destinatário da norma constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988. Indaga-se, entretanto, se o referido preceito vincula o legislador constitucional, ou seja, se o Poder Constituinte Originário e o Poder Constituinte Derivado sujeitam-se a alguma espécie de limitação, no que tange ao direito adquirido.

Em relação ao Poder Constituinte Originário, o problema refere-se à aquisição de direito que se deu por força da ordem jurídica revogada e que, com o advento da nova Constituição, passou a contrariar as novas disposições constitucionais. Questiona-se, portanto, se é possível a alegação de direito adquirido em face da Constituição, tal como originariamente posta.

Desde muito tempo, sedimentou-se na doutrina e na jurisprudência brasileiras a idéia de que o Poder Constituinte Originário não está adstrito a respeitar direitos adquiridos lastreados nas normas ordinárias ou constitucionais anteriormente em vigor, ou seja, que não há direito adquirido contra a Constituição.

Alega-se que a norma constitucional é o centro do qual emana a validade do ordenamento que se lhe segue, somente nele se acolhendo o

¹³³ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 187.

preceito que seja com ela compatível e coerente. Assim, circunstância alguma, anteriormente estabelecida pelo Direito Constitucional Positivo, e posta de forma diversa pela norma constitucional inaugurada, teria força jurídica para manter-se. Nesse sentido, afirma-se que, contra a eficácia plena e imediata da norma constitucional, não se pode alegar direito adquirido, pois ela é o ato criador de uma nova ordem, não se estancando diante de qualquer situação anteriormente estabelecida, mesmo aquela que se aperfeiçoou sobre a base constitucional decaída.¹³⁴

Sob este aspecto, destacam-se os ensinamentos de CARLOS AYRES BRITTO e VALMIR PONTES FILHO¹³⁵:

O que não há é direito adquirido contra a Constituição, tal como originariamente posta, porque a Constituição originariamente posta é o começo lógico de toda a normatividade jurídico-positiva de um Estado soberano (KELSEN). Logo, não tem compromisso com a ordem jurídica anterior, justamente por ser inaugural de uma nova ordem cujo primeiro efeito é sepultar a própria Constituição primitiva. Noutros termos, então, somente a Constituição originária é que se põe na linha de largada do Direito Positivo. Sua irrupção no cenário jurídico significa a postura do começar tudo de novo, e não simplesmente a do ajeitar as coisas.

Desta mesma maneira se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, consoante se depreende de trecho do voto do Ministro MOREIRA ALVES no RE 94.414:¹³⁶

As normas constitucionais se aplicam de imediato, sem que se possa invocar contra elas a figura do direito adquirido, mesmo nas condições que vedam ao legislador ordinário a edição de leis retroativas, declarando que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, esse preceito se dirige apenas ao legislador ordinário, e não ao constituinte, seja ele ordinário seja ele derivado.

Argumenta-se, também, que, por ser o Poder Constituinte Originário ilimitado, ele não estaria jungido a normas positivas preexistentes,

¹³⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes., op. cit., pp. 6-9.

¹³⁵ BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir. **Direito adquirido contra as emendas constitucionais.** Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, n° 2002, outubro-dezembro de 1995, pp. 75-80.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 94.414/SP. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ de 19/04/1985.

quer em relação ao conteúdo das normas que edita, quer em relação ao procedimento para fazê-lo.¹³⁷ Assim, não lhe seria defeso retroagir e desconstituir efeitos de normas antes vigentes, podendo inclusive violar direitos adquiridos, dando efeito retroativo a novas disposições constitucionais. Entretanto, haveria um pressuposto de ordem formal: a ressalva do não respeito aos direitos adquiridos com fundamento na Constituição anterior tem de vir expressa, tal como se dispôs, por exemplo, no art. 17 do ADCT, não podendo a ressalva ser objeto de meras deduções interpretativas.¹³⁸

Em que pese o posicionamento assentado na doutrina e na jurisprudência quanto à inexistência de direito adquirido em face da Constituição, ousamos discordar desta idéia.

Consoante já comentado no item 3.2.1 deste trabalho, é da própria natureza das coisas que todas as normas, enquanto expressões de dever ser, sejam prospectivas e irretroativas. A noção de irretroatividade precede a qualquer regulação normativa, sendo, portanto, oriunda do direito natural e aplicável a qualquer norma, o que inclui as normas constitucionais. Nesse sentido, pode-se dizer que é contrário à natureza das coisas que qualquer norma retroaja para prejudicar o direito adquirido.

Ademais, o princípio do direito adquirido, conforme também já abordado, é insito ao princípio do Estado Democrático de Direito, estruturante do Estado Brasileiro, e considerado um dos fundamentos da República (art. 1º, *caput*, da Constituição de 1988). Sob esse aspecto, há de se enfatizar que o próprio Poder Constituinte Originário, para existir nesse Estado Democrático de Direito, tem de ser democrático. E, sob pena de contradição, só o será democrático se respeitar a essência do Estado Democrático de Direito, que compreende os princípios da certeza jurídica, da segurança jurídica, da irretroatividade das leis e do direito adquirido.

Assim, consiste em tarefa do Poder Constituinte Originário, como poder de um Estado Democrático de Direito, dispor sobre normas

¹³⁷ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 80.

¹³⁸ Cf. DANTAS, Ivo, op. cit., pp. 80-84.

constitucionais que viabilizem, da forma mais perfeita, o cumprimento da finalidade desse Estado, que é a efetividade dos direitos fundamentais.

O princípio do direito adquirido, como direito fundamental, apresenta-se como uma das condições de possibilidade do Estado Democrático de Direito. Surge como um dos instrumentos hábeis a proporcionar a garantia da certeza jurídica e, conseqüentemente, de segurança jurídica. Ambas as garantias são requisitos essenciais desse Estado para sua caracterização tanto como Democrático, quanto de Direito¹³⁹.

Nesse sentido, é inconcebível que um ordenamento jurídico que prime pela democracia admita que normas constitucionais retroajam para prejudicar situações jurídicas consolidadas na ordem jurídica anterior.

No que tange ao argumento de que a própria Constituição de 1988 teria excepcionado o princípio do respeito ao direito adquirido com a previsão do art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), da Constituição de 1988, tal ilação não merece prosperar.

Para sustentar a afirmação, cumpre, inicialmente, rever o teor do mencionado art. 17 do ADCT, que assim dispõe:

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 dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.

Ora, é de se notar que o ADCT narra uma determinada situação (vencimentos, remuneração, vantagens, adicionais e proventos de aposentadorias que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição de 1988) e apenas dá-lhe um novo enquadramento diante da Constituição de 1988 (imediate redução aos limites decorrentes da Constituição de 1988).

Registre-se, portanto, que o Constituinte não fez a previsão do desrespeito ao direito adquirido naquela situação. Ele tão somente inadmitiu a invocação de direito adquirido, o que não significa que a percepção de vencimentos, remuneração, vantagens, adicionais e proventos de

¹³⁹ Cf. TOLEDO, Cláudia, op. cit., p. 262.

aposentadorias, de acordo com a ordem jurídica anterior, seja considerada necessariamente direito adquirido. Ademais, o Constituinte em nenhum momento ordenou que se devolvesse o valor percebido em desacordo com a Constituição de 1988, o que evidencia o caráter prospectivo daquele enunciado.

Diante do acima exposto, pode-se concluir que há, sim, direito adquirido em face da Constituição, estando, por conseqüência, o Poder Constituinte Originário vinculado não propriamente à norma do art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, mas à idéia de que qualquer norma, em um Estado Democrático de Direito, não deve retroagir para prejudicar direitos adquiridos.

Uma vez abordada a questão do direito adquirido em face das normas constitucionais originárias, cumpre, agora, estabelecer se o Poder Constituinte Derivado se sujeita ao princípio do respeito ao direito adquirido.

O art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, como já se frisou, assim preceitua: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (grifou-se).

Doutrinadores há que negam a existência do respeito aos direitos adquiridos em face de emendas constitucionais, com apoio na inteligência de que somente a lei, em sentido formal, estaria proibida de desrespeitar este tipo de direito, e não as emendas constitucionais, que teriam uma hierarquia superior à da lei.¹⁴⁰ Afirmam que a referida norma constitucional teria como destinatário apenas o legislador infraconstitucional.

Sabe-se que a Constituição emprega o termo “lei” ora isoladamente, ora acompanhado de adjetivo (“lei complementar”, “lei orgânica”, “lei orçamentária”, “lei federal”, “lei estadual”, “lei municipal”). Tem-se também entendido que, se a palavra “lei” aparece solitariamente, há de ser identificada com o seu sentido material.¹⁴¹ Em sendo assim, há de se concluir que, se o art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, utiliza o termo “lei” isoladamente, este vocábulo engloba, indistintamente, todas as espécies legislativas contidas no

¹⁴⁰ Nesse sentido, Paulo Modesto em MODESTO, Paulo. **Reforma Administrativa e Direito Adquirido ao Regime da Função Pública**. Revista Trimestral de Direito Público, v. 14, pp. 232-238, 1996, e Carlos Young Tolomei, op. cit., pp. 259-261.

¹⁴¹ SAMPAIO, José Adércio Leite, cit., p.177.

art. 59 do texto constitucional, o que inclui as emendas constitucionais (art. 59, I)¹⁴².

Ademais, é evidente que não é pelo fato de haver citado a lei e não a emenda constitucional, que a Constituição esteja a liberar esta última quanto àquela proibição. O intérprete não pode esquecer que é justamente a lei a forma usual ou cotidiana de se inovar a ordem jurídica. As emendas são extraordinárias, episódicas e se caracterizam, não pela indicação das matérias que lhes são reservadas, mas pela indicação das matérias que lhes são proibidas (cláusulas pétreas). E não é só porque a Constituição apenas mencionou a lei como fonte de obrigação positiva ou negativa, que as emendas estariam proibidas de obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.¹⁴³

A vingar esse entendimento formal, não seria de espantar que alguém viesse a dizer que os chamados decretos ou regulamentos autônomos não se detêm diante da garantia constitucional da irretroatividade das leis.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, anterior à Constituição de 1988, era firme no sentido da inexistência de direito adquirido contra texto constitucional, resultando ele do Poder Constituinte Originário, ou do Poder Constituinte Derivado, conforme se verifica no voto do Ministro Moreira Alves no RE 94.414¹⁴⁴, já comentado acima.

Entretanto, ressalte-se que o citado julgado foi proferido sob a égide da Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional n. 1/69, podendo-se conceber a posição do STF como sendo compreensível, pois tendia a primar pelo público sobre o privado, mantendo coerência com o momento histórico em que o país se encontrava, além de possuir sólida base doutrinária.¹⁴⁵

¹⁴² DANTAS, Ivo, op. cit., p. 85.

¹⁴³ BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir, op. cit., pp.78-79.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 94.414/SP. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ de 19/04/1985.

¹⁴⁵ TEIXEIRA, Anderson V. **O direito adquirido e o direito intertemporal a partir do debate entre Roubier e Gabba**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado, Porto Alegre, v. 29, n. 61, pp. 135-160, jan/jun. 2005, p. 157.

Porém, com o advento da Constituição de 1988, este entendimento jurisprudencial restou prejudicado, mormente diante do art. 60, § 4º, IV, introduzido pela nova ordem constitucional¹⁴⁶, *verbis*:

Art. 60 (...)

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes

IV – os direitos e garantias individuais.

O supracitado § 4º, do art. 60, da Constituição, corresponde às denominadas limitações materiais do Poder Constituinte Derivado, também denominadas cláusulas pétreas. Destaque-se que o STF, interpretou este dispositivo constitucional no MS 23.047-MC¹⁴⁷, e assentou o seguinte entendimento:

As limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.

Ora, sendo o direito adquirido um direito individual previsto no art. 5º, da Constituição de 1988, encontra-se ele amparado pela cláusula de intangibilidade prevista nas disposições permanentes da Constituição Federal, em seu art. 60, § 4º, IV.

¹⁴⁶ O Ministro Moreira Alves identificou esta mudança com a Constituição de 1988, em conferência proferida no dia 29 de novembro de 2000, no Simpósio de Advocacia Pública, promovido pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal, em Brasília/DF. Veja-se transcrição de trecho relevante de sua conferência: “Com relação ao poder constituinte derivado, antes de 1988 já estava fixado o princípio de que a ele também se aplicava aquela regra segundo a qual a Emenda Constitucional tinha eficácia imediata. Ela não podia ter eficácia retroativa máxima ou média, mas sim eficácia imediata. E poderia ter essa eficácia retroativa máxima e média também se expressamente o declarasse, porque se entendia que aquele princípio que era do art. 153, § 3º, da Constituição anterior só se aplicava a legislação infraconstitucional e não à legislação constitucional.”

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MS-MC 23.047/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ de 13/11/2003.

Cumpra, neste ponto, esclarecer se a tutela do art. 60, § 4º, IV, abrangeria apenas a garantia do indivíduo de não prejuízo ao direito adquirido, ou se abrangeria, também, os direitos adquiridos em si considerados.

Há quem considere que o direito adquirido não é, ele próprio, um direito fundamental ou uma cláusula pétrea. Seu respeito pelo legislador ordinário é que seria o direito fundamental. Assim, haveria dois direitos distintos e inconfundíveis: de um lado “o direito adquirido”, de outro “o direito do indivíduo de que a lei não viole seu direito adquirido”.¹⁴⁸

Há que discordar desse posicionamento. Impende entender, juntamente com CARLOS AYRES BRITTO e VALMIR PONTES FILHO¹⁴⁹, RAUL MACHADO HORTA¹⁵⁰, IVO DANTAS¹⁵¹, ELIVAL SILVA RAMOS¹⁵² e MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO¹⁵³, que o direito adquirido, em si considerado, também não poderá ser prejudicado pelas emendas constitucionais.

Ora, se assim não fosse, estar-se-ia diante de um paradoxo: a norma de garantia do direito não pode ser suprimida, mas o próprio direito garantido pode ser violado? Ademais, considerando a presença do princípio da segurança jurídica no ordenamento jurídico pátrio, certamente o direito adquirido, em si, não poderia ser prejudicado pelas reformas constitucionais.

Por fim, para sanar quaisquer dúvidas a respeito da proteção dos direitos adquiridos em face das emendas constitucionais, urge destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 24.875/DF¹⁵⁴ em 2006,

¹⁴⁸ Compartilhando deste posicionamento: Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, op. cit., pp. 207-215; SILVÉRIO, Paulo Roberto M. **O Instituto Jurídico dos Direitos Adquiridos e a Cláusula Pétrea dos Direitos e Garantias Individuais**. Revista de Informação Legislativa, n. 128, pp. 69-77, out-dez 1995; José Eduardo Martins Cardozo, op. cit., pp. 313-314; Carlos Young Tolomei, ob. cit., pp. 249-263.

¹⁴⁹ BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir, op. cit., pp. 75-80, outubro-dezembro de 1995.

¹⁵⁰ HORTA, Raul Machado. **Constituição e Direito Adquirido**. Revista Trimestral de Direito Público, v. 1, pp. 50-61, 1993.

¹⁵¹ DANTAS, Ivo, op. cit., pp.80-89.

¹⁵² RAMOS, Elival da Silva, op. cit., pp. 232-242.

¹⁵³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 106-125.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MS 24.875/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ de 06 /10/2006.

entendeu que a EC 41/2003 não poderia violar o direito adquirido dos magistrados aposentados do STF, de receberem quantia superior ao teto salarial fixado pela referida emenda.

3.2.4 Direito adquirido e leis de ordem pública

Em alguns países, vigora o sistema legal de Direito Intertemporal, em que é uma lei ordinária que estabelece que as leis não podem retroagir, impedindo, portanto, que as leis sejam aplicadas a fatos passados ou a efeitos futuros de fatos passados. Nesses países, a doutrina e a jurisprudência, via de regra, entendem que o juiz pode dar efeito retroativo às leis de ordem pública.¹⁵⁵ Por ordem pública, entende-se toda matéria relativa imediatamente ao interesse coletivo, de relevância social, voltada para a realização do bem comum¹⁵⁶.

No Brasil, os princípios da irretroatividade e do direito adquirido, conforme já abordado anteriormente, têm proteção constitucional, vigorando, portanto, o sistema constitucional de Direito Intertemporal. Assim, a dimensão constitucional que se confere ao princípio do direito adquirido não permite que se excepcionem da aplicação do princípio as chamadas leis de ordem pública e que se admita a sua retroatividade.¹⁵⁷

Já à época da vigência da Constituição de 1934, REYNALDO PORCHAT¹⁵⁸ demonstrava preocupação com a questão da retroatividade ou não das leis de ordem pública, e cuidou de fulminar a tese de que as leis de ordem pública poderiam ignorar os direitos adquiridos, conforme se pode observar em trecho de sua obra, *verbis*:

Uma das doutrinas mais generalizadas e que de longo tempo vem conquistando foros de verdade, é a que sustenta que são retroativas as “leis de ordem pública” ou as “leis de direito público”. Esse critério é, porém, inteiramente falso, tendo sido

¹⁵⁵ ALVES, Moreira José Carlos, **Direito Adquirido**, op. cit., pp. 580-581.

¹⁵⁶ TOLEDO, Cláudia, op. cit., p. 211.

¹⁵⁷ Nesse sentido: Cláudia Toledo, op. cit., pp. 209-219; Elival Ramos, op. cit., pp. 194-204; Zélio Furtado da Silva, op. cit., pp. 114-118. Contra essa orientação: Limongi França, op. cit., pp. 263-273.

¹⁵⁸ PORCHAT, Reynaldo. **Curso elementar de direito romano**. São Paulo: Melhoramentos, 1937, v. 1, pp. 338-339.

causa das maiores confusões na solução das questões de retroatividade. O interesse público e o interesse privado se entrelaçam de tal forma, que as mais das vezes não é possível separá-los. 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 que sejam desconhecidos e apagados. O que convém ao aplicador de uma nova lei 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.

Da leitura do art. 5º, XXXVI, da atual Constituição, que repete a redação das Constituições de 1934, 1946 e 1967, também se depreende que a Carta Maior não faz qualquer diferenciação entre leis de direito público e leis de direito privado, no que tange à proteção do direito adquirido. Notável é, portanto, que a constituição de 1988 não fez nenhuma ressalva neste sentido.

A este respeito manifestou-se PONTES DE MIRANDA¹⁵⁹:

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.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 493¹⁶⁰, sanou quaisquer dúvidas que poderiam existir no tocante a este aspecto da matéria, destacando-se o voto do relator, Ministro MOREIRA ALVES, cujo trecho se transcreve:

Esse preceito constitucional 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. Já na representação de inconstitucionalidade nº 1.451, salientei em voto que proferi como relator: 'Aliás, no Brasil, sendo o princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada de natureza constitucional,

¹⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**, cit., t. 5, p. 99.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 493/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ de 04/09/1992.

sem qualquer exceção à qualquer espécie de legislação ordinária, não tem sentido a afirmação de muitos – apegados ao direito de países em que o preconceito é de origem 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’.

Convém, ainda, expor a manifestação do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE sobre o voto do Ministro MOREIRA ALVES:

Vimos, aqui, na ADIn 493 – e creio que o acompanhamos, por unanimidade, o voto antológico do MINISTRO MOREIRA ALVES – a sustentar que, precisamente porque, ao contrário dos ordenamentos europeus para os quais e sobre os quais tanto polemizaram GABBA e ROUBIER e tantos outros, a nossa garantia do direito adquirido V. Ex.a, Sr. Presidente, também, em obras doutrinárias e em acórdãos, tem insistido nisso, não é uma questão teórica de direito intertemporal a aplicar na sucessão de leis silentes a respeito: é uma garantia constitucional, irremovível, pois, pelo legislador ordinário. E, por isso, naquele acórdão, unânime no ponto, asseverou-se que o tratar-se de lei de ordem pública não afetaria a proteção do direito adquirido, exatamente, porque, ao contrário do que sucedia, na França, onde escreveu ROUBIER ou na Itália, onde escreveu GABBA, entre nós, se trata de garantia constitucional e não de uma regra doutrinária de interpretação.

Por fim, há que destacar que a invocação, no § único do art. 2035, do Código Civil¹⁶¹, de preceitos de ordem pública, para afastar a incidência de cláusulas contratuais sob a vigência da lei nova, consiste em manifesta contradição com a orientação predominante na doutrina e jurisprudência brasileiras, no tocante a este tema, nos termos já expostos¹⁶².

¹⁶¹ **Art. 2035.** A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. **Parágrafo único.** Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

¹⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 448.

3.2.5 Direito adquirido e leis interpretativas

Leis interpretativas são aquelas elaboradas para sanar obscuridade ou ambigüidade da lei interpretada e visam fixar, dentre os caminhos possíveis, a validade de um destes caminhos. Seu requisito é a existência de incerteza quanto ao significado normativo do preceito, do que decorre a possibilidade de mais de uma interpretação, inviabilizando a unidade de comportamento que deve haver entre os seus destinatários.¹⁶³

Indaga-se sobre o possível caráter retroativo de tais leis interpretativas, ou seja, questiona-se acerca da incidência ou não da cláusula de proteção ao direito adquirido em relação a esta modalidade de ato legislativo.

REYNALDO PORCHAT¹⁶⁴, ao escrever sobre este assunto, no início do século XX, em sua obra “Da retroactividade das leis civis”, afirmou que as leis interpretativas teriam uma ação aparentemente retroativa, em virtude da sua aplicação aos fatos anteriores, que se deram no domínio da lei interpretada e que ainda não foram consumados. Argumenta que a lei interpretativa não é propriamente uma lei nova diferente da antiga, mas surge, por uma necessidade geral, sem estatuir nada de novo, para fazer um só corpo com a lei interpretada e ter aplicação desde a data em que esta entrou em vigor.

WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA¹⁶⁵ reiterou a doutrina de PORCHAT, aduzindo que inexistente problema conflitual no que tange às leis interpretativas, pois a lei nova interpretativa não entra em conflito com a lei anterior, limitando-se apenas a esclarecer aquilo que já deveria ser dito como certo.

Ora, manifesto é o equívoco da doutrina da mera aparência de retroatividade das leis interpretativas, na medida em que se retenha o conceito hermenêutico de que a interpretação efetuada pelo próprio órgão emissor do

¹⁶³ TOLEDO, Cláudia, op. cit., p. 199.

¹⁶⁴ PORCHAT, Reynaldo. **Da retroactividade das leis civis**. São Paulo: Duprat, 1909, p. 55.

¹⁶⁵ BATALHA, Wilson de Souza Campos, op. cit., p. 189.

ato normativo geral e abstrato, mediante a edição de um novo ato dessa natureza, não consubstancia um verdadeiro ato de interpretação¹⁶⁶.

Certamente, uma lei que se limite a reproduzir, ainda que com outras palavras, preceito já constante de legislação anterior, introduz uma nova norma no ordenamento, tanto que revoga a norma repetida, por regular inteiramente a matéria nela versada. Assim, há de se concluir que a projeção dos efeitos da lei de interpretação ao tempo da vigência da legislação interpretada configura o fenômeno da retroatividade e se sujeita à limitação que a Constituição lhe impõe, no art. 5º, XXXVI, em matéria civil, no tocante ao respeito aos direitos adquiridos¹⁶⁷.

Mais recentemente, CLÁUDIA TOLEDO¹⁶⁸ veio proclamar as leis interpretativas como exemplo de leis retroativas válidas no Estado Democrático de Direito, constituindo-se casos excepcionais. Argumenta que, na medida em que os efeitos da lei interpretativa remontam à data de entrada em vigor da lei interpretada, possui a lei interpretativa incontestável efeito retroativo, agindo sobre todas as situações jurídicas em curso, contanto que não tenha havido, em relação a essas, transação ou coisa julgada.

Aduz não haver nenhuma ficção jurídica nesse caso: a lei interpretada tem efeito imediato e a lei interpretativa, efeito retroativo, porquanto lhe esclarece o conteúdo, respeitados os limites do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.¹⁶⁹

Ousa-se discordar do posicionamento acima exposto, uma vez que, no ordenamento jurídico brasileiro, embora se reconheça a possibilidade de o Poder Legislativo editar leis destinadas a esclarecer o sentido de atos legislativos antecedentes, estas leis interpretativas em nada se diferenciam das demais, inclusive no tocante ao respeito aos direitos adquiridos e à obediência à cláusula do art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988. Ademais, é de se notar que o referido preceito constitucional utiliza apenas o termo “lei”, e não faz

¹⁶⁶ RAMOS, Elival da Silva, op. cit., pp. 169-170.

¹⁶⁷ Ibidem.

¹⁶⁸ TOLEDO, Cláudia, op. cit., pp. 199-201, passim.

¹⁶⁹ Ibidem.

qualquer diferenciação, fato este que leva à conclusão de que o referido termo deve abranger leis de qualquer natureza, inclusive as interpretativas.

Afinal, por que e para que se editam leis interpretativas? Obviamente porque já houve interpretações distintas e que precisam ser afastadas porque o legislador as considera “erradas”, vale dizer, não conformes com o “verdadeiro” sentido da lei. E para quê? Para que, doravante, se observe a interpretação correta. Mais uma vez, portanto, prospectividade, porque isso é da natureza de qualquer norma enquanto expressão de dever ser, de vir a ser.

3.2.6 O art. 5º da Constituição de 1988 como norma de eficácia plena

JOSÉ AFONSO DA SILVA, em sua obra *Aplicabilidade das normas constitucionais*¹⁷⁰, classificou as normas constitucionais quanto à sua eficácia e aplicabilidade e discriminou-as em três diferentes categorias: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.¹⁷¹

As normas de eficácia plena são aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. Tais normas são de aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica.¹⁷²

As normas de eficácia contida, por sua vez, são aquelas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos

¹⁷⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁷¹ Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em sua obra *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, apresentam classificação diversa daquela proposta por José Afonso da Silva. As normas de eficácia plena, a que alude José Afonso da Silva, correspondem, segundo os supramencionados autores, às normas de aplicação. No que tange às normas de eficácia contida e eficácia limitada, Celso Bastos e Carlos Britto as reuniram em uma só categoria, denominada normas de integração. As normas de integração subdividem-se em normas completáveis e em normas restringíveis, que correspondem, respectivamente, às normas de eficácia limitada e às normas de eficácia contida. Ver BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

¹⁷² SILVA, José Afonso da., *Ibidem*, pp. 82-83.

queridos, mas prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Estas normas são também de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade.¹⁷³

Por fim, as normas de eficácia limitada são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. As normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não-essenciais, ou, melhor, não dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes.¹⁷⁴

Uma vez distinguidas as normas quanto à sua eficácia e aplicabilidade, importa agora enquadrar a norma estabelecida no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição de 1988, como uma norma de eficácia plena, contida ou limitada. Necessário se faz, também, verificar se o referido preceito do art. 5º, XXXVI, da CF, é compatível com regulamentação infraconstitucional.

A este respeito, pode-se vislumbrar, a princípio, dois posicionamentos doutrinários divergentes.

O primeiro posicionamento, compartilhado por ELIVAL DA SILVA RAMOS¹⁷⁵ e CARLOS YOUNG TOLOMEI¹⁷⁶, considera que a norma do art. 5º, XXXVI, da Constituição brasileira, deve ser enquadrada como uma norma de eficácia plena. Afirmam tratar-se de disposição que reúne todos os elementos necessários para incidir plenamente e de modo imediato, não contendo previsão de restrição ulterior de seus efeitos por meio de legislação infraconstitucional.

¹⁷³ Ibidem.

¹⁷⁴ SILVA, José Afonso da. Ibidem.

¹⁷⁵ RAMOS, Elival da Silva, op. cit., pp. 131-144, passim.

¹⁷⁶ TOLOMEI, Carlos Young, op. cit., pp. 93-102, passim.

Consideram os supramencionados autores ser inadmissível a atuação do legislador ordinário no sentido de, respeitados os marcos significativos dos conceitos de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, atribuir-lhes um sentido mais preciso, excludente de outras possibilidades. Asseveram, por fim, que cabe aos destinatários da cláusula de proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, interpretá-la e aplicá-la, contando unicamente com o lastro das construções doutrinárias.

Também partidário deste posicionamento, OUVÍDIO BERNARDI¹⁷⁷, indo adiante, defende que o legislador ordinário não tem competência para definir juridicamente o direito adquirido, pois, do contrário, o tópico constitucional se constituiria em letra morta. Afirma que o disposto no art. 6º, § 2º, da LICC, é potencialmente inconstitucional, pois poderia ocorrer a hipótese de um ato não se circunscrever na órbita vaga e estreita de sua definição gramatical e, no entanto, ser direito adquirido, em face da ordem natural das coisas, do bom senso, ou da jurisprudência interativa, ou das doutrinas dominantes. Sugere, portanto, a revogação pura e simples do art. 6º, § 2º, da LICC.

O segundo posicionamento doutrinário, sustentado por LIMONGI FRANÇA¹⁷⁸, e seguido por CLÁUDIA TOLEDO¹⁷⁹, considera adequado o caráter ordinário do conceito de direito adquirido. Argumentam esses autores que, muito embora a Constituição tenha consagrado um instituto de bases assentadas na consciência nacional, essas bases não são rígidas e absolutas, mas sujeitas, em vários dos seus aspectos, a mutações e aprimoramentos. Desse modo, formular na Constituição um conceito de direito adquirido, implicaria subtrair-lhe muitas das suas possibilidades de progresso, tanto através da doutrina e da jurisprudência como da própria legislação extravagante. Concluem, portanto, que ao legislador ordinário compete estabelecer as lindes do conceito de direito adquirido.

¹⁷⁷ Cf. BERNARDI, Ovídio. **O Direito Adquirido e seu Problema Conceitual**. Revista dos Tribunais, v. 284, pp. 21-30, junho de 1959, pp. 24-30.

¹⁷⁸ FRANÇA, R. Limongi, op. cit., pp. 210-211.

¹⁷⁹ TOLEDO, Cláudia, op. cit., p.175.

Há que concordar, em parte, com os posicionamentos doutrinários acima apresentados e oferecer um terceiro posicionamento quanto à questão em tela.

Observe-se que a norma do art. 5º, XXXVI, da Carta Magna, é de eficácia plena, tendo, portanto, aplicabilidade direta, imediata e integral. Registre-se que o § 1º, do art. 5º, da Constituição de 1988, dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, estabelecendo, assim, uma ordem de otimização, uma determinação para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

Entretanto, em que pese o art. 5º, XXXVI, da CF, ter aplicabilidade imediata, o legislador infraconstitucional não está impedido de definir os institutos constantes no art. 5º, XXXVI, da Constituição.

O art. 5º, XXXVI, da Constituição, traz a previsão de um direito fundamental sem reserva legal expressa¹⁸⁰, uma vez que a Constituição, neste caso, não previu explicitamente a possibilidade de intervenção legislativa. Nesta hipótese, a ação limitadora, de índole legislativa, judicial ou administrativa, há de ser imantada por todo o tipo de cautela, tendo em vista a possibilidade de abusos no estabelecimento de restrições a direitos fundamentais não submetidos a reserva legal expressa.

Assim, é possível a atuação do legislador infraconstitucional, definindo o direito adquirido, tal como ocorreu na redação do art. 6º, § 2º, da LICC. Entretanto, não deve ultrapassar os limites estabelecidos pelo texto constitucional em sua sistematicidade material e formal e não deve ofender o núcleo essencial do direito fundamental constante no referido dispositivo constitucional.

Por núcleo essencial entende-se o conteúdo mínimo de um direito, insuscetível de ser violado, sob pena de aniquilar-se o próprio direito. O

¹⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., pp. 303-304, passim.

legislador, ao restringir direitos, estaria, então, limitado pelo núcleo essencial do direito a ser restringido.¹⁸¹

Registre-se que, mais adiante, procederemos à análise específica da regulamentação feita pelo art. 6º, da LICC, no tocante ao direito adquirido, bem assim estudaremos com mais profundidade o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Uma vez assentado que o princípio do respeito ao direito adquirido tem aplicabilidade imediata, e que o legislador infraconstitucional, desde que não vá além dos limites definidos no próprio âmbito de proteção constitucional, pode definir os institutos constantes no art. 5º, XXXVI, da Constituição, passa-se à análise do art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

3.3 O art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil

A atual Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942, com a redação dada pela Lei nº. 3.238, de 1957), em seu art. 6º, dispõe sobre a proteção ao direito adquirido, nos seguintes termos:

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

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se 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 pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

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

Verifica-se que o referido preceito é composto inteiramente de elementos oriundos do art. 3º, da primitiva Lei de Introdução ao Código Civil (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916), e da redação original do art. 6º, do

¹⁸¹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 102.

Decreto-Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942, que instituiu a vigente Lei de Introdução ao Código Civil.¹⁸²

A expressão “A lei em vigor terá efeito imediato e geral” é exatamente a reprodução, *ipsis litteris*, da primeira parte do *caput* do citado Decreto-Lei. As expressões que se seguem são as mesmas da Lei de Introdução de 1916, com apenas três diferenças: 1ª) onde se dizia “A lei não prejudicará”, a nova redação usa a palavra “respeitados”; 2ª) a Lei nº 3238/57, suprimiu, assim como a Constituição, a locução “em caso algum”; 3ª) a forma em vigor antepõe o ato jurídico perfeito ao direito adquirido.¹⁸³

Passa-se, no item seguinte, a abordar, especificamente, o art. 6º, *caput*, da atual redação da Lei de Introdução ao Código Civil, conferida pela Lei nº. 3.238, de 1957.

3.3.1 A regra explícita do efeito imediato e geral das leis e a proteção ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada

O art. 6º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942, com a redação dada pela Lei nº. 3.238, de 1957), dispõe nos seguintes termos:

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

Percebe-se a adoção, no texto, de forma explícita, não apenas da Teoria dos Direitos Adquiridos de GABBA, mas também da Teoria das Situações Jurídicas de ROUBIER.

A dicção do art. 6º, da LICC, segundo a qual “a lei em vigor terá efeito imediato e geral”, representa a aplicação da noção de efeito imediato das leis trazida por ROUBIER, para quem a lei deve ser aplicada ao presente.

Com efeito, do panorama traçado anteriormente, constata-se que, para a Teoria das Situações Jurídicas de ROUBIER, a idéia central é a do *tempus regit actum*. Em sendo assim, a lei, ao entrar em vigor, e até que seja

¹⁸² FRANÇA, R. Limongi, op. cit., pp. 221-222.

¹⁸³ *Ibidem*.

abrogada, tem força obrigatória e geral.¹⁸⁴ Nesse sentido, estabeleceu o legislador ordinário literalmente que a lei em vigor terá “efeitos imediatos”, ou seja, que deve em princípio atuar no presente, qualificando implicitamente como excepcional sua atuação pretérita. Disso decorre, também em nível infraconstitucional, a adoção do princípio da irretroatividade das leis.¹⁸⁵

Quando o dispositivo legal assegura que devem ser “respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”, nota-se a influência da Teoria Subjetiva, preconizada por GABBA, que entendia ser justa a aplicação da lei nova a relações constituídas anteriormente, desde que se respeitassem todos os direitos adquiridos.

Destaque-se que não há incompatibilidade entre o princípio do efeito imediato e geral da lei nova e o da incolumidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada. Pelo contrário, se a lei tem efeito imediato e geral, para o futuro, por certo ela não se aplica aos fatos anteriores ou, principalmente, aos efeitos decorrentes desses fatos. A lei se aplica imediatamente, a partir do momento em que se torna obrigatória, não retroagindo aos efeitos dos fatos pretéritos. Os limites do efeito imediato, portanto, são o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.¹⁸⁶

3.3.2 Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada

O respeito ao ato jurídico perfeito, conforme visto acima, consiste em uma garantia constitucional e em um direito fundamental, uma vez que se encontra previsto no art. 5º, XXXVI, da Carta de 1988.

A formulação do conceito de ato jurídico perfeito, tal como ocorreu em relação ao direito adquirido, foi feita pelo legislador ordinário, o qual, no § 1º, do art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, assim dispôs:

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

¹⁸⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Comentário teórico e prático da lei de introdução ao código civil**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1943, v. II, p. 307.

¹⁸⁵ CARDOZO, José Eduardo Martins, op. cit., pp 318-321.

¹⁸⁶ ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo, op. cit., pp. 266-267.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao comentar o conceito legal de ato jurídico perfeito, afirmou que este direito já consumado é também intangível pela lei nova, por ser direito mais do que adquirido, direito esgotado. Sustenta que, se o simples direito adquirido é protegido contra interferência da lei nova, mais ainda o é o adquirido já consumado. Ensina, também, o mencionado constitucionalista que a diferença entre o direito adquirido e o ato jurídico perfeito está em que aquele emana diretamente da lei em favor de um titular, enquanto o segundo é negócio fundado na lei.¹⁸⁷

Convém salientar que a segurança do ato jurídico perfeito é um modo de garantir o direito adquirido pela proteção que se concede ao seu elemento gerador, pois se a nova norma considerasse como inexistente ou inadequado o ato já consumado sob o amparo da norma precedente, o direito adquirido dele decorrente desapareceria por falta de fundamento. Ademais, para gerar direito adquirido, o ato jurídico deverá não só ter acontecido em tempo hábil, ou seja, durante a vigência da lei que contempla aquele direito, mas também ser válido, isto é, conforme aos preceitos legais que o regem.¹⁸⁸

Sobre essa categoria limitante, é sempre lembrada a lição de PONTES DE MIRANDA, ao comentar o §3º, do art. 153, da Carta de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969, que corresponde ao art. 5º, XXXVI da Constituição de 1988¹⁸⁹:

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 da vontade, como os negócios jurídicos bilaterais, assim os negócios jurídicos, como as reclamações, interpretações, a fixação de prazo para a aceitação de doação, as comunicações, a constituição de domicílio, as notificações, o reconhecimento para interromper a prescrição ou com sua eficácia (ato jurídico *stricto sensu*).

¹⁸⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.**, cit., pp. 435-436.

¹⁸⁸ Cf. DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 191.

¹⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**, t. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 102.

No que concerne à coisa julgada, sua proteção também corresponde a uma garantia constitucional e a um direito fundamental, prevista que está no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988.

O § 3º, do art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, por sua vez, assim definiu a coisa julgada:

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

MARIA HELENA DINIZ, em sua obra *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, ao tecer comentários sobre o referido dispositivo legal, afirma que a coisa julgada é uma qualidade dos efeitos do julgamento. É o fenômeno processual consistente na imutabilidade e indiscutibilidade da sentença, posta ao abrigo dos recursos definitivamente preclusos, e dos efeitos por ela produzidos, porque os consolida, privilegiando a segurança jurídica dos litigantes.¹⁹⁰

Da relação entre o direito adquirido e a coisa julgada, tem-se, conforme asseveram CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS¹⁹¹, que a proteção que se dá à coisa julgada é um caso particular da proteção mais ampla dispensada ao direito adquirido. Este se incorpora ao patrimônio de seu titular independentemente do trânsito judicial. Na coisa julgada, o direito incorpora-se por força da proteção que recebe da imutabilidade da decisão judicial. Daí falar-se em coisa julgada formal e material.

Ensinam NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY¹⁹² que coisa julgada material é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário nem à remessa necessária do art. 475 do Código de Processo Civil. Já a coisa julgada formal é a inimpugnabilidade da sentença no processo em que foi proferida.

¹⁹⁰ DINIZ, Maria Helena, op. cit., pp. 199-200.

¹⁹¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.**, cit., pp. 218-219.

¹⁹² Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 593-596, passim.

Destaque-se que a garantia referida no art. 5º, XXXVI, do texto constitucional, refere-se à coisa julgada material, e não à coisa julgada formal¹⁹³. Ficou, portanto, superada a definição do art. 6º, § 3º, da LICC, prevalecendo hoje o conceito do art. 467 do Código de Processo Civil, segundo o qual “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Com efeito, o texto constitucional só se refere à coisa julgada material, porque o que se protege é a prestação jurisdicional definitivamente outorgada. A coisa julgada formal só se beneficia da proteção indiretamente, na medida em que se configura como pressuposto da coisa julgada material. Tutela-se, assim, a estabilidade dos casos julgados, de maneira que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente no seu patrimônio.¹⁹⁴

Feitos os esclarecimentos a respeito do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, importa destacar que, para alguns autores, seria suficiente a referência, tanto na Constituição, como na LICC, apenas ao direito adquirido, uma vez que os conceitos de ato jurídico perfeito e coisa julgada nele se inserem.¹⁹⁵ JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO afirma, inclusive, que o direito adquirido deve ser tomado como gênero, tendo como espécies o direito adquirido em sentido estrito, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.¹⁹⁶

Em que pese se concorde que, dessa formal tripartição, o conceito central é o conceito de direito adquirido, reconhece-se que a tripartição conceitual tem a vantagem de tornar mais explícitas determinadas situações muito comuns e embaraçosas, como a separação entre as mudanças relativas à constituição (forma) e ao conteúdo. Nesse sentido, a referência ao ato jurídico perfeito, por exemplo, permite definir com maior clareza a lei aplicável a dadas situações jurídicas que somente produzirão efeitos no futuro, eventualmente no regime da lei nova.

¹⁹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.**, cit., p. 436.

¹⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Ibidem*.

¹⁹⁵ FRANÇA, R. Limongi., *op. cit.*, pp. 234-238.

¹⁹⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite., *op. cit.*, pp.173-174.

Ademais, consoante os ensinamentos de PONTES DE MIRANDA¹⁹⁷, o ato jurídico perfeito é conceito do plano da existência, o direito adquirido é conceito do plano da eficácia dos fatos jurídicos e a coisa julgada é conceito do plano da eficácia da sentença. Tal constatação justifica uma previsão tripartite, com diferentes definições. Veja-se trecho da lição do ilustre civilista a este respeito:

O ato jurídico perfeito é fato jurídico, que tem o seu momento-ponto, no espaço-tempo: entrou em algum sistema jurídico, em dado lugar e data. O conceito é conceito do plano da existência: se ato jurídico começa de existir, aqui e agora, é porque o ato entrou no mundo jurídico aqui e agora, e a sua juridicidade é a coloração que lhe deu o sistema jurídico tal como aqui e agora ele é. O direito adquirido é o direito que nasceu a alguém. O conceito é conceito do plano de eficácia, porque todo direito é efeito, como são as ações e todas as exceções. Deve ter havido, antes, *fato*, que entrou no mundo jurídico, em certo lugar e em certo momento, embora pudesse não ter sido ato, do qual se haja irradiado o direito. (...) A coisa julgada, essa, é o estabelecimento sentencial de estado do mundo jurídico. É conceito do plano de eficácia, mas, não do plano de eficácia dos fatos jurídicos, que se podem articular na res deducta, e sim do plano de eficácia da sentença. (grifou-se).

Feitas as distinções entre o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, há que diferenciar, no item seguinte, o direito adquirido da expectativa de direito.

3.3.3 Direito adquirido e expectativa de direito

Desde os primórdios da noção de direito adquirido se faz a contraposição entre este e a expectativa de direito. Quando da consolidação da doutrina clássica, já no século XIX, digladiavam os autores na tentativa de fixar com maior nitidez os contornos dessa distinção¹⁹⁸.

GABBA ensina que se está diante de uma expectativa de direito sempre que os fatos aquisitivos não se verificarem por inteiro¹⁹⁹.

¹⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**, v. V, cit., p. 60.

¹⁹⁸ RAMOS, Elival da Silva., op. cit., p. 186.

¹⁹⁹ GABBA, C F. **Retroattività Delle Leggi**, cit., p 227.

No direito pátrio, LIMONGI FRANÇA, seguindo a definição de GABBA, afirma que a diferença entre direito adquirido e expectativa de direito está na existência, em relação àquele, do fato aquisitivo específico, já configurado por completo.²⁰⁰

Ensina LIMONGI FRANÇA que tal fato aquisitivo não é só o fato particular, exterior à lei, mas pode se encontrar nela própria, quando o direito dela diretamente decorrer. Conclui que, se a lei for, por si própria, o fato gerador específico, independentemente de requisito exterior, não haverá a possibilidade da existência de expectativa, pois o direito adquirido exsurge direta, imediata e exclusivamente do próprio mandamento legal. Se houver a exigência de cumprimento de requisito legal, enquanto esse não se der, não há que se falar em aquisição de direito. Finalmente, haverá mera expectativa sempre que falte ou esteja incompleto o fato aquisitivo específico particular, exterior à lei.²⁰¹

Importante, também, destacar a diferenciação entre direito adquirido e expectativa de direito feita por CLÁUDIA TOLEDO²⁰²:

Somente há *direitos adquiridos* no momento em que as situações jurídicas já estão produzindo seus *efeitos*, o que significa afirmar sua inexistência na fase de criação da situação, ainda que se trate de criação contínua ou sucessiva. Nesse momento, como o sujeito *já iniciou a formação* da situação jurídica, tendo-se valido do amplo direito de agir que a liberdade jurídica incondicionada lhe fornece ou de uma das faculdades jurídicas que a ordem jurídica lhe oferece, o que há é *expectativa de direito*. Em se tratando de mera *expectativa de direito*, a lei nova incide imediatamente, modificando-a ou mesmo extinguindo-a, por suprimir a situação jurídica que se encontrava em processo de formação.

No âmbito da jurisprudência do STF, destaque-se que expectativa de direito, no dizer do Ministro LUIZ GALLOTTI, “é algo que antecede a sua aquisição”.²⁰³

²⁰⁰ FRANÇA, Rubens Limongi., cit., p. 224.

²⁰¹ FRANÇA, Rubens Limongi. Ibidem.

²⁰² Cf. TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**, passim. p. 205.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 73.189/SP. Relator: Ministro Luiz Gallotti, Seção de Jurisprudência, Aud. de Publ. de 23/05/1973.

A propósito, JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO afirma que a nova e velha jurisprudência do Supremo Tribunal tem arrolado como expectativa de direito: a situação dos herdeiros antes da abertura da sucessão, os atos condicionais antes da realização de condição resolutiva e as hipóteses de direitos eventuais²⁰⁴.

3.3.4 O § 2º, do art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e a definição de direito adquirido

Consoante estabelecido no item 3.2.6 deste trabalho, o princípio do respeito ao direito adquirido tem aplicabilidade imediata. Entretanto, tal fato não obsta que o legislador infraconstitucional defina o direito adquirido, desde que não ultrapasse os limites estabelecidos pelo texto constitucional em sua sistematicidade material e formal e não ofenda o núcleo essencial do direito adquirido.

O legislador infraconstitucional definiu o direito adquirido no art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, nos seguintes termos:

Art. 6º (...)

§ 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 pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

Cumpre, neste momento, verificar a adequação do referido preceito infraconstitucional à Constituição brasileira de 1988, que dispôs que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

É de se notar que a Constituição, acertadamente, apenas fez a previsão do instituto do direito adquirido. Não apresentou a Carta Magna elementos que caracterizam o direito adquirido como tal e não lhe ofereceu definição alguma. Diz-se que a Constituição agiu acertadamente, pois se entende que o texto constitucional deve ser apresentado de forma sintética, nele devendo constar apenas a previsão dos princípios e regras fundamentais, não sendo aconselhável trazer definições e conceitos fechados que, com o avançar dos anos e dinâmica da realidade fática, possam se desatualizar.

²⁰⁴ Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite., op. cit., p. 231.

Em análise ao § 2º, do art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, há de se observar que a definição de direito adquirido foi apresentada de forma tautológica, redundante e imprecisa. Com efeito, o legislador infraconstitucional não inovou em relação ao texto constitucional e, do texto oferecido, extrai-se que direito adquirido é aquele direito que o seu titular possa exercer.

LIMONGI FRANÇA chegou, também, à conclusão semelhante.²⁰⁵ Ao comentar a definição de direito adquirido trazida pela Lei de Introdução ao Código Civil, decompôs os termos do preceito em foco, e constatou que, para o legislador, são direitos adquiridos, *verbis*:

1. o direito que o seu titular possa exercer;
2. o direito que alguém, como representante de seu titular, possa exercer;
3. o direito cujo começo de exercício tenha termo prefixo;
4. o direito cujo começo de exercício tenha condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem.

Na visão de FRANÇA, a substância do conceito está unicamente no primeiro elemento da análise acima exposta. Direito adquirido, para o legislador, seria então aquele que o seu titular possa exercer.

No que tange ao direito exercido por meio de outrem, afirma LIMONGI FRANÇA que tal exercício não é matéria fundamental do conceito de direito adquirido, porque, em princípio, é evidente que os direitos exercidos por representantes são como se o fossem pelo próprio titular.

Em relação à extensão do conceito aos direitos a termo e aos condicionais, assevera o civilista, com toda razão, que a referida extensão constitui questão não conceitual, mas de interpretação do alcance do conceito.

Conclui o referido doutrinador que a definição de direito adquirido, como sendo aquele que o titular possa exercer, é uma definição sintética do objeto, restando clara a sua insuficiência, mormente para a solução dos problemas relativos à matéria.²⁰⁶

Ora, se a definição de direito adquirido constante na LICC foi apresentada de forma sintética e limitada, não inovando em relação ao texto

²⁰⁵ FRANÇA, Rubens Limongi., op. cit., pp. 227-228.

²⁰⁶ Cf. FRANÇA, Rubens Limongi., op. cit., p. 228.

constitucional, há de se concluir que o § 2º, do art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, não ultrapassou os limites estabelecidos pelo texto constitucional em sua sistematicidade material e formal.

No que tange à verificação da ofensa ao núcleo essencial do direito adquirido, cumpre inicialmente afirmar que, conforme apontado acima, o texto constitucional, no art. 5º, XXXVI, apenas fez menção ao respeito ao direito adquirido e não apresentou quaisquer elementos que pudessem conduzir à essência do direito adquirido.

Assim é que, dessa previsão constitucional não se faz possível a extração do núcleo essencial do direito adquirido, ou seja, do conteúdo mínimo deste direito.

Necessário se faz recorrer à doutrina e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, numa tentativa de alcançar a essência do direito adquirido, conforme se fará nos capítulos seguintes deste trabalho.

CAPÍTULO 4

A BUSCA PELO NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO ADQUIRIDO

4.1 Considerações iniciais

O que vem a ser o direito adquirido? O direito adquirido é um instituto de direito que está na ordem das coisas e, por isso, todo homem pode compreendê-lo, diante das circunstâncias concretas. Nesse sentido, pode-se afirmar que todos nós sabemos o que é o direito adquirido. Dificuldade surge, entretanto, no momento de conceituá-lo, de defini-lo, de apresentar os traços que o caracterizam.²⁰⁷

Com efeito, a dificuldade é intrínseca à denominação, que parece encerrar uma tautologia. Poder-se-ia dizer que todo e qualquer direito, se é direito, assim o é porque já foi adquirido. Se não for adquirido, também não será direito.²⁰⁸

Não há dúvida que os juristas, até hoje, não encontraram uma fórmula única e geral, aplicável a todos os aspectos do conflito de leis no tempo. Segundo SAN TIAGO DANTAS, quase todos conceituam o direito adquirido de um modo um pouco diverso, porque é difícil, a não ser em situações concretas, dizer quando os fatos idôneos estão todos reunidos para a produção de determinado efeito de direito.²⁰⁹

No ordenamento jurídico pátrio, conforme restou assentado no capítulo anterior, a Constituição de 1988, acertadamente, não trouxe parâmetros para fixar o conteúdo do direito adquirido. Questiona-se, assim, se seria possível e viável uma delimitação teórica ou em abstrato do conteúdo do direito adquirido no sistema jurídico brasileiro.

Diante desta indagação, surge a necessidade de pesquisar e tentar alcançar o núcleo essencial do direito adquirido, ou seja, o conteúdo mínimo deste direito fundamental. Para tanto, imprescindível se torna estudar o

²⁰⁷ Cf. BERNARDI, Ovídio., op. cit., p. 25.

²⁰⁸ Cf. TOLOMEI, Carlos Young., cit., p. 108.

²⁰⁹ Cf. DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 81.

princípio da proteção do núcleo essencial, para esclarecer o significado do “núcleo essencial” de um direito fundamental. De grande relevância também se faz identificar, através da análise da doutrina e da jurisprudência pátrias, qual seria o núcleo essencial do direito adquirido no sistema jurídico brasileiro.

Assim, o estudo do núcleo essencial do direito adquirido revela-se importante, para que se possa identificar, no caso concreto, a sua efetiva existência ou inexistência. Necessário, também, o seu estudo, para que se constate se algumas leis fazem restrição desmesurada e desproporcional ao direito adquirido e para que se verifique se o Supremo Tribunal Federal, quando da prolação de suas decisões, tem também restringido o alcance deste direito fundamental.

4.2 O princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais

Alguns ordenamentos jurídicos constitucionais consagram expressamente o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. A Lei Fundamental alemã de 1949 inseriu-o no art. 19.2, dispondo que “em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência”.

A referida cláusula corresponde a uma tentativa de oferecer resposta ao poder quase ilimitado do legislador no âmbito dos direitos fundamentais, tal como amplamente reconhecido pela doutrina até o início do século passado. A proteção dos direitos individuais era feita por meio da aplicação do princípio da legalidade da Administração e dos postulados da supremacia da lei e da reserva legal. Nesse sentido, os direitos fundamentais submetidos à reserva legal poderiam ter a sua eficácia completamente esvaziada pela ação do legislador.²¹⁰

Por razões semelhantes, a Constituição portuguesa e a Constituição espanhola contêm dispositivos que limitam a atuação do legislador na restrição aos direitos fundamentais.

²¹⁰MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., op. cit., p. 305.

A Constituição portuguesa de 1976 refere-se à garantia do núcleo essencial em seu art. 18.3, segundo o qual “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

O art. 53.1, da Constituição espanhola, também faz alusão a esta garantia, quando estabelece que “os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo II do presente Título vinculam todos os poderes públicos. Somente por lei, que em todos os casos deve respeitar seu conteúdo essencial, poderão ser regulados esses direitos e liberdades (...)”.

Ressalte-se que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto princípio constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial tem por objetivo evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desproporcionais ou desmesuradas. Em termos exatos, tem-se em mira a efetividade de um direito fundamental.²¹¹

Mas o que é o núcleo essencial de um direito fundamental? Tal significado não é unívoco na doutrina. Podem-se vislumbrar na doutrina alemã duas diferentes teorias a respeito do tema, designadas como absoluta e relativa.

Para a teoria absoluta, o conteúdo essencial consistiria em um núcleo fundamental, determinável em abstrato, próprio de cada direito, sendo, por isso, intocável. Corresponderia a um espaço de maior intensidade valorativa que não poderia ser afetado sob pena de o direito deixar realmente de existir.²¹²

O núcleo essencial dos direitos fundamentais é compreendido pelos adeptos da teoria absoluta como a unidade substancial autônoma que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual intervenção legislativa. Segundo esta concepção, haveria um espaço que seria

²¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., op. cit., p. 306.

²¹² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 304.

suscetível de limitação por parte do legislador e um outro espaço que não comportaria limitações. Nesse caso, ter-se-ia um “limite do limite” para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação.²¹³

Assim, de acordo com essa teoria, todo direito fundamental teria um núcleo essencial passível de ser teoricamente delimitado, no qual estariam inseridos os modos típicos de seu exercício. O núcleo essencial constituiria o conteúdo mínimo do direito, insuscetível de ser violado, sob pena de aniquilar-se o próprio direito. O legislador, ao restringir direitos, estaria, então, limitado pelo núcleo essencial do direito a ser restringido.²¹⁴

Para a teoria relativa, o núcleo essencial dos direitos fundamentais deve ser definido segundo cada caso concreto, à luz do direito restringido, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria, então, aferido através da utilização de um processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, o núcleo essencial corresponderia àquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação.²¹⁵

Tendo em vista que a teoria relativa reconduz o conteúdo essencial dos direitos fundamentais ao princípio da proporcionalidade, a restrição só seria legítima quando fosse exigida para a realização de bens jurídicos que devessem ser considerados no caso como mais valiosos e tão-somente na medida em que essa exigência se impusesse ao direito fundamental.²¹⁶

Assim, segundo os adeptos da teoria relativa, o tamanho do conteúdo essencial só pode ser mensurado em face de um conflito específico, ou seja, quando estiverem em jogo valores comprimindo-se reciprocamente.²¹⁷

²¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., *ibid.*, pp. 306-307, *passim*.

²¹⁴ BARROS, Suzana de Toledo., *op. cit.*, p. 102.

²¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 307.

²¹⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos., *op. cit.*, pp. 304-305.

²¹⁷ BARROS, Suzana de Toledo., *cit.*, p. 103.

Sua principal diferença em relação à teoria absoluta consiste em que o conteúdo essencial não é algo preestabelecido e fixo, na medida em que não é um elemento estável nem uma parte autônoma do direito fundamental.

Leciona PETER HÄBERLE, em sua obra *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*²¹⁸, que tanto os conhecimentos da teoria absoluta, como aqueles da teoria relativa, são aproveitáveis. Visando conciliar as propostas de ambas as teorias, o autor defende a ponderação de bens como meio de determinação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, levando em conta o objetivo da teoria absoluta de exclusão de uma relativização dos direitos fundamentais

Ensina o referido autor que o conteúdo e os limites dos direitos fundamentais devem ser determinados em atenção aos outros bens jurídicos constitucionais. Nesse sentido, através de seus limites, os particulares bens jurídicos constitucionais entram em relação uns com os outros. Assim, o princípio através do qual se há de determinar o conteúdo e os limites dos direitos fundamentais e através do qual se solucionam os conflitos que surgem entre os bens jurídicos constitucionais que coexistem uns com os outros, segundo HÄBERLE, é a ponderação de bens, caracterizada como imanente à Constituição.²¹⁹

Nesse sentido, o conteúdo e os limites de um direito sempre não de ser determinados em relação a outros bens jurídicos e devem deduzir-se em uma operação intelectual diferenciada, originando-se os direitos fundamentais em situações de conflito, sendo sempre atualizados e concretizados caso a caso.²²⁰

Cumprе salientar que os bens jurídicos constitucionais concorrentes não estão em uma relação de subordinação, no sentido de serem utilizados uns contra os outros. Estão sim coordenados uns com os outros, ao tempo em que se condicionam reciprocamente. Por meio da ponderação de bens proporciona-se um equilíbrio entre os bens jurídicos que colidem. Isto se

²¹⁸ HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madri: Dykinson, 2003, p. 65.

²¹⁹ HÄBERLE, Peter., op. cit., p. 33.

²²⁰ Ibid., p. 36.

dá porque a colisão, evidentemente, é o resultado do choque de forças sociais, quando gestam a Constituição. A ponderação resolve ou ameniza essa colisão.²²¹

Destaca HÄBERLE que a função social dos direitos fundamentais tem no presente contexto um interesse especial: evitar a relativização dos direitos fundamentais. O objetivo do legislador, quando introduz normas no âmbito dos direitos fundamentais, tem de ser o de alcançar um grau ótimo de significação destes direitos para a vida social em seu conjunto e isso se dá através da conformação e execução dos direitos fundamentais. Uma ponderação de bens que puser em questão a função social dos direitos fundamentais será inconstitucional. Privará os direitos fundamentais de sua significação constitutiva para a ordem constitucional.²²²

HÄBERLE discorre também sobre os limites imanentes dos direitos fundamentais. Ensina que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é delimitado através dos limites imanentes que protegem o conteúdo essencial, conforme o princípio da ponderação dos bens. Os limites imanentes, segundo o autor, são os limites que cercam o conteúdo essencial.²²³ Esta fórmula deixa claro que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais não é uma medida deduzida em si e independentemente do conjunto da Constituição e dos bens jurídicos reconhecidos junto a tais direitos. O conteúdo essencial de um direito fundamental e seus limites admissíveis constituem uma unidade.²²⁴ Assim, é próprio do conteúdo essencial de um direito fundamental que ele só pode ser determinado por meio de uma reflexão sobre os conteúdos essenciais de outros bens jurídicos constitucionais²²⁵.

Diferencia o autor o princípio da proporcionalidade do princípio da ponderação de bens. Afirma que a questão da proporcionalidade surge somente quando uma ponderação de bens já tiver tido lugar. Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade pressupõe uma ponderação de bens

²²¹ Ibid., pp. 39-40.

²²² Ibid., p. 50.

²²³ HÄBERLE, Peter., op. cit., p. 58.

²²⁴ Ibid., p. 59.

²²⁵ Ibid., p. 63.

e exige que os meios aplicados para lograr o fim a que se aspira sejam apropriados.²²⁶

Conclui HÄBERLE que o art. 19.2 da Lei Fundamental alemã, segundo o qual “em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência”, possui natureza declaratória. O referido artigo teria expressado, segundo HÄBERLE, de modo declarativo, simplesmente o que resulta de uma interpretação adequada do direito fundamental afetado. No fundo, diz o autor, o artigo 19.2 é uma norma constitucional vazia. Não contém nada que não tivesse vigência sem ela. Assim, a função do art. 19.2 seria oferecer uma fundamentação mais sólida para a constatação de uma lesão a um direito fundamental e assegurar os direitos fundamentais frente ao legislador.²²⁷

No Brasil, a Constituição de 1988 não contempla expressamente a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Entretanto, em que pese o texto constitucional brasileiro não ter feito esta consagração expressa, é inequívoco que a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte. A não admissão de um limite ao legislador tornaria inócua qualquer proteção fundamental.²²⁸

É também de se notar que o art. 60, § 4º, IV, da Constituição de 1988, veda expressamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. A referida vedação foi instituída para proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal, em acórdão já citado, pronunciou-se nesse mesmo sentido, ao interpretar o supracitado dispositivo constitucional²²⁹:

As limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, **mas apenas a proteção do núcleo essencial dos**

²²⁶ Ibid., pp. 67-68, passim.

²²⁷ Ibid., pp. 219-220, passim.

²²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., cit., p. 309.

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MS-MC 23.047/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ de 14/11/2003.

princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.
(grifou-se).

Assim, é possível sustentar que as cláusulas pétreas, consagradas no art. 60, § 4º, IV, da Constituição de 1988, albergam a recepção, no Brasil, do princípio da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Se, afinal, as emendas constitucionais não podem atingir o núcleo essencial dos direitos fundamentais, evidentemente isso também não poderá ocorrer pela ação do legislador ordinário.

Vale salientar que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de extrema relevância, referiu-se expressamente ao princípio da proteção ao núcleo essencial. No julgamento do Habeas Corpus nº 82.959/SP,²³⁰ no ano de 2006, entendeu o Tribunal que a imposição de regime integralmente fechado para o cumprimento de pena pelos condenados por crimes hediondos configuraria lesão ao princípio da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Uma vez estudados os fundamentos do princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, importa analisar o núcleo essencial do direito adquirido, na visão da doutrina pátria.

4.3 O núcleo essencial do direito adquirido segundo a doutrina brasileira

A doutrina brasileira há muito se tem esforçado para conceituar o direito adquirido. Há de se notar que grande parte dos doutrinadores entende ser possível uma conceituação e uma conseqüente delimitação teórica em abstrato do instituto do direito adquirido. Nesse sentido, quando os doutrinadores pátrios apresentam uma definição do direito adquirido, adotam a teoria absoluta da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, que antes aqui se abordou.²³¹

²³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. HC 82.959/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ de 01/09/2006.

²³¹ Importante registrar que outros doutrinadores brasileiros entendem não ser possível uma delimitação teórica em abstrato do direito adquirido, uma vez que a análise do conceito de direito adquirido estaria engastada no exame de cada caso concreto, somente se podendo conhecer da essência deste instituto em causas específicas

Apesar de as definições de autores brasileiros acerca do direito adquirido apresentarem traços em comum, não se alcançou, no Brasil, um conceito preciso e uniforme. Cada autor procura definir o direito adquirido da forma que lhe parece mais correta. Confirmam-se algumas das definições elaboradas pela doutrina pátria.

Para CARLOS MAXIMILIANO, “chama-se adquirido o direito que se constituiu regular e definitivamente e a cujo respeito completaram-se os requisitos legais e de fato para se integrar ao patrimônio do respectivo titular, quer tenha sido feito valer, quer não, antes de advir norma posterior em contrário.”²³²

Vinculando os conceitos de direito subjetivo e de direito adquirido, JOSÉ AFONSO DA SILVA observa:

Para compreendermos um pouco melhor o que seja o direito adquirido, cumpre lembrar o que se disse acima sobre o *direito subjetivo*: é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente. Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada. (...) Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em *direito adquirido*, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se no seu patrimônio, para ser exercido quando convier.²³³

LIMONGI FRANÇA sustenta que o direito adquirido “é a conseqüência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; conseqüência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência da lei nova sobre o mesmo objeto”.²³⁴

PAULO LACERDA, por seu turno, ensina que “direito adquirido é a conseqüência de um fato idôneo a produzi-la, em virtude da lei do tempo no qual o mesmo se consumou e que antes da atuação da lei nova entrou a fazer

para, inclusive, detectar-lhes os elementos básicos. Desse modo, percebe-se a adoção, por estes autores, da teoria relativa de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, abordada no item anterior deste trabalho. Cf. RAMOS, Elival da Silva., op. cit., p.183; Cf. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes., op. cit., pp. 3-11, outubro-dezembro de 1989, p. 3; Cf. SILVA, Zélio Furtado da., op. cit., pp. 135-139.

²³² MAXIMILIANO, Carlos., op. cit., p. 43.

²³³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.**, cit., p. 434.

²³⁴ FRANÇA, Rubens Limongi., op. cit., p. 231.

parte do patrimônio da pessoa a quem respeita, sem que esta ainda o tenha feito valer”.²³⁵

CARLOS YOUNG TOLOMEI, defendendo a necessidade da fixação dos contornos científicos do direito adquirido, afirma que “o direito adquirido é o direito subjetivo já incorporado ao patrimônio individual.”²³⁶

Nota-se a grande influência exercida pela Teoria dos Direitos Adquiridos de GABBA sobre a doutrina brasileira. Para justificar esta afirmação, importante trazer novamente a definição de direito adquirido de GABBA. Segundo ele, é adquirido todo direito que: 1) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato foi realizado, ainda que a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo; e que 2) nos termos da lei sob cujo império ocorreu o fato do qual se originou, passou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.²³⁷

Ora, em que pese não haver uniformidade nas definições de direito adquirido trazidas pelos doutrinadores brasileiros, encontram-se nelas elementos da definição de GABBA sobre o direito adquirido. Assim, para a doutrina pátria fazem parte da essência do direito adquirido os seguintes elementos: 1) o direito mencionado no conceito de direito adquirido refere-se ao direito subjetivo, ou seja, ao direito concreto; 2) é indispensável que o direito tenha se tornado elemento ou parte do patrimônio individual para ser considerado adquirido; 3) o direito, para ser considerado adquirido, deve ser consequência de um fato aquisitivo.

Conclui-se, portanto, que para os doutrinadores brasileiros que entendem ser possível uma delimitação teórica em abstrato do direito adquirido, o seu núcleo essencial corresponde aos elementos acima descritos,

²³⁵ LACERDA, Paulo. **Manual do Código Civil Brasileiro**, v. I. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1918, p. 144.

²³⁶ TOLOMEI, Carlos Young., op. cit., p. 131.

²³⁷ “É acquisito ogni diritto, che: a) è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo, in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benchè l’occasione di farlo valere non siasi presentata prima dell’attuazione di una legge nuova intorno al medesimo, e che, b) a termini della legge sotto l’impero della quale accade il fatto da cui trae origine, entrò immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acquistato”(GABBA, op. cit., p. 191).

extraídos dos ensinamentos do italiano GABBA na Teoria Subjetivista do Direito Intertemporal.

4.4 A necessidade do alcance do núcleo essencial do direito adquirido na jurisprudência

Apesar de restar fixada pela doutrina brasileira uma concepção teoricamente delimitada do direito adquirido como sendo o seu núcleo essencial, entende-se que a utilização de uma definição em abstrato do direito adquirido não é o melhor caminho para identificar a sua essência e verificar o seu eventual respeito ou prejuízo pela lei nova. A percepção do núcleo essencial do direito adquirido só pode ser feita através da análise de casos concretos e esta afirmativa se justifica por duas razões principais.

A primeira razão é que, para verificar a existência de um direito adquirido, é necessário examinar o direito à luz da lei anterior e da lei posterior, de maneira a constatar se esta prejudicou o direito adquirido sob a vigência daquela. Em outros termos, para se aferir se há, ou não, direito adquirido violado pela lei nova é preciso verificar se a aquisição se deu sob a vigência da lei antiga, não podendo o direito ser prejudicado por aquela. Para saber se a lei nova retroagiu ou não, atingindo direito adquirido, é indispensável o seu exame em face da anterior.

E tudo isso só pode ser verificado através do exame de uma situação concreta que envolva uma lei anterior e uma lei posterior e não através da utilização de um conceito abstrato de direito adquirido.²³⁸ Somente diante de uma situação concreta é possível afirmar quando os fatos idôneos estão todos reunidos para a produção de determinado efeito.

A segunda razão consiste em que, para o conteúdo e os limites do direito adquirido serem revelados e para a identificação de seus elementos nucleares e periféricos, torna-se necessária a ponderação de bens e

²³⁸ Este foi exatamente o posicionamento adotado pelos ministros Moreira Alves, Ilmar Galvão e Nelson Jobim em seus votos, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº. 226.855/RS. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 226.855/RS. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ de 13/10/2000.

interesses, pois o conteúdo essencial do direito adquirido deve ser determinado juntamente com a reflexão sobre os conteúdos essenciais de outros bens jurídicos constitucionais que se apresentam em confronto com o direito adquirido. E esta ponderação de interesses só se faz possível em situações concretas, quando estão em jogo os bens jurídicos constitucionais concorrentes.

Reconhece-se, portanto, como mais adequados para se alcançar o núcleo essencial do direito adquirido os fundamentos da teoria relativa da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, sob a perspectiva desenvolvida por Peter Häberle. Nesse sentido, o núcleo essencial dos direitos fundamentais deve ser definido no caso concreto, à luz do direito restringido, frente a outros direitos que gozem de igual proteção constitucional. Deve-se tomar cuidado, entretanto, com o relativismo injustificado do conteúdo do direito adquirido, sendo necessário julgar as razões das restrições a partir de um dado previamente fixo.

Se é através da análise dos casos decididos que se extrai a essência da definição de direito adquirido, imprescindível examinar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Corte encarregada da guarda da Constituição brasileira e, por isso, dotada de papel indispensável no direcionamento das leituras da comunidade jurídica a respeito dos direitos fundamentais. Tal é o trabalho que será empreendido no próximo capítulo.

CAPÍTULO 5

O DIREITO ADQUIRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Certamente uma das melhores formas de se compreender a essência do direito adquirido é verificar como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem analisado o tema.

Para tanto, serão examinados alguns acórdãos do STF em que se afirmou ou não a existência do direito adquirido. O elenco de matérias que serão expostas não é, evidentemente, exaustivo. Há decisões que não dizem respeito diretamente à aquisição de direitos, nas quais, porém, a matéria tem de ser versada, para solucionar questões de interpretação do direito federal à luz da Constituição, ou para negar acesso ao reexame de determinadas questões pelo órgão máximo da jurisdição constitucional brasileira. Os exemplos selecionados, de qualquer sorte, são marcantes, eis que revelam, no plano da práxis jurídica, algumas das aplicações dos conceitos abordados ao longo da presente dissertação.

Assim, se os fundamentos da teoria relativa da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais são os mais adequados para alcançar o núcleo essencial do direito adquirido, mister um exame pontual da jurisprudência do STF sobre o direito adquirido, numa tentativa de identificar a sua essência.

Preliminarmente, impende verificar se toda a questão que envolve a alegação de desrespeito ao direito adquirido tem sido apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo da jurisdição constitucional brasileira. Posteriormente, será realizada uma sucinta sistematização dos acórdãos do STF em que foi apreciada a alegação de violação ao direito adquirido, no tocante a alguns temas considerados relevantes para a análise proposta: a) direito adquirido e Direito Civil; b) direito adquirido e Execução Penal; c) direito adquirido e Administração Pública; d) direito adquirido e Direito Tributário; e) direito adquirido e Servidor Público.

Assim, verificar-se-á qual é o entendimento do STF a respeito do direito adquirido, a partir de algumas questões que lhe foram submetidas, em diferentes áreas do Direito.

5.1 Direito adquirido no Supremo Tribunal Federal: questão constitucional ou infraconstitucional?

Considerando a previsão constitucional sobre a proteção ao direito adquirido e a definição conferida pelo legislador infraconstitucional ao direito adquirido, cumpre, preliminarmente, esclarecer se toda a alegação de afronta ao direito adquirido corresponde a uma questão constitucional, a ser apreciada pelo STF. Em outros termos, importa verificar se o STF tem se considerado o tribunal competente para, em última instância, apreciar todas as questões relacionadas ao direito adquirido.

A esse respeito, é possível identificar dois entendimentos distintos na jurisprudência do STF.

De acordo com o primeiro entendimento, a questão do direito adquirido nem sempre é constitucional. Nesse sentido, a primeira Turma do Supremo Tribunal, no julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 135.632-4/RS²³⁹, relator ministro CELSO DE MELLO, em 10/10/1995, decidiu que a noção conceitual de direito adquirido é tema da legislação ordinária, sendo que tão-somente o princípio inerente à proteção ao direito adquirido tem natureza constitucional. Confira-se trecho da ementa:

EMENTA: (...) CARÁTER ORDINÁRIO DO CONCEITO DE DIREITO ADQUIRIDO

O sistema constitucional brasileiro, em cláusula de salvaguarda, impõe que se respeite o direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI). A Constituição da República, no entanto, não apresenta qualquer definição de direito adquirido, pois, em nosso ordenamento positivo, o conceito de direito adquirido representa matéria de caráter meramente legal.

Não se pode confundir, desse modo, a noção conceitual de direito adquirido (tema de legislação ordinária) com o princípio

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. AI-AgR. 135.632-4/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ de 03/09/1999.

inerente à proteção das situações definitivamente consolidadas (matéria de extração constitucional), pois é apenas a tutela do direito adquirido que ostenta natureza constitucional, a partir da norma de sobredireito inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política.

Tendo-se presente o contexto normativo que vigora no Brasil, é na lei – e nesta, somente – que repousa o delineamento dos requisitos concernentes à caracterização do significado da expressão direito adquirido.

É ao legislador comum, portanto – sempre a partir de uma livre opção doutrinária feita entre as diversas correntes teóricas que buscam determinar o sentido conceitual desse instituto – que compete definir os elementos essenciais à configuração do perfil e noção mesma de direito adquirido.

Cabe ter presente, por isso mesmo, a ampla discussão, que, travada entre os adeptos da teoria subjetiva e os seguidores da teoria objetiva, influenciou, decisivamente, o legislador ordinário brasileiro na elaboração da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), pois, como se sabe, a LICC de 1916 (que entrou em vigor em 1917) consagrou a doutrina sustentada pelos subjetivistas (art. 3º), enquanto a LICC de 1942, em seu texto, prestigiou a teoria formulada pelos objetivistas (art. 6º), muito embora o legislador, com a edição da Lei n. 3.238/57, que alterou a redação do art. 6º da LICC/42, houvesse retomado aos cânones inspiradores da formulação doutrinária de índole subjetivista que prevaleceu, sob a égide dos princípios tradicionais, na vigência da primeira Lei de Introdução ao Código Civil (1916).

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 das leis 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, no entanto, de lege lata, ao plano estrito da atividade legislativa comum.

O segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da questão da natureza constitucional ou não do direito adquirido é distinto. Entende a Suprema Corte brasileira que, apesar da possibilidade de o legislador infraconstitucional definir o direito adquirido, este direito fundamental sempre possui altitude puramente constitucional, sendo o STF, e não o STJ, o tribunal competente para dirimir as questões que o invoquem.

Essa matéria foi, inclusive, objeto de preliminar no RE 226.855/RS²⁴⁰, julgado em 31/08/2000. Confira-se trecho do voto do Ministro MOREIRA ALVES:

O que o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil faz, com relação ao direito adquirido, é conceituá-lo com base na doutrina relativa a esse conceito, ou seja, a de que o direito adquirido é o que se adquire em virtude da incidência da norma existente no tempo em que ocorreu o fato que, por esta, lhe dá nascimento em favor de alguém, conceito esse que, para o efeito do disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição, só tem relevo em se tratando de se aplicá-lo em relação jurídica que se discute questão de direito intertemporal, para se impedir, se for o caso, que a lei nova prejudique direito que se adquiriu com base na lei anterior.

(...) O próprio Superior Tribunal de Justiça já chegou à conclusão de que, quando há alegação de direito adquirido, a questão é puramente constitucional, pois não se pode interpretar a Constituição com base na lei, sendo certo que o art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, nada mais faz do que explicitar conceitos que são os da Constituição, dado que o nosso sistema de vedação da retroatividade é de cunho constitucional.

Este entendimento foi acompanhado pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, nos termos que se seguem:

O problema da incidência simultânea da proteção constitucional da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, e da definição legal da coisa julgada na Lei de Introdução sempre me preocupou, desde o início da prática, neste Tribunal, da difícil convivência entre o recurso extraordinário e o recurso especial.

(...) Na discussão do problema do recurso extraordinário, à vista dessas duas fontes normativas possíveis da proteção do direito adquirido, a minha tendência – e a sustentei nos primeiros meses de assento no Tribunal – é que, por isso tudo – isto é, porque o conceito, para ser eficaz, como garantia constitucional, tem de ser construído a partir da Constituição, independentemente da definição que lhe empresta a lei – foi a de entender que, sempre, a questão do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito é constitucional e não legal. Tenderia, assim, a reduzir o art. 6º da Lei de Introdução, na versão de 1957, a um valioso subsídio doutrinário. Nada mais do que isso.

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Recurso Extraordinário nº. 226.855/RS. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ de 13/10/2000.

A propósito, insta, também, destacar trecho do voto do ministro NELSON JOBIM:

(...) Toda matéria que tratar de direito adquirido é constitucional. O dispositivo legal é uma ordem ao legislador, ou seja, para se verificar a existência do direito adquirido e se este foi atingido ou não faz-se necessário examinar as duas leis que estão em confronto

Assim, há uma lei anterior que estabeleceu certas condições para o exercício de determinados direitos subjetivos com controle definido, surgindo uma lei nova que estabelece alterações no conteúdo desse direito subjetivo. A questão é que a lei não prejudicará o direito adquirido, significando que a lei anterior e posterior terão que ser examinadas para ver, primeiro, as suas dissonâncias e, segundo, em que momento adquiriu-se o direito, se na vigência da lei anterior ou se na vigência da lei nova.

Ora, isso importa em examinar e ter um juízo sobre haver ou não adquirido o direito que se preserva na Constituição. Há necessidade de saber se é a lei anterior ou a nova que incide e rege a espécie. Caso contrário, não teríamos como examinar, em hipótese alguma, como disse o Ministro Moreira Alves, questão do direito adquirido.

Sr. Presidente, a matéria é claramente constitucional.

O exame de acórdãos prolatados pelo STF²⁴¹ revela, porém, que muitos recursos extraordinários, fundamentados na violação do direito adquirido, não têm sido conhecidos pelo Pretório Excelso. Afirma-se explicitamente que o conceito de direito adquirido não se encontra na Constituição, mas na legislação ordinária (Lei de Introdução ao Código Civil). Assim, estaria sob a proteção constitucional apenas a garantia desse direito e não seu conteúdo material. Alega-se que a verificação da ocorrência, ou não, de violação ao direito adquirido situa-se no campo infraconstitucional,

²⁴¹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE-AgR 437.384/RS. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ de 08/04/2005; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RE-AgR 463940/RS. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ de 15/12/2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RE-AgR 469919/PR. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ de 17/08/2007.

implicando reexame de fatos e provas e ofensa meramente reflexa à Constituição. Invoca-se, a esse respeito, a súmula 279 do STF²⁴².

Entretanto, em outras ocasiões, o Supremo Tribunal Federal tem conhecido recursos extraordinários em que se alega a afronta ao direito adquirido. Tem o Tribunal, nesses casos, afirmado a existência ou não do direito adquirido, valendo-se, em algumas situações, do exame da lei anterior e da lei posterior, bem assim da verificação da ocorrência de fatos idôneos para a produção de determinado direito. Cumpre passar à análise de alguns acórdãos do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria.

5.2 A existência ou a inexistência do direito adquirido: alguns julgados do Supremo Tribunal Federal por áreas do Direito

Nos itens seguintes, serão apresentados alguns acórdãos, referentes a diferentes áreas do Direito, prolatados tanto no julgamento de recursos extraordinários, como de outros recursos e ações constitucionais, levadas à apreciação do Supremo Tribunal Federal, que decidiu acerca da violação do direito adquirido e sobre sua conseqüente existência ou inexistência.

5.2.1 Direito adquirido e Direito Civil

No que tange às alegações submetidas ao Supremo Tribunal Federal, concernentes ao direito adquirido, no âmbito do Direito Civil, em sentido amplo, importa considerar, inicialmente, a possibilidade de invocação do princípio do respeito ao direito adquirido, para proteger situações jurídicas consolidadas na esfera dos Direitos Reais.

Destaca-se, nessa seara, o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da legitimidade do resgate das enfiteuses instituídas antes do Código Civil de 1916 e gravadas com cláusula de perpetuidade²⁴³.

²⁴² Súmula 279 do STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Esta matéria foi objeto da Súmula 170, do STF: “É resgatável a enfiteuse instituída anteriormente à vigência do Código Civil”.

Assim, o STF declarou a legitimidade da mudança de regime jurídico do direito de propriedade, inobstante eventuais reflexos sobre as posições individuais, não sendo invocável, portanto, o respeito ao direito adquirido.

Ainda no âmbito do Direito Civil, em sentido amplo, cumpre analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal no tocante à repercussão do direito adquirido sobre os contratos.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493²⁴⁴, definiu o Tribunal que “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”.

Este entendimento também pode ser constatado no RE 188.366²⁴⁵, em que se discutiu a atualização da mensalidade escolar, com base em contrato, *verbis*:

(...) E a retroação ocorre ainda quando se pretende aplicar de imediato a lei nova para alcançar os efeitos futuros de fatos passados que se consubstanciem em qualquer das referidas limitações, pois ainda nesse caso há retroatividade – a retroatividade mínima – uma vez que a causa do efeito é o direito adquirido.

Nesse contexto, outro acórdão relevante foi prolatado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.931²⁴⁶ (medida

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE nº 25.241/ES. Relator: Ministro Orozimbo Nonato. Julgamento em 23/07/1954. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/htm>>. Acesso em: 15 nov. 2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE nº 52.060/PR. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. Julgamento em 30/04/1965. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/htm>>. Acesso em: 15 nov. 2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE-embargos 47.931/SP. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. Julgamento em 08/01/1962. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/htm>>. Acesso em: 15 nov. 2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE nº 50.325/Guanabara. Relator: Ministro Villas Boas. Julgamento em 24/07/1962. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/htm>>. Acesso em: 15 nov. 2008.

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 493/DF. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ de 04/09/1992.

²⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RE 188.366-9/SP. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ de 19/11/1999.

cautelar), em que o Tribunal analisou dispositivos da Lei nº 9.656, de 03/06/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, com as modificações sofridas por sucessivas medidas provisórias.

A referida lei determinou a adaptação, até determinado prazo, dos contratos anteriores à vigência, “que estabeleçam reajuste por mudança de faixa etária com idade inicial em sessenta anos ou mais para repactuação da cláusula de reajuste”²⁴⁷ e estabeleceu critérios para essa repactuação. Estabeleceu, também, que as empresas oferecessem o plano-referência aos “atuais” e “futuros” consumidores.²⁴⁸

O Tribunal concluiu que a mencionada lei atingira os efeitos futuros dos contratos celebrados entre as empresas operadoras dos planos de saúde e os consumidores, o que contraria o princípio do respeito ao direito adquirido.

Importante destacar que, para o Supremo Tribunal Federal, a única hipótese de repercussão imediata da lei nova sobre os contratos de execução diz respeito às leis monetárias²⁴⁹. Nesse sentido, normas atinentes à alteração de padrão monetário ou de estabelecimento de critérios de conversão da moeda afastam, para a Suprema Corte, a ocorrência de direito adquirido.

Ainda no campo do Direito Civil, em sentido amplo, insta ressaltar o entendimento do STF quanto à alegação da existência de direito adquirido, no que se refere à impenhorabilidade legal conferida ao bem de família pela Lei n. 8.009/90. Entendeu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 497.850/SP²⁵⁰, ocorrido em abril de 2007, que a norma que torna impenhorável determinado bem desconstitui a penhora anteriormente

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 1931-8/DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. DJ de 28/05/2004.

²⁴⁷ Art. 35-G, § 1º, com a redação dada pela Medida Provisória nº 1908-18/99.

²⁴⁸ Art. 10, com a redação dada pela Medida Provisória nº 1908-18/99.

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 136.901-9/SP. Relator originário: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Nelson Jobim. DJ de 02/06/2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 141.190-2/SP. Relator originário: Ministro Ilmar Galvão. Relator para o acórdão: Ministro Nelson Jobim. DJ de 26/05/2006.

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RE 497850/SP. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ de 18/05/2007. Precedente: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 136.753-9/RS. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ de 25/04/1997.

efetivada, sem ofensa ao direito adquirido do credor. Concluiu, também, que, se a Lei n. 8.009/90 desconstitui as penhoras efetivadas antes de sua vigência, com maior razão, esta lei, que institui nova hipótese de impenhorabilidade, incide sobre a penhora que se pretende realizar sob a sua vigência, independentemente da data do negócio subjacente ao crédito exequendo.

5.2.2 Direito adquirido e Execução Penal

Destaca-se, neste tópico, o questionamento a respeito de o art. 127, da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984) afrontar ou não o princípio do respeito ao direito adquirido.

O referido dispositivo legal preceitua que “o condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar”.

Alegou-se que a perda dos dias remidos pelo trabalho, de que trata o artigo supracitado, viola, dentre outros, o princípio do respeito ao direito adquirido. Invocou-se, também, a aplicação do art. 58 da Lei de Execução Penal para limitar a referida perda a trinta dias.

Ao julgar o RE 452.994/RS, o Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que não há afronta ao direito adquirido nesta hipótese. Confira-se:²⁵¹

É manifesto que, havendo dispositivo legal que prevê a perda dos dias remidos se ocorrer falta grave, não a ofende a aplicação desse dispositivo preexistente à própria sentença. Por isso mesmo, não há direito adquirido, porque se trata de expectativa resolúvel, contra a lei, pela incidência posterior do condenado em falta grave.

Assim, entendeu a Corte não haver violação ao direito adquirido, amparada no raciocínio de que a própria regra jurídica estabelece a possibilidade de desconstituição do direito, no caso de falta grave.

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 452994/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ de 29/09/2006. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. AI-AgR 513810/RS. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ de 26/10/2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC 94497/RS. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJe n. 182, divulg. 25/09/2008, public. 26/09/2008.

Nesse mesmo contexto, importante destacar a recente edição da Súmula Vinculante nº 9 do STF²⁵², aprovada na Sessão Plenária de 12/06/2008, que busca pôr um fim à infinidade de recursos acerca da matéria, e tem o seguinte teor: “O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58”.

5.2.3 Direito adquirido e Administração Pública

No que tange à anulação e revogação de atos administrativos, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal entende que a proteção do direito adquirido também se aplica aos atos administrativos. A esse respeito o enunciado da Súmula nº 473, do STF, assim dispõe:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Em matéria de concursos públicos, vale relembrar o teor da Súmula nº 15 do STF, segundo a qual “dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.

Entendia o Supremo Tribunal Federal que a aprovação em concurso não gerava direito à nomeação, constituindo mera expectativa de direito. Esse direito somente surgiria, se fosse nomeado candidato não aprovado no concurso ou se houvesse preenchimento sem observância de classificação do candidato aprovado²⁵³.

Entretanto, no RE 227480²⁵⁴, esta questão voltou à análise do STF, discutindo-se a existência ou não de direito adquirido à nomeação de candidatos habilitados em concurso público. Por vislumbrar direito subjetivo à

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sessão Plenária de 12/06/2008. Súmula Vinculante nº 9. DO de 20/06/2008. Republicação no DO de 27/06/2008.

²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MS 21.870/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ de 19/12/1994.

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RE 227480/RJ. Relator: Ministro Menezes Direito. Relatora para Acórdão: Ministra Cármen Lúcia. Informativo n. 520. DJe n. 182, divulg. 25/09/2008.

nomeação dentro do número de vagas, a 1ª Turma, em votação majoritária, ocorrida em 16 de setembro de 2008, desproveu o recurso extraordinário. Entendeu que, se o Estado anuncia em edital de concurso público a existência de vagas, ele se obriga ao seu provimento, se houver candidato aprovado. Vencidos os Ministros MENEZES DIREITO, relator, e RICARDO LEWANDOWSKI que, ressaltando que a Suprema Corte possui orientação no sentido de não haver direito adquirido à nomeação, mas mera expectativa de direito, davam provimento ao recurso.²⁵⁵

Ainda no que toca aos concursos públicos, constatou-se que o STF, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 476.783-0/SE²⁵⁶, pela 2ª Turma, realizado em 28/10/2008, entendeu que a participação de candidato em segunda etapa de concurso público, assegurada por força de liminar, em que não se demonstrou a concessão definitiva da segurança pleiteada, não é apta a caracterizar o direito adquirido à nomeação. Afirmou-se que o direito adquirido e o decurso do tempo, no caso, não podem ser invocados porque, na linha de vários precedentes da Corte²⁵⁷, rejeita-se a aplicação da chamada “teoria do fato consumado” à situação ilegal consolidada no tempo, quando decorrente de deferimento de liminar em Mandado de Segurança.

²⁵⁵ Ainda é por demais recente a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da questão. Já há, porém, claras repercussões da decisão no plano da prática administrativa, eis que, à vista do atual entendimento da Corte acerca do direito adquirido do classificado e habilitado em concurso público à nomeação, a Administração introduziu a inovação dos concursos para a formação do denominado “Cadastro de Reserva”. Não se selecionam candidatos para o provimento de cargo público, mas, sim, para a formação de um cadastro de reserva de pessoas aptas ao provimento de cargo público. Até que porventura sobrevenha nova decisão da Corte Suprema, a alteração da prática administrativa brasileira é sumamente relevante e está longe de ser meramente semântica.

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE-AgR 476783/SE. Relator: Ministra Ellen Gracie. DJe n. 222, divulg. 20/11/2008, public. 21/11/2008. Precedentes: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RMS 23.692/DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ de 16/11/2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RMS 24.551/DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ de 24/10/2003.

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RE-AgR 120.893/SP. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ de 11/12/1987; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE-AgR 462.909/GO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ de 12/05/2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. AI 586.800-ED/DF. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. DJ de 17/08/2007.

Afirmou-se que a “teoria do fato consumado” leva a premiar quem não tem direito pelo fato tão-somente de um juízo singular ou de um Tribunal retardar exagerada e injustificadamente o julgamento do Mandado de Segurança em que foi concedida liminar, ou em razão de a demora na desconstituição do ato administrativo praticado por força de liminar posteriormente cassada resultar de lentidão da máquina administrativa.²⁵⁸

Por fim, vale destacar o entendimento do Supremo Tribunal Federal no que concerne às licenças administrativas, segundo o qual não se pode falar em direito adquirido, se durante a tramitação do pedido de licença de construção sobrevier norma que, alterando a disciplina existente, levar ao indeferimento do pedido²⁵⁹.

5.2.4 Direito adquirido e Direito Tributário

Na seara do Direito Tributário, consoante o art. 150, III, “a”, da Constituição de 1988, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar tributos “em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado”.

Nos termos do art. 105, do Código Tributário Nacional, a legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes. De acordo com o art. 106, do mesmo diploma legal, é possível, nas hipóteses especificadas nos incisos do artigo, a lei ser aplicada a ato ou fato pretérito.

²⁵⁸ Ressalte-se que é certamente infundável o número de processos julgados pelo Poder Judiciário brasileiro, na esfera infraconstitucional, acerca da aplicação da denominada “teoria do fato consumado”. Em alguns casos, sequer é ultrapassada a discussão acerca da violação da lei, entendendo-se que deve haver o respeito às situações consolidadas no tempo, sob pena de se infligir à parte prejuízo excessivo, com violação ao art. 462 do CPC (Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença. - Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973.) Nesse sentido, confira-se, entre muitos, o REsp 981.394/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 10/11/2008.

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RE 212.780/RJ. Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ de 25/06/1999. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE n. 85.002/SP. Relator: Ministro Moreira Alves, Julgamento em 01/06/1976. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/htm>>. Acesso em: 15 nov. 2008.

Já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal no sentido de que a retroatividade da lei fiscal só atua *in bonam parte*, sendo necessário existir expressa determinação legal nesse sentido, sob pena de violação do princípio da irretroatividade das leis, consagrado no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988²⁶⁰.

No que tange especificamente à alegação de afronta ao direito adquirido na seara do Direito Tributário, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal tem afirmado inexistir direito adquirido à não tributação²⁶¹. Assim, segundo a Corte, nenhum contribuinte tem o direito subjetivo de não vir a ser tributado no futuro ou de não vir a ter a sua tributação majorada. Assim, reconhecer direito adquirido a não sofrer tributação importaria instituir uma imunidade tributária sem previsão constitucional.

Seguindo essa linha o STF deixou assentado, no ano de 2004, no julgamento da ADI 3105²⁶², já sob a vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003, que não existe direito adquirido dos inativos à não incidência de contribuição previdenciária.²⁶³

Destaque-se, também, que, em grande parte de suas decisões, o STF, na seara do Direito Tributário, afirma não haver o direito adquirido alegado, utilizando como argumento a jurisprudência da Corte no sentido de afirmar a inexistência de direito adquirido a regime jurídico.

Veja-se, a título de exemplo, a ementa do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança 27093/DF²⁶⁴, ocorrido em 02/09/2008:

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. AI-AgR 317.214/RS. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ de 03/09/2004.

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI-MC 2010/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ de 12/04/2002.

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 3105-DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ de 18/02/2005.

²⁶³ A alegação de direito adquirido à não incidência de contribuição previdenciária foi novamente rechaçada pelo STF no julgamento do Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação nº 4486/MS: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Rcl-MC-AgR 4486/MS. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. DJe n. 182, divulg. 25/09/2008, public. 26/09/2008.

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RMS 27093/DF. Relator: Ministro Eros Grau. DJe n. 216, divulg. 13/11/2008, public. 14/11/2008.

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. IMUNIDADE. CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - CEBAS. RENOVAÇÃO PERIÓDICA. CONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. OFENSA AOS ARTIGOS 146, II e 195, § 7º DA CB/88. INOCORRÊNCIA. 1. A imunidade das entidades beneficentes de assistência social às contribuições sociais obedece a regime jurídico definido na Constituição. 2. O inciso II do art. 55 da Lei n. 8.212/91 estabelece como uma das condições da isenção tributária das entidades filantrópicas, a exigência de que possuam o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social - CEBAS, renovável a cada três anos. 3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de afirmar a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, razão motivo pelo qual não há razão para falar-se em direito à imunidade por prazo indeterminado. 4. A exigência de renovação periódica do CEBAS não ofende os artigos 146, II, e 195, § 7º, da Constituição. Precedente [RE n. 428.815, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 24.6.05]. 5. Hipótese em que a recorrente não cumpriu os requisitos legais de renovação do certificado. Recurso não provido. (grifou-se)

No item seguinte, será abordada a temática do direito adquirido no que tange aos servidores públicos.

5.2.5 Direito adquirido e Servidor Público

Ao analisar a jurisprudência do STF, no que concerne à afirmação ou negação do direito adquirido, constata-se que os recursos que mais freqüentemente são apreciados pelo Tribunal referem-se a questões de interesse de servidores públicos. Importante, portanto, indicar o entendimento do STF a respeito de algumas das alegações dos servidores públicos no tocante ao direito adquirido.

5.2.5.1 Direito adquirido e regime jurídico

Definiu o STF, antes da vigência da Constituição de 1988, que não existe direito adquirido a regime jurídico. A esse respeito, veja-se trecho da

ementa do julgamento do MS 15148²⁶⁵, de 1967: “A relação entre o funcionário e o Estado é meramente estatutária. Não se pode falar em direito adquirido quando não se refere à irredutibilidade de vantagens de funcionários”.

Destaca-se, também, julgamento do ano de 1976, em que o Ministro BILAC PINTO reafirmou esse entendimento²⁶⁶:

Tenho sido intransigente na inadmissão do direito adquirido nas relações estatutárias entre o servidor – ativo e inativo – e as pessoas jurídicas de direito público interno, porque a extensão desse instituto ao regime estatutário colocará a administração pública na impossibilidade de empreender reformas nos seus quadros. (...) O regime é estatutário, não é contratual, e está sujeito a todas as modificações da legislação.

Após a vigência da Constituição de 1988, a jurisprudência do STF continuou e continua inalterada²⁶⁷. Assentou-se que o princípio do respeito ao direito adquirido não se mostra adequado a proteger as posições jurídicas contra eventuais mudanças dos institutos jurídicos ou dos próprios estatutos jurídicos previamente fixados.

É de se notar que, em muitas de suas decisões, o Supremo Tribunal Federal deixa de reconhecer o direito adquirido alegado, ao argumento de que não existe direito adquirido a regime jurídico. Essa é a razão que conduziu o STF, mais recentemente, por exemplo, a entender, no julgamento do AI-AgR 603036/PR²⁶⁸, incabível o reenquadramento de servidores inativos na última referência do plano de cargos e salários, e a entender, ao decidir o

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MS 15148/DF. Relator: Ministro Cândido Motta. Seção de Jurisprudência, Aud. de Publ. de 23/08/1967.

²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 82.881/SP. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Relator para acórdão: Ministro Eloy Rocha. Seção de Jurisprudência, Aud. de Publ. de 17/11/1976.

²⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI-MC 613/DF. Relator: Ministro Francisco Resek. DJ de 04/05/1993; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI-MC 1754/DF. Relator: Ministro Sydney Sanches. DJ de 06/08/1999; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. AI-AgR 621712/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ de 14/09/2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. AI-AgR 621712/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ de 14/09/2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE 438481/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE n. 065, divulg. 10/04/2008, public. 11/04/2008.

²⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. AI-AgR 603036/PR. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ de 28/09/2007.

RE-AgR n. 425579²⁶⁹, que os servidores do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ), quando convertidos de celetistas em estatutários, não fazem jus à incorporação da gratificação especial.

Assim, entende o STF que, em sendo a relação jurídica entre o servidor e a Administração Pública proveniente de um estatuto legal, esse estatuto pode ser modificado a qualquer tempo, não sendo possível invocar direito adquirido para reivindicar, por exemplo, a continuidade de um modelo jurídico referente a férias, licenças, sistema de remuneração, enquadramento funcional, ou qualquer outro benefício.

5.2.5.2 Direito adquirido e estabilidade financeira

Definiu o Supremo Tribunal Federal que, uma vez satisfeitos os requisitos determinados pela lei, os servidores públicos têm direito à estabilidade financeira. Em regime legal anterior, isso significou o direito à incorporação progressiva da diferença de remuneração entre o cargo efetivo e o cargo em comissão, em virtude do exercício deste último durante determinado período de tempo²⁷⁰.

Entretanto, a Corte deixou assentado que não havia direito adquirido do servidor beneficiário de vantagem (parcela remuneratória incorporada em razão de exercício anterior de cargo em comissão) à preservação do regime legal do atrelamento do seu valor ao vencimento do cargo em comissão respectivo.²⁷¹

Considerava o STF que o instituto da estabilidade financeira objetivava manter o padrão de vida do servidor durante o período que

²⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RE-AgR 425579/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ de 08/06/2007.

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. AI-AgR 199.972/SP. Relator: Ministro Maurício Corrêa. DJ de 30/04/1998.

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 226.462/SC. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ de 25/05/2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE-AgR 480.644/AM. Relator: Ministro Eros Grau. DJ de 13/04/2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE-AgR 295750/PB. Relator: Ministro Eros Grau. DJe n. 142, divulg. 31/07/2008, public. 01/08/2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE-AgR 433621/CE. Relator: Ministro Eros Grau. DJE n. 047, divulg. 13/03/2008, public. 14/03/2008.

ocupasse o cargo em comissão, conservando, assim, o valor nominal da remuneração por ele percebida. A revogação das leis que amparavam sistemas como aquele dos denominados “Quintos” ou “Décimos”, que previam a incorporação progressiva da remuneração do cargo em comissão ao rol de direitos do servidor praticamente eliminou a matéria do rol de recursos que são submetidos ao Supremo Tribunal Federal.²⁷²

Em outra vertente, também atinente à outorga de garantias ao servidor, o STF decidiu que havia violação ao direito adquirido do ocupante de um cargo efetivo, que ganhara estabilidade, conforme a lei vigente à época, que expressamente determinava a conservação dos titulares do respectivo cargo até a idade limite de permanência no serviço público, com a sua exoneração fundamentada em alterações dessa lei, que transformara o cargo efetivo em cargo transitório.²⁷³

5.2.5.3 Direito adquirido e irredutibilidade de vencimentos

O art. 37, XV, da Constituição de 1988, com a redação dada pela EC nº 19/1998, assim determina: “o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”.

Desde longa data o Supremo Tribunal Federal tem interpretado a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos em sentido estritamente jurídico. A Corte entende a referida garantia como um conceito

²⁷² Um dos últimos acórdãos prolatados pelo STF tem a seguinte ementa: “1. Servidor público: os chamados “quintos” ou “décimos”, incorporados durante a vigência da L. 7.596/87, em decorrência do exercício das Funções Comissionadas e Gratificadas estabelecidas pela Portaria nº 474/87, do MEC, constituem direito adquirido, não sujeitos à redução perpetrada pela L. 8.168/91. Precedentes. 2. Agravo regimental: inviável, em agravo regimental, inovar a causa com questões que não foram objeto da decisão impugnada. (RE 497141 AgR, Relator(a):Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 02/03/2007, DJ 23-03-2007 PP-00103 EMENT VOL-02269-15 PP-03100). Frise-se, entretanto, que, após a EC 41/2003, o STF entende que não é possível a percepção ilimitada dos “quintos” e “décimos” incorporados, em razão do teto constitucional a que todos estão submetidos no Poder Público.

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MS 22.863/RJ. Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ de 14/08/1998.

jurídico e não como um conceito simplesmente econômico, ficando o direito à majoração do vencimento nominal a depender de autorização legislativa²⁷⁴. Assim, a irredutibilidade é jurídica, e não de fato. Somente vale quando a remuneração for legítima e legalmente estabelecida, com a observância dos limites pertinentes.²⁷⁵

Cabe destacar que é pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o direito à irredutibilidade de vencimentos é manifestação de um direito adquirido qualificado²⁷⁶. Assim se afirmou no julgamento do RE-AgR 191.476²⁷⁷, relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, *verbis*:

Dada a garantia de irredutibilidade, da alteração do regime legal de cálculo ou reajuste de vencimentos ou vantagens funcionais, jamais poderá ocorrer a diminuição do quanto já percebido conforme o regime anterior, não obstante a ausência de direito adquirido à sua preservação.

De semelhante modo, no julgamento do MS 24.875/DF²⁷⁸, também relatado pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, há pronunciamento acerca da irredutibilidade de vencimentos dos Ministros do STF. Confira-se trecho da ementa:

EMENTA: (...) V. Magistrados: acréscimo de 20% sobre os proventos da aposentadoria (Art. 184, III, da L. 1.711/52, c/c o art. 250 da L. 8.112/90) e o teto constitucional após a EC 41/2003: garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos: intangibilidade. 1. Não obstante cuidar-se de vantagem que não substantiva direito adquirido de estatura constitucional, razão por que, após a EC 41/2003, não seria possível assegurar sua percepção indefinida no tempo, fora ou além do teto a todos submetido, aos impetrantes, porque magistrados, **a Constituição assegurou diretamente o**

²⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RE 164791/RS. Relator: Ministro Sydney Sanches. DJ de 10/08/1995; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 726/SP. Relator: Ministro Paulo Brossard. DJ de 11/11/1994.

²⁷⁵ Cf. DALLARI, Adilson Abreu. **Regime Constitucional dos Servidores Públicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 63.

²⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 226.462/SC. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ de 25/05/2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 298.695/SP. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ de 24/10/2003; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 298.694/SP. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ de 23/04/2004.

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RE -AgR 191.476/SC. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ de 30/06/2006.

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MS 24.875/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ de 06/10/2006.

direito à irredutibilidade de vencimentos - modalidade qualificada de direito adquirido, oponível às emendas constitucionais mesmas. 2.. Os impetrantes - sob o pálio da garantia da irredutibilidade de vencimentos -, têm direito a continuar percebendo o acréscimo de 20% sobre os proventos, até que seu montante seja absorvido pelo subsídio fixado em lei para o Ministro do Supremo Tribunal Federal.(...) (grifou-se)

Importante tecer algumas considerações acerca da controvérsia surgida a respeito dos pedidos de reajuste formulados pelos servidores públicos, em face das perdas salariais ocorridas em razão de alguns planos econômicos. Entendeu o STF que a garantia da irredutibilidade de vencimentos somente protegia o valor nominal dos vencimentos que o servidor já vinha recebendo, não colocando os servidores a salvo das contingências resultantes da inflação.

A esse respeito, JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO faz sistematização que merece ser conhecida:²⁷⁹ o STF não reconheceu direito adquirido ao reajuste de 26,06%, concernente ao denominado Plano Bresser, de julho de 1987 a outubro de 1989, e à Unidade de Referência de Preços – URP (16,19%), que incidiria nos meses de abril e maio de 1988, afastando-se a inconstitucionalidade do artigo 1º, *caput*, do Decreto-Lei nº 2.425/1988, embora tenha reconhecido, em face de sua edição no dia 8 de abril, que os servidores faziam jus ao valor correspondente a 7/30 de 16,19% sobre os vencimentos de abril e maio de 1988, não cumulativamente, mas corrigidos monetariamente desde a data em que eram devidos até o seu efetivo pagamento.

De semelhante modo, STF negou que a URP (26,05%) de fevereiro de 1989, suprimida pela Lei nº 7.730, de 31/01/1989, e o percentual de 84,32%, relativo à variação do IPC de março de 1990, extinto pela Medida Provisória nº 154, convertida na Lei nº 8.030, de 12/04/1990, viessem a se integrar ao patrimônio dos servidores.

Assim, decidiu o STF, em síntese, que o término do período em que se fizera, de acordo com a lei vigente, o cálculo da desvalorização da moeda, mesmo que para efeito de recomposição do valor dos vencimentos,

²⁷⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite., op. cit., pp. 221-222.

não geraria direito adquirido a essa recomposição, se nova lei viesse a ser editada antes de iniciado o intervalo de tempo em que se aplicaria o reajuste.

Por derradeiro, no que tange à relação entre o princípio da irredutibilidade de vencimentos e o regime jurídico do servidor, importa ressaltar que o STF tem decidido que o aludido princípio deve ser observado mesmo em face do entendimento de que não há direito adquirido a regime jurídico.²⁸⁰

5.2.5.4 Direito adquirido e servidores celetistas convertidos em estatutários

Com o advento da Lei nº 8.112, de 1990, que instituiu o Regime Jurídico Único, diversos servidores públicos tiveram seu regime jurídico convertido de celetista para estatutário.

O Supremo Tribunal Federal, em diversas situações, foi instado a se manifestar a respeito das alegações de violação de direito adquirido, aduzidas pelos servidores públicos celetistas convertidos em estatutários.

Importante se faz, portanto, destacar os principais posicionamentos adotados pelo STF, quando da análise e julgamento de recursos veiculando tais situações.

Reconheceu o STF ser legítima a lei que vedou o saque do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) do servidor público que teve seu regime convertido de celetista para estatutário²⁸¹.

Entendeu o Supremo, em outra ocasião, que não pode a Administração Pública reduzir o valor nominal da remuneração que o servidor percebia no regime anterior, em se tratando de servidor contratado sob o

²⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE- AgR 388770/MT. Relator: Ministro Eros Grau. DJe n. 112, divulg. 19/06/2008, public. 20/06/2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE- AgR n. 227470/PE. Relator: Ministro Eros Grau. DJe n. 241, divulg. 18/12/2008, public. 19/12/2008.

²⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI- MC 613/DF. Relator: Ministro Francisco Resek. DJ de 04/05/1993.

regime da CLT, que fora remetido compulsoriamente para o regime estatutário, embora não tivesse direito às vantagens inerentes ao regime contratual²⁸².

Definiu, também, o Supremo Tribunal que a contagem do tempo de serviço prestado por servidor público ex-celetista, inclusive o professor, desde que comprovadas as condições insalubres, perigosas ou penosas, em período anterior à Lei nº 8.112/1990, constitui direito adquirido para todos os efeitos²⁸³.

Entendeu o STF, ainda, existir direito adquirido dos servidores celetistas transformados em estatutários à contagem do tempo de serviço público para efeitos de adicional por tempo de serviço e da licença-prêmio.²⁸⁴

Por fim, em julgado do ano de 2008, o STF entendeu incabível a incorporação de gratificação de produtividade percebida por ex-servidor celetista aos vencimentos do regime estatutário²⁸⁵.

5.2.5.5 Direito adquirido e concessão de aposentadoria

O principal problema no âmbito do Direito Intertemporal, no tocante à concessão da aposentadoria, surgiu em virtude das alterações ocorridas no curso do período aquisitivo do direito a se aposentar até a efetiva concessão da aposentadoria.

A esse respeito, aprovou o STF o enunciado da Súmula nº 359, de 16 de dezembro de 1963, com o seguinte teor: “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, inclusive a apresentação de requerimento, quando a inatividade for voluntária”.

Entretanto, a exigida “apresentação de requerimento”, mencionada na Súmula, suscitou grande polêmica no âmbito do Supremo

²⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RE 212.131/MG. Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ de 29/10/1999.

²⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. AI-AgR 438316/SC. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ de 30/03/2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE-AgR 380413/PB. Relator: Ministro Eros Grau. DJ de 29/06/2007.

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE-AgR 394.661/RS. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ de 14/10/2005; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 221.946/DF. Relator: Ministro Sydney Sanches. DJ de 26/02/1999.

²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE-AgR 486844/GO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJE n. 041, divulg. 06/03/2008, public. 07/03/2008.

Tribunal Federal, tanto que, em decisão prolatada no julgamento do RE nº 72.509²⁸⁶, relator Ministro LUÍS GALLOTTI, proferida no ano de 1973, entendeu o Tribunal pela alteração da Súmula, para que fossem suprimidas as palavras “inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária”.

Confira-se trecho da ementa do acórdão:

Se, na vigência da lei anterior, o funcionário preencher todos os requisitos exigidos, o fato de, na sua vigência, não haver requerido a aposentadoria não o faz perder o seu direito que já havia adquirido. (...) Alteração da Súmula 359, para se suprimirem as palavras “inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária”.

Esse entendimento ainda persiste na jurisprudência do STF, como comprovam as decisões proferidas no RE 243.415²⁸⁷, no RE-AgRg 269.407²⁸⁸ e no RE-AgRg 310.159²⁸⁹.

Há que destacar, no campo da concessão de aposentadoria, o julgamento da repercussão geral suscitada no Recurso Extraordinário nº 575.089/RS²⁹⁰, em 24/04/2008, em que o recorrente alegou o preenchimento dos requisitos necessários ao benefício da aposentadoria sob a égide da Lei nº 8.212/91 e o direito adquirido à contagem do tempo de serviço especial posterior à EC 20/98, tendo o Tribunal reputado existente a repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Ressalte-se que o mérito do referido Recurso Extraordinário foi julgado em 10/09/2008²⁹¹, tendo o Tribunal decidido que, embora tenha o recorrente direito adquirido à aposentadoria, nos termos do art. 3º, da EC 20/98,

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 72.509/PR. Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ de 29/10/1999.

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RE 243.415/RS. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ de 11/02/2000.

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE-AgR 269.407/RS. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ de 02/08/2002.

²⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE-AgR 310.159/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ de 06/08/2004.

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 575089 RG/RS. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe n. 088, divulg. 15/05/2008, public. 16/05/2008.

²⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 575089/RS. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe n. 202, divulg. 23/10/2008, public. 24/10/2008.

não pode computar tempo de serviço posterior a ela, valendo-se das regras vigentes antes de sua edição.

Assim, pode-se concluir que, para o STF, o direito do servidor à aposentadoria se torna adquirido a partir do momento em que são reunidos os requisitos legais exigidos, ainda que a aposentadoria venha a ser requerida somente após a vigência da lei menos favorável.

A exposição de acórdãos realizada neste Capítulo suscita algumas questões de relevo, mormente quando se constatou, na pesquisa empreendida, uma infundável sucessão de recursos que não foram conhecidos pelo Excelso Pretório. A par dos fundamentos processuais ou procedimentais para o não conhecimento, há matéria nitidamente de mérito, relacionada ao direito adquirido e a seu núcleo essencial, que a Corte recusou-se a examinar, do mesmo modo que há decisões, em número não reduzido, em que os precedentes eternizam-se, como a única e isolada fonte do não conhecimento. Mais significativo ainda é verificar que alguns desses precedentes sequer se ocupam do debate acerca do núcleo essencial do direito adquirido, propriamente dito, circunscrevendo-se a análise à repetição de lugares-comuns argumentativos. É preciso buscar, pois, um instrumental teórico para a análise derradeira que será feita nesta dissertação, acerca do procedimento argumentativo e decisório utilizado pela Corte Suprema brasileira, quando da apreciação dos recursos pertinentes ao direito adquirido.

CAPÍTULO 6

O PROCEDIMENTO ARGUMENTATIVO E DECISÓRIO UTILIZADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SUAS DECISÕES ACERCA DO DIREITO ADQUIRIDO

6.1 Considerações preliminares

No item 5.2 deste trabalho explicitou-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em relação à existência, ou não, do direito adquirido em alguns casos que lhe foram submetidos à apreciação, relacionados a diferentes áreas do Direito.

Para melhor identificar o núcleo essencial do direito adquirido na jurisprudência do STF, imprescindível investigar o procedimento argumentativo e decisório utilizado pela Corte Suprema, quando da afirmação ou negação do direito adquirido. Após a análise do inteiro teor dos acórdãos mencionados no item 5.2, foram escolhidos, dentre aqueles, o RE nº 221.946/DF e o RE-AgR nº 480.644/AM, que demonstram muito bem o procedimento argumentativo e decisório usualmente adotado pelo Supremo Tribunal Federal nesses casos.

Passa-se, portanto, à análise da argumentação e da fundamentação utilizadas pelo STF nos referidos acórdãos.

6.2 O Supremo Tribunal Federal e a subsunção quando do reconhecimento ou da negação do direito adquirido

Conforme já se mencionou, o STF, em alguns julgados, deixou assentado que o delineamento dos requisitos concernentes à caracterização do significado da expressão direito adquirido encontra-se na lei.

Nesse contexto, emergem os seguintes questionamentos: utiliza o STF algum referencial dogmático para reconhecer a existência ou não de direito adquirido nos recursos e ações que lhe são submetidos para julgamento? Decide o STF, nas referidas hipóteses, apoiando-se em alguma norma jurídica?

Para responder a essas perguntas, necessário identificar a argumentação adotada pelo STF nos acórdãos destacados para a análise proposta.

O primeiro acórdão prolatado refere-se ao julgamento do recurso extraordinário nº 221.946/DF²⁹², pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, realizado em 29 de outubro de 1998, sendo relator o ministro SYDNEY SANCHES e tem a seguinte ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS: CELETISTAS CONVERTIDOS EM ESTATUTÁRIOS. DIREITO ADQUIRIDO A ANUÊNIO E LICENÇA-PRÊMIO POR ASSIDUIDADE: ARTIGOS 67, 87 E 100 DA LEI Nº 8.112/90. INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS I E III DO ART. 7º DA LEI Nº 8.162, DE 08.01.1991. 1. São inconstitucionais os incisos I e III do art. 7º da Lei nº 8.162, de 08.01.1991, porque violam o direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da C.F.) dos servidores que, por força da Lei nº 8.112/90, foram convertidos de celetistas em estatutários, já que o art. 100 desse diploma lhes atribuíra o direito à contagem do tempo de serviço público para todos os efeitos, inclusive, portanto, para o efeito do adicional por tempo de serviço (art. 67) e da licença-prêmio (art. 87). 2. Precedentes do Plenário e das Turmas. 3. R.E. conhecido e provido, nos termos do voto do Relator. 4. Decisão unânime.

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão de Tribunal Regional Federal, que afirmou a inexistência de direito adquirido à contagem do tempo de serviço público para efeito de adicional por tempo de serviço e licença-prêmio, em relação aos servidores que, por força da Lei nº 8.112/90, tiveram o vínculo com o serviço público convertido de celetista para estatutário.

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 221.946/DF. Relator: Ministro Sydney Sanches. DJ de 26/02/1999.

Sustenta o acórdão regional recorrido que inexistiu ofensa a direito adquirido dos servidores regidos pela CLT, anteriormente a 12/12/1990, pelo art. 7º, I e II da Lei nº 8.162/91, quando deixa de lhes assegurar o cômputo do tempo de serviço público federal, sob o regime da CLT, para fins do hoje extinto adicional por tempo de serviço e gozo da licença-prêmio por assiduidade, uma vez que tal direito não lhes era garantido pela Lei nº 8.112/90.

Afirma, também, que a interpretação histórica dos dispositivos da Lei 8.112/90, pertinentes à matéria, na busca da real vontade do legislador, afasta qualquer dúvida sobre o tema, porquanto o art. 243, § 4º, da Lei nº 8.112/90, que permitia a continuidade da contagem de tempo de serviço prestado pelo servidor regido pela CLT, anteriormente a 12/12/1990, também para fins de anuênio e licença-prêmio por assiduidade, foi vetado pelo Executivo federal, mantido o veto pelo Legislativo.

Interpôs a servidora Recurso Extraordinário, fundado no art. 102, III, "a", sob a alegação de violação ao art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, que protege o direito adquirido.

O acórdão do Supremo Tribunal Federal é de grande importância para a investigação proposta, pois toda a sua fundamentação está centrada na questão da existência do direito adquirido da recorrente e de sua conseqüente violação.

O Ministro relator, em seu voto, inicialmente, esclarece que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em 04 de junho de 1998, o RE nº 209.899-0/RN²⁹³, de que foi relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, por unanimidade de votos firmou o entendimento no sentido de que o veto ao § 4º do art. 243 da Lei nº 8.112/90, não teve o alcance pretendido, pois os servidores contratados sob o regime da CLT foram remetidos pela Lei 8.112/90 à condição de servidores públicos estatutários, "ex vi" do caput do seu artigo 243. Conseqüentemente, seriam aplicadas as vantagens funcionais constantes do Capítulo II ("Das vantagens") da Lei nº 8.112/90 e, em face do disposto no

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 209899-O/RN. Relator: Ministro Maurício Correa. DJ de 06/06/2003.

art. 100, que assegura a contagem do tempo de serviço federal para todos os efeitos, teriam os recorridos o direito de perceber o adicional por tempo de serviço (anuênio) previsto no art. 67.

Posteriormente, o Ministro Relator SYDNEY SANCHES afirmou que, se assim o é com relação ao adicional por tempo de serviço (art. 100, da Lei nº 8.112/90), assim há de ser também, no que concerne à licença-prêmio (art. 87).

Concluiu que os incisos I e III, da Lei nº 8.162, de 08/01/1991, são inconstitucionais, exatamente porque violam o direito adquirido dos servidores (art. 5º, XXXVI, da CF) que, por força da Lei nº 8.112/90, foram convertidos de celetistas em estatutários, já que o art. 100 desse diploma lhes atribuíra o direito à contagem do tempo de serviço público para todos os efeitos, inclusive, portanto, para o efeito da percepção do adicional por tempo de serviço (art. 67) e gozo da licença-prêmio (art. 87).

Assim, o STF, por unanimidade, acompanhando o voto do Relator, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário e declarou a inconstitucionalidade dos incisos I e III, do art. 7º, da Lei nº 8.162/91, por ofensa ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Analisando-se o acórdão em questão, verifica-se que o Ministro Relator concluiu pela inconstitucionalidade de incisos de lei e pela conseqüente ofensa ao direito adquirido da recorrente sem se apoiar em um dispositivo normativo específico, definidor do que seria o direito adquirido. Examinando as peculiaridades da situação fática e apoiando-se em precedentes (RE 209899-O/RN e RE 223376-1/RS²⁹⁴), o Ministro Relator afirmou ter a recorrente direito adquirido à contagem do tempo de serviço público para efeito de adicional por tempo de serviço e do gozo da licença-prêmio por assiduidade.

Tendo em vista o fato de que o STF invocou precedentes para concluir pela afronta ao direito adquirido na situação apresentada no recurso extraordinário nº 221.946/DF, há, pois, que verificar os fundamentos utilizados nos referidos precedentes.

²⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RE 223376-1/RS. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ de 19/03/1999.

O RE 223376-1/RS foi interposto pelo Sindicato dos Servidores Federais no Rio Grande do Sul, visando à reforma de acórdão de turma de Tribunal Regional Federal, que entendeu não ser possível a contagem de tempo de serviço prestado sob o regime celetista para fins de percepção de anuênios. Fundamentou-se o recurso extraordinário na ofensa ao art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, no que tange ao respeito ao direito adquirido.

O relator, ministro MOREIRA ALVES, amparou sua decisão unicamente na existência de precedente sobre a matéria, consubstanciado no RE 209.899-0/RN, em que entendeu o Supremo Tribunal Federal existir direito adquirido dos servidores celetistas convertidos em estatutários à percepção do adicional por tempo de serviço (anuênio), previsto no artigo 67 da Lei nº 8.112/90, aplicando-se lhes, a partir da edição dessa Lei, o direito à contagem, para efeito de anuênio, do tempo de serviço prestado na sistemática legal anterior ao advento do Regime Jurídico Único, sem a restrição imposta pela Lei nº 8.162/91.

Assim, os ministros da Primeira Turma do STF, nos termos do voto do Relator, e por unanimidade, conheceram do recurso extraordinário e lhe deram provimento.

Importante, agora, analisar o RE nº 209.899-0/RN, relator ministro MAURÍCIO CORRÊA, invocado tanto no recurso extraordinário nº 221.946-DF, quanto no RE nº 223.376-1/RS, uma vez que nele restou assentado, originariamente, o entendimento do STF quanto ao alegado direito adquirido dos antigos servidores públicos celetistas.

O recurso extraordinário nº 209.899-0/RN foi interposto pela União, que requereu a reforma de acórdão de Tribunal Regional Federal, que confirmou sentença, assegurando aos autores, servidores celetistas convertidos em estatutários, a respectiva contagem de tempo, especialmente com vistas à percepção de anuênios em razão do tempo de serviço público prestado como celetistas, anteriormente à edição da Lei nº 8.112/90.

Sustentou a União, no recurso extraordinário, que somente com o advento da Lei nº 8.112/90 os antigos servidores celetistas, por ela elevados à condição de estatutários, passaram a contar o tempo de serviço

para efeito de anuênio, não havendo que falar em retroatividade da norma para alcançar o tempo de serviço prestado sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho.

Aduziu a União que o entendimento em contrário implicaria perpetuação da ofensa ao princípio da legalidade, dado que a norma federal não confere aos ex-celetistas o direito retroativamente.

O ministro MOREIRA ALVES, em seu voto, que foi posteriormente acompanhado pelo voto do ministro relator, afirmou que a questão trazida pelo referido recurso extraordinário é de pura interpretação da Lei nº 8.112/90. Segundo o ministro MOREIRA ALVES, esta lei estabeleceu, genericamente, em seu art. 100, que perceberiam anuênios aqueles que eram destinatários do regime único. Posteriormente, nas disposições transitórias, dispôs que os celetistas também eram enquadrados no regime único. Assim, defende o ministro Moreira Alves que a matéria trazida no RE 209.899-0/RN é puramente legal, não alcançando a esfera constitucional.

A matéria constitucional que surge é com relação à Lei nº 8.162/91, segundo a qual não cabe anuênio para os servidores celetistas, a par de ter estabelecido que os celetistas que passaram a ser regidos pelo regime jurídico único não tinham esse direito. Aí surge o problema da irredutibilidade, que é constitucional, pois a segunda lei não podia reduzir o que a primeira havia outorgado. Entretanto, a Lei nº 8.162/91 não foi objeto de questionamento no RE 209.899-0/RN.

Assim, o ministro MOREIRA ALVES não conheceu do recurso extraordinário, porque a questão não era concernente a direito adquirido, mas, tipicamente de interpretação da lei, porque só estava em discussão saber se os servidores tinham o direito, ou não, pelo art. 100 da Lei nº 8.112/90.

O ministro MARCO AURÉLIO ressaltou que, apesar de o referido recurso extraordinário não ter como fundamento a violação, pela Lei nº 8.162/91, do direito adquirido dos servidores celetistas convertidos em estatutários, o julgamento desse recurso extraordinário seria uma boa oportunidade para se reconhecer ou não o alegado direito adquirido, em relação ao disposto no art. 100, da Lei nº 8.112/90.

O ministro CARLOS VELLOSO, então presidente do STF, em seu voto, asseverou, inicialmente, que os servidores celetistas da União, com a promulgação da Lei nº 8.112/90, que instituiu o Regime Jurídico Único dos servidores públicos civis da União, passaram a ser estatutários, na forma do que está estabelecido no art. 243, da Lei nº 8.112/90. O art. 100 desse diploma legal preceitua, por sua vez, que “é contado para todos os efeitos o tempo de serviço público federal, inclusive o prestado às forças armadas”. Afirma o ministro que incorporou ao patrimônio desses servidores celetistas, transformados em estatutários, o direito à contagem do tempo de serviço público federal que prestaram na condição de celetistas, para todos os efeitos.

Sobreveio, então, a Lei nº 8.162/91 que, no seu art. 7º, retroagindo, estabeleceu que o serviço público federal prestado por esses servidores, celetistas transformados em estatutários, não seria contado para fins de anuênio, incorporação da gratificação de que trata o art. 62 da Lei nº 8.112/90 e licença-prêmio por assiduidade.

Conclui, então, o ministro CARLOS VELLOSO, que essa aplicação retroativa implica desrespeito ao direito dos servidores, adquirido em razão do disposto no art. 100, da Lei nº 8.112, de 1990, acima mencionado. Assim, sustenta não ter aplicação, no caso, o art. 7º, da Lei nº 8.162, sob pena de violência à garantia insculpida no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988.

Cumprir notar que, também no julgamento desse recurso, os ministros concluíram pela ofensa ao direito adquirido, sem se apoiar em um dispositivo normativo que definisse em que consistia o “direito adquirido”.

O segundo acórdão do Pretório Excelso a ser analisado, diferentemente do primeiro, entendeu pela inexistência de direito adquirido. O recurso teve como relator o ministro EROS GRAU (agravo regimental no recurso extraordinário nº 480.644/AM²⁹⁵), tendo sido julgado pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal, em 27 de fevereiro de 2007. O acórdão está assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
VANTAGEM INCORPORADA. CARGO EM COMISSÃO.

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE-AgR 480.644-4/AM. Relator: Ministro Eros Grau. DJ de 13/04/2007.

REAJUSTE. 1. Este Tribunal, no julgamento do RE n. 226.462, DJ de 25.5.01, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, pacificou entendimento segundo o qual não há direito adquirido do servidor beneficiário da vantagem --- parcela remuneratória incorporada em razão de exercício anterior de cargo em comissão --- à preservação do regime legal do atrelamento do seu valor ao vencimento do cargo em comissão respectivo. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Trata-se de agravo regimental no recurso extraordinário em que sustenta o agravante, servidor beneficiário de parcela remuneratória incorporada em razão de exercício anterior de cargo em comissão, a existência de direito adquirido à preservação do regime legal do atrelamento da remuneração ao valor do vencimento do cargo em comissão.

O art. 82 da Lei estadual nº 1.762/86, fundamento para a incorporação da referida gratificação ao vencimento do agravante, foi revogado pelo artigo 1º da Lei estadual nº 2.531/99, que desvinculou o valor das vantagens percebidas a título de estabilidade financeira, dos valores percebidos pelo exercício dos respectivos cargos comissionados. A lei revogadora, além disso, dispõe que as vantagens pessoais sujeitar-se-iam exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos estaduais.

O agravante sustentou que a vantagem pessoal agregada ao seu estipêndio passou a integrar seu patrimônio. Assim, o reajuste obrigatoriamente deveria ocorrer sempre que fosse modificada a remuneração dos servidores em atividade, que exercessem os mesmos cargos comissionados.

A Segunda Turma do STF, em decisão unânime, negou provimento ao agravo regimental. O ministro relator, em seu voto, disse não haver o direito adquirido alegado. Fundamentou sua decisão no precedente representado pelo julgamento do RE nº 226.462-5/SC²⁹⁶, em que o STF pacificou entendimento segundo o qual o instituto da estabilidade financeira visava manter o padrão de vida do servidor quando este ocupava cargo em comissão, conservando, portanto, o valor nominal da remuneração por ele

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 226.462-5/SC. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ de 25/05/2001.

percebida, não implicando direito adquirido a ter seus vencimentos atrelados aos dos atuais ocupantes de cargos em comissão.

Nota-se que o ministro relator entendeu não haver o direito adquirido alegado pelo agravante. Entretanto, fundamentou seu voto apenas no precedente representado pelo julgamento do RE nº 226.462-5/SC; não se apoiou em nenhum dispositivo normativo específico para afirmar a inexistência do direito adquirido naquele caso concreto.

Importante, pois, sintetizar o que foi discutido no RE nº 226.462-5/SC, para que se possa verificar como o Supremo chegou à conclusão de que inexistente direito adquirido de servidores ativos e inativos à permanência do regime legal de reajuste da vantagem correspondente.

Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que deferiu a segurança impetrada pelos recorridos, servidores inativos, afastando, com fundamento no direito adquirido e no princípio da irredutibilidade de vencimentos, as modificações introduzidas na legislação estadual pela Lei Complementar nº 43/1992, quanto à forma de reajuste da parcela dos proventos dos impetrantes incorporada em razão do exercício de cargos em comissão durante certo período de tempo (estabilidade financeira). O Estado de Santa Catarina alega no recurso extraordinário, dentre outros fundamentos, a inexistência de direito adquirido a essa forma de reajuste.

Insta ressaltar que o recurso extraordinário em questão fora incluído na pauta do Plenário pelo ministro relator SEPÚLVEDA PERTENCE, em razão da existência, à época, de notório dissídio entre as duas Turmas no que tange a esse tema: na Primeira Turma, os recursos do Estado eram providos; na Segunda Turma, numerosos agravos do Estado eram improvidos, por decisões monocráticas, mantidas em sede de agravo regimental.

O Tribunal, por maioria, conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do relator. O Ministro Relator entendeu ser cabível o recurso extraordinário, uma vez que a decisão recorrida aplicou os arts. 5º, XXXVI, 37, XV, e 40, § 4º, da Constituição, a situação por eles não alcançada, o que equivale a contrariá-los.

Sustentou que o STF já havia pacificado o entendimento segundo o qual não existe conflito entre a estabilidade financeira e o art. 37, XIII, da Constituição de 1988, que proíbe a vinculação entre vencimentos. Daí, não se segue, segundo o voto condutor do acórdão, o direito adquirido do servidor beneficiário da vantagem à preservação do regime legal do atrelamento do seu valor ao vencimento do cargo em comissão.

Entendeu o Relator, ainda, que, caso se concluísse pela existência de direito adquirido na hipótese, estar-se-ia também reconhecendo direito adquirido a determinado regime jurídico de fixação e reajuste de vencimentos, o que contrariaria a jurisprudência do STF. O Ministro MOREIRA ALVES, em seu voto, complementou, dizendo que a situação apresentada é um exemplo de hipótese de aplicação do princípio de que não há direito adquirido a regime jurídico, porque a estabilidade financeira não é equiparada à estabilidade no cargo.

É de se notar que, também nesse julgamento em que se pacificou o entendimento segundo o qual não há direito adquirido do servidor beneficiário da vantagem à preservação do regime legal do atrelamento do seu valor ao vencimento do cargo em comissão respectivo, os ministros concluíram pela inexistência do direito adquirido, sem fundamentar a decisão em um dispositivo normativo específico referido ao que fosse direito adquirido.

Ao analisar os acórdãos acima comentados, bem assim a fundamentação e a argumentação utilizadas pelos ministros do STF em seus votos, verifica-se que, de fato, a decisão acerca da existência ou não do direito adquirido é proferida mediante o exame específico do caso, com exposto apoio em precedentes. Não realiza o STF nenhum exercício de subsunção da situação de fato a uma norma específica para decidir se houve ofensa ou não ao direito adquirido.

Em que consiste a aplicação do direito e a subsunção? Algumas considerações fazem-se necessárias.

Quando há referência à aplicação do direito pelo Estado-juiz surge a questão relativa ao confronto entre uma norma geral e abstrata e um fato específico e concreto. Ao decidir, cabe ao magistrado adequar uma ou

mais normas jurídicas a um ou mais fatos particulares, observando a situação de incidência, interpretando e, posteriormente, aplicando o direito.

Como é aplicada uma norma jurídica? Como quadro invariável, dentro do qual se leva a cabo a aplicação de uma norma jurídica, tem-se à disposição um esquema lógico aparentemente irrepreensível.²⁹⁷ A obtenção da premissa menor, ou seja, do enunciado de que S é um caso de P, denomina-se comumente de processo de subsunção, cujo núcleo se considera também um silogismo lógico. O esquema deste silogismo representa-se, segundo LARENZ²⁹⁸, do seguinte modo:

P está caracterizada de modo pleno pelas notas N1, N2, N3.

S apresenta as notas N1, N2, N3.

Logo, S é um caso de P.

Na Lógica, entende-se por silogismo de subsunção aquele que ocorre de modo que os conceitos de menor extensão se subordinem aos de maior extensão, ou seja, subsumam-se a estes.

No silogismo que serve de base à aplicação do Direito não se subsumem conceitos mais restritivos a outros mais extensos, mas sim fatos à previsão configurada na lei. Não são os fatos que são subsumidos, mas enunciados sobre uma situação de fato, ocorrida como tal.²⁹⁹

A premissa menor do silogismo de subsunção é o enunciado de que as notas mencionadas na previsão da norma jurídica estão totalmente realizadas no fenômeno da vida a que tal enunciado se refere. Para poder produzir esse enunciado, a situação de fato enunciada tem de ser antes julgada, ou seja, o fenômeno da vida, em relação à presença das notas características respectivas.³⁰⁰

Contudo, o processo de definição e, como ele, o processo de derivação lógica por meio do silogismo de subsunção, não pode seguir indefinidamente: são necessários certos juízos elementares que, por seu lado,

²⁹⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 379.

²⁹⁸ Ibid., p. 383.

²⁹⁹ LARENZ, Karl., op. cit., p. 384.

³⁰⁰ Ibid., p. 384

já não são proporcionados por silogismos, mas que assentam em juízos de percepção.³⁰¹

Por isso, a subordinação de uma determinada situação de fato S à previsão P por via de um silogismo de subsunção só é possível se P puder ser plenamente definido mediante a indicação, que seja suficiente, de determinadas notas, ou seja, quando com a caracterização de P mediante as notas N1 até NX se trata da definição de um conceito.³⁰²

Não é o caso do direito adquirido. Conforme já visto, a Constituição de 1988, em seu art. 5º, XXXVI, acertadamente, fez apenas a previsão do instituto do direito adquirido. Não apresentou elementos que caracterizam o direito adquirido como tal e não ofereceu definição alguma.

No § 2º, do art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, por sua vez, a definição de direito adquirido acha-se apresentada de forma tautológica, redundante e imprecisa. O legislador infraconstitucional não inovou e, da mesma forma, não ofereceu os elementos caracterizadores do direito adquirido.

Assim, considerando a inexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, de uma norma que traga elementos identificadores do que venha a ser o direito adquirido, há de se concluir que não há como o STF decidir sobre o direito adquirido utilizando-se da subsunção. Tal fato leva à constatação de que admitir ou não admitir um direito como adquirido foge ao enunciado da norma.

Por conseguinte, uma vez que o direito adquirido não é definido legalmente, não se trata, de todo o modo, de um silogismo por meio de uma definição conceitual. Trata-se de um juízo assente na percepção que o sujeito, qual seja, o STF, leva a cabo, comparando o objeto por ele observado com outros objetos que ele aprendeu a considerar como direitos adquiridos.³⁰³ Mas qual é o procedimento argumentativo e decisório utilizado pela Corte Suprema em tais casos? É o que será examinado no item seguinte.

³⁰¹ LARENZ, Karl., cit. p. 385.

³⁰² Ibid., p. 385.

³⁰³ Ibid., p. 387.

6.3 O método tópico empregado pelo Supremo Tribunal Federal no procedimento argumentativo das decisões que envolvem o direito adquirido

Ao analisar decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre o direito adquirido, como se fez alguns passos atrás, constata-se que a Corte parte do exame do caso concreto, ou seja, da questão que lhe é submetida, para reconhecer a existência ou não do direito adquirido.

O recurso decisório e argumentativo realizado pelo Supremo Tribunal Federal corresponde ao denominado raciocínio tópico. Algumas considerações acerca da *Tópica* fazem-se necessárias.

O termo *tópica*, devido a Aristóteles³⁰⁴, tem a sua matriz na expressão grega *topos*, correspondente à palavra latina *locus*, estando associada na língua portuguesa à noção de lugar-comum.³⁰⁵

O famoso texto da *Tópica* de Aristóteles é uma das seis obras que mais tarde foram incluídas no Organon. Na *Tópica*, Aristóteles se ocupa novamente de um tema que parecia quase superado pela filosofia grega clássica: a antiga arte da disputa, domínio dos retóricos e sofistas.³⁰⁶

Esclarece Aristóteles que a *tópica* pertence ao terreno do dialético e não do apodítico e que os argumentos dialéticos (os da *tópica*) se diferenciam dos apodíticos, porque partem do simplesmente provável ou verossímil, e não de proposições primeiras ou verdadeiras. A diferença essencial residiria, portanto, na natureza das premissas, que no caso dos argumentos dialéticos constituem-se em proposições que parecem verdadeiras a todos, com base em uma opinião reconhecida. Raciocínios dialéticos são aqueles que têm como premissas opiniões acreditadas e verossímeis, que devem contar com aceitação. Por essa razão, no estudo dos argumentos dialéticos, Aristóteles se ocupa, além da indução e do silogismo, da descoberta

³⁰⁴ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, 1979, p. 23.

³⁰⁵ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 88.

³⁰⁶ VIEHWEG, Theodor., *ibid.*, p. 23.

das premissas, da identificação do sentido das palavras, da descoberta de gêneros e espécies e da descoberta de analogias.³⁰⁷

Nesse sentido, afirma Aristóteles que o seu trabalho persegue a tarefa de encontrar um método com o qual, partindo-se de proposições conforme as opiniões, seja possível formar raciocínios sobre todos os problemas que se possam colocar e evitar as contradições, quando se deve sustentar um discurso.³⁰⁸

Aristóteles cria, portanto, o termo *topoi*, para se referir aos raciocínios dialéticos e retóricos. *Topoi* são, assim, pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda a parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade. Logo, de acordo com uma fundamentação filosófica profunda, obtém-se, pois, um catálogo de *topoi*, que se orienta por áreas de problemas e que contém uma quantidade de pontos de vista que, em si mesmos, não têm mais conseqüências conceitualmente determinadas.

Cerca de 300 anos depois da obra de Aristóteles, foi escrita a tópica de Cícero, que teve uma influência histórica maior que a de Aristóteles e se distingue desta pelo fato de, fundamentalmente, tentar formular e aplicar um inventário de tópicos e não de elaborar uma teoria, como fazia Aristóteles³⁰⁹.

Em Cícero desaparece a distinção entre o apodítico e o dialético, mas, em seu lugar, surge uma distinção que tem uma origem estóica, entre a invenção e a formação do juízo. Nesse sentido, a tópica surge precisamente no campo da invenção, da obtenção de argumentos e um argumento é, para Cícero, uma razão que serve para convencer de uma coisa. Os argumentos estão contidos nos lugares comuns – os *topoi* gregos – que são, portanto, sedes ou depósitos de argumentos.³¹⁰

Assim, infere-se que Cícero entendeu a tópica como a arte de achar os argumentos, como uma práxis da argumentação, a qual maneja o

³⁰⁷ ATIENZA, Manuel. **Teorias da Argumentação Jurídica: Perelman, Toulmin, Mac Cormick, Alexy e outros**. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 63.

³⁰⁸ Cf. VIEHWEG, Theodor., cit., p. 24.

³⁰⁹ ATIENZA, Manuel., *ibid.*, p. 64.

³¹⁰ ATIENZA, Manuel. *Ibidem*.

catálogo de *topoi* que ele esquematizou.³¹¹ O modo de pensar tópico aparece, assim, como um contraponto do modo de pensar sistemático-dedutivo.

Importante ressaltar que a tópica desenvolvida por Aristóteles e Cícero, como técnica de solução de problemas, não ocupou lugar relevante no auge ou no ocaso do mundo grego, no mundo romano, na Escolástica, no Racionalismo, no kantismo, no neokantismo nem nas teorias positivistas, neopositivistas, realistas, pragmáticas ou outras dos primórdios do século XX.³¹²

Apenas há bem pouco a tópica passou a chamar a atenção dos teóricos, alcançando posição de preeminência, quando foi recuperada para ser utilizada como instrumental de solução de problemas na Ciência do Direito.

O principal responsável pelo renascimento, com sucesso, da Tópica, no Direito, é THEODOR VIEHWEG, que concebeu a Tópica como instrumento de decisão. Apresenta-se, a seguir, uma breve síntese das considerações de VIEHWEG acerca da Tópica.

Em sua obra *Tópica e Jurisprudência*, THEODOR VIEHWEG se propôs empreender uma retomada, no campo do direito, do pensamento tópico, próprio da Antiguidade greco-romana, a fim de elaborar um tipo de análise da matéria jurídica que incorporasse o processo de aplicação do direito ao objeto de estudo da ciência jurídica³¹³.

VIEHWEG caracteriza a tópica por três elementos estreitamente ligados entre si: 1) do ponto de vista do seu objeto, a tópica é *uma técnica do pensamento problemático*; 2) do ponto de vista do instrumento com que opera, a tópica é o *topos*, ou *lugar-comum*; 3) do ponto de vista do tipo de atividade, a tópica é uma *busca e exame de premissas*; isto a caracteriza como um modo de pensar, no qual a ênfase recai nas premissas e não nas conclusões.³¹⁴

³¹¹ GARCIA AMADO. **Teorias de la tópica jurídica**. Madri: Civitas, 1988, p. 68.

³¹² ALMEIDA, Esdras Neves. **O Mito da Prestação Jurisdicional Pelos Tribunais Superiores Brasileiros**. Recife, 2004. 359 p. Tese (Doutorado). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, p. 93.

³¹³ Cf. MENDONÇA, Paulo Roberto Soares., op. cit., p. 88.

³¹⁴ GARCIA AMADO., op. cit., p. 65.

Ensina VIEHWEG que a tópica é uma técnica voltada à resolução de problemas; todo problema objetivo e concreto provoca claramente um jogo de respostas, que se denomina tópica.³¹⁵

Para este fim, VIEHWEG apresenta a definição de problema³¹⁶:

Para nosso fim, pode chamar-se problema – esta definição basta – toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução.

Assim, se se coloca a ênfase no problema, busca-se, por assim dizer, um sistema que sirva de ajuda para encontrar a solução.

THEODOR VIEHWEG divide a tópica em tópica de primeiro grau e em tópica de segundo grau. A tópica de primeiro grau é aquela que resulta de um procedimento em que se está diante de um problema para o qual não existe um referencial decisório prévio, sendo necessário oferecer imediatamente uma solução. Buscam-se, desse modo, premissas que sejam objetivamente adequadas e fecundas e que levem a conseqüências que nos iluminem.³¹⁷

Já a tópica de segundo grau corresponde ao procedimento segundo o qual se parte de pontos de vista consolidados, contidos nos catálogos de *topoi*. Destaque-se que estes catálogos não estão organizados por um nexos dedutivo e, por isto, são especialmente fáceis de ser ampliados e completados.³¹⁸ A amplitude e incidência dos *topoi* é variada, representando lugares-comuns próprios de cada esfera do conhecimento. Alguns podem ser genéricos, outros relacionados especificamente a determinadas matérias, mas deve-se observar que quando aparecem em forma de catálogo, não constituem um conjunto de deduções, senão que recebem seu sentido a partir do problema.³¹⁹

³¹⁵ VIEHWEG, Theodor., op. cit., p. 33.

³¹⁶ Ibid., p. 34.

³¹⁷ VIEHWEG, Theodor., op. cit., p. 36.

³¹⁸ Ibidem.

³¹⁹ Ibid., pp. 37-38, passim.

A função dos *topoi*, tanto gerais como especiais, consiste, então, em servir a uma discussão de problemas. Ressalte-se que, quando se produzirem mudanças de situações e nas hipóteses de casos particulares é preciso encontrar novos dados para tentar resolver os problemas.³²⁰

Observa VIEHWEG, concordando com CÍCERO, que a tópica é uma *ars inveniendi*, ou seja, um procedimento de busca de premissas que, na realidade, não termina nunca. A tópica constrói as premissas a partir da análise dos problemas e tais premissas são tabuladas e organizadas logicamente. Entretanto, cumpre ponderar que o domínio do problema exige flexibilidade e capacidade de alargamento, pois o repertório de tópicos sempre é necessariamente provisório, elástico. Em caso de necessidade, os pontos de vista que até um determinado momento eram admissíveis podem considerar-se expressa ou tacitamente inaceitáveis.³²¹

Os tópicos devem ser entendidos, de um modo funcional, como possibilidades de orientação e como fios condutores do pensamento que só permitem alcançar conclusões curtas. A isso se contrapõe a *ars iudicandi*, ou seja, a lógica demonstrativa, que recebe as premissas e trabalha com elas, o que permite a elaboração de longas cadeias dedutivas.³²²

Vista desta forma, a tópica é uma meditação prológica, pois, como tarefa, a *inventio* é primária e a *conclusio* secundária. A tópica mostra como se acham as premissas; a lógica recebe-as e as elabora.³²³ O raciocínio tópico é, portanto, até certo ponto, incômodo para o homem moderno, uma vez que este é condicionado pelos sistemas dedutivos, que têm sua referência básica em axiomas indiscutíveis.

A tópica atua no campo da dialética, não lidando com verdades, mas, sim, com opiniões majoritariamente aceitas, surgidas em razão de procedimentos argumentativos. Por conseguinte, as alterações no catálogo consolidado de *topoi* são derivadas de contraposições de teses, que contribuem para a formação de uma síntese a respeito de certas questões.

³²⁰ Ibid., p. 38.

³²¹ Ibid., pp. 39-42, passim.

³²² ATIENZA, Manuel., op. cit., p. 66.

³²³ VIEHWEG, Theodor., op. cit., p. 40.

Dessa forma, constata-se que os esquemas meramente lógico-dedutivos são inadequados para lidar com questões que envolvam raciocínios dialéticos, uma vez que eles estão em constante mutação, ou pelo menos não se submetem aos rígidos axiomas das investigações voltadas à busca da verdade.³²⁴

Importante ressaltar que o raciocínio tópico manifesta-se não somente na interpretação, mas também no processo de aplicação do direito. Nele, a perspectiva estritamente sistêmica encontra vários obstáculos, sobretudo naquelas situações em que o acervo conceitual disponível é insuficiente para oferecer uma solução para o caso concreto. Em tais circunstâncias, o aplicador do direito recorre com frequência a expedientes genuinamente de natureza tópica. Logo, há de se concluir que a construção do sentido de um texto normativo dificilmente poderá ocorrer de forma dissociada do caso concreto, uma vez que as expressões da língua apresentam significados variados, que somente poderão ser definidos mais precisamente de maneira tópica.³²⁵

A tópica atua também no campo do enquadramento jurídico dos fatos. VIEHWEG destaca que as diferentes situações necessitam de uma qualificação em termos jurídicos, para que possam ser disciplinadas no interior do sistema normativo. Assim, o sistema jurídico fornece as bases para as decisões judiciais, mas também tem o seu próprio conteúdo alterado ou ampliado pelos raciocínios tópicos adotados pelo juiz, no momento em que faz o cotejo entre fatos e normas.³²⁶

Importante, por fim, falar da relação que faz VIEHWEG entre a tópica e a jurisprudência. Afirma VIEHWEG, tendo por base o *ius civile*, que as proposições diretivas, que se empregam como *topoi*, são mais acentuadas em certos períodos do direito romano e menos em outros. Nos períodos em que mais se acentuam, surgem os catálogos de *topoi* sob a forma das coleções de *regulae*, que foram especialmente cultivadas pelos eruditos bizantinos, ainda que, segundo a doutrina dominante, não tivessem aparecido neste período,

³²⁴ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares., op. cit., p. 104.

³²⁵ Ibid., p. 202.

³²⁶ Cf. VIEHWEG, Theodor., op. cit., p. 82.

mas sim muito tempo antes. THEODOR VIEHWEG denomina este fenômeno de jurisprudência regular.³²⁷

Ensina o renomado autor que todo este fenômeno é compreendido muito bem se contemplado sob o ângulo da tópica. Trata-se de tópica de segundo grau, que opera com catálogos de *topoi* e se constitui em repertório disponível de pontos de vista, muito importantes e largamente aceitos, em forma de citações de juristas, reunidos, porém, sem nenhum propósito sistemático e numa ordem descuidada. A maior parte destes pontos de vista justificam-se dialeticamente, no sentido aristotélico. Legitimam-se, porque foram aceitos por homens notáveis. Entendem-se, repetindo o que dizia Aristóteles, como proposições que parecem verdadeiras a todos ou à maior parte ou aos sábios, e destes também a todos ou à maior parte ou aos mais conhecidos e famosos.³²⁸

Conclui VIEHWEG, nesse ponto, que, se é certo que a tópica é a *techne* do pensamento problemático, a jurisprudência, como uma *techne* que está a serviço de uma aporia, deve corresponder à tópica nos pontos essenciais. É preciso, por isto, descobrir na tópica a estrutura que convém à jurisprudência. Para tanto, estabeleceu VIEHWEG três exigências:

1. A estrutura total da jurisprudência somente pode ser determinada a partir do problema.
2. As partes integrantes da jurisprudência, seus conceitos e proposições, têm de ficar ligados de um modo específico ao problema e só podem ser compreendidos a partir dele.
3. Os conceitos e as proposições da jurisprudência só podem ser utilizados em uma implicação que conserve sua vinculação com o problema. Qualquer outra forma de implicação deve ser evitada.

Na análise do procedimento argumentativo e decisório utilizado pelo STF em sua jurisprudência sobre o direito adquirido é possível vislumbrar, em diversos acórdãos que envolvem o direito adquirido, a exemplo daqueles citados nesta dissertação, a utilização do raciocínio tópico na argumentação e fundamentação das decisões.

³²⁷ Ibid., p.52.

³²⁸ Cf. VIEHWEG, Theodor., op. cit., pp.52-53.

Inicialmente, reitere-se que o Supremo Tribunal Federal parte do problema, ou seja, de uma questão que lhe é submetida, para reconhecer ou não o direito adquirido. Em não havendo um referencial decisório prévio sobre uma determinada situação que envolva o direito adquirido, o STF utiliza a tópica de primeiro grau para oferecer imediatamente uma solução. Examina a Corte, a título de exemplo, a questão, a lei anterior e a lei posterior e verifica a idoneidade das condições para a produção de efeitos de direito pela lei nova vis-à-vis para alcançar situações juridicamente constituídas sob o império da lei velha ou para a preservação de direitos cujas condições de exercício foram reunidas sob o império da lei velha, mas cujo exercício efetivo somente se dará quando já vigente a lei nova.

Já quando o Pretório Excelso parte de pontos de vista consolidados para reconhecer ou não o direito adquirido em uma determinada hipótese concreta, ele se utiliza da tópica de segundo grau. Estes pontos de vista consolidados estão contidos, conforme visto anteriormente, nos catálogos de *topoi*. Há de se observar que os catálogos de *topoi* e a tópica de segundo grau guardam uma estreita relação com a idéia de “repetição” ou de “precedente”, muito utilizada pelo Supremo Tribunal Federal quando da prolação de suas decisões sobre o direito adquirido.

Algumas características comuns estão inequivocamente presentes nesses conceitos. Os precedentes não obedecem a nenhum nexos dedutivo necessário: representariam apenas um repertório de pontos de vista importantes para determinada sociedade, em determinada época, destinando-se a resolver problemas. Seriam, conforme ensinou ARISTÓTELES, proposições que parecem verdadeiras a todos ou à maior parte ou aos mais conhecidos e famosos. Por isso são utilizadas na solução de problemas³²⁹.

No que tange à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do direito adquirido, verifica-se a existência de um catálogo de *topoi*, que representa diversos pontos de vista (precedentes) consolidados pela Corte e seguidos por ela.

³²⁹ Cf. ALMEIDA, Esdras Neves., op. cit., p. 96.

Integram este catálogo, dentre outras, a título exemplificativo, as seguintes proposições: 1) não existe direito adquirido a regime jurídico; 2) não existe direito adquirido à não tributação; 3) existe direito adquirido à aposentadoria se, na vigência da lei anterior, o servidor preencheu todos os requisitos exigidos, em que pese o fato de, à época, não ter requerido a aposentadoria; 4) não existe direito adquirido contra a Constituição; 5) não existe direito adquirido de servidores ativos e inativos à permanência do regime legal de reajuste de vantagem correspondente; 6) existe direito adquirido dos servidores celetistas transformados em estatutários à contagem do tempo de serviço público para efeitos de adicional por tempo de serviço e da licença prêmio; 7) não existe direito adquirido dos inativos à não incidência de contribuição previdenciária; 8) não existe direito adquirido do condenado criminalmente aos dias remidos pelo trabalho; 9) não há direito adquirido se, durante a tramitação do pedido de licença de construção, sobrevier norma que, alterando a disciplina existente, levar ao indeferimento do pedido.

Nesse sentido, sempre que é apresentado ao STF um determinado recurso ou ação cuja questão a ser decidida se coadune com uma das proposições contidas no catálogo dos *topoi* relacionados ao direito adquirido, a Corte fundamenta sua decisão de reconhecimento ou não do direito adquirido, baseando-se em precedente contido nesse catálogo.

É, assim, utilizada, nitidamente, pelo STF, a tópica de segundo grau, no que tange ao direito adquirido, pois, ao fundamentar sua decisão em precedentes, ele invoca opiniões consolidadas, surgidas em razão de procedimentos argumentativos, no campo da dialética. Nada impede, entretanto, que estas opiniões consolidadas sejam posteriormente alteradas e trocadas no calendário de *topoi*. A busca de premissas, no caso do direito adquirido, não termina nunca, pois a realidade fática é dinâmica e sempre surgirão situações novas que exigirão uma nova verificação da existência ou não do direito adquirido.

Considerando que as circunstâncias concretas, a realidade e as situações que envolvem o direito adquirido estão em constante mutação, constata-se que os esquemas meramente lógico-dedutivos são inadequados

para lidar com as questões sobre o direito adquirido, eis que estas exigem raciocínios dialéticos. Assim, a construção do sentido do direito adquirido, de seu núcleo essencial, dificilmente poderá ocorrer de forma dissociada do caso concreto.

Significativamente, tudo leva à conclusão de que a Suprema Corte brasileira entende que não há como partir de uma definição do direito adquirido para aplicá-la ao caso concreto, através da subsunção. É através do problema, da análise do caso concreto, da questão a ser decidida, que o STF reconhece ou não o direito adquirido. E o faz, via de regra, adotando um catálogo próprio de *topoi*.

Isto conduz a que o significado do disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal e no § 2º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil passe a derivar não do conteúdo gramatical, histórico, axiológico ou sistemático dos vocabulários ali expressos; também não deriva de um exercício de subsunção, diante da falta de norma definidora do que é direito adquirido; deriva, sim, da leitura dos dispositivos legais e constitucionais feita pelo aplicador do direito, no caso, o STF, através do prisma, como se viu, de seu sistema peculiar de precedentes.

A propósito, observa FERNANDO LOPEZ AGUILAR que o Direito Constitucional já não é apenas o que prescreve o texto da Constituição, mas também a bagagem de padrões hermenêuticos desse bloco normativo incorporada na jurisprudência constitucional.³³⁰

Atuando desta forma, o Supremo Tribunal Federal atenua o princípio da separação dos poderes, uma vez que passa a deter maior liberdade decisória, podendo criar e adaptar o direito ao caso concreto.

Torna-se, portanto, difícil ignorar o fato de que o conteúdo normativo do direito adquirido passa a ser dado pela atividade interpretativa dos integrantes do mais alta Corte do Poder Judiciário. O suposto tecnicismo que orientaria a ação do Supremo Tribunal Federal fenece.

³³⁰ Cf. AGUILAR, Juan Fernando López. **Lo constitucional en el derecho: sobre la idea e ideas de Constitución y orden jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 60.

O procedimento realizado pelo Supremo Tribunal Federal corresponde ao raciocínio tópico, com a eloqüente peculiaridade do emprego de raciocínios indutivos, criando-se regra própria, com elenco próprio de lugares-comuns, com um sistema próprio de precedentes que assumem, para a Corte e para todos, caráter nitidamente vinculante.

CAPÍTULO 7

DIREITO ADQUIRIDO: UMA QUESTÃO EM ABERTO

7.1 *Considerações Preliminares*

Conforme estudado nos capítulos anteriores, o núcleo essencial do direito adquirido pode ser extraído da análise de casos concretos que envolvam esse direito fundamental.

Considerando que o Supremo Tribunal Federal é a Corte incumbida da guarda da Constituição, a ele compete dar a última palavra no que tange aos direitos fundamentais e, por consequência, no que concerne ao direito adquirido.

Verifica-se que o STF, diante da impossibilidade de utilizar a subsunção, parte do exame das peculiaridades das questões práticas, ou seja, do problema que lhe é submetido, para reconhecer ou não a existência do direito adquirido, o que corresponde ao raciocínio tópico, e, mais especificamente, à tópica de primeiro grau.

De outra banda, o STF parte de pontos de vista consolidados para reconhecer ou não o direito adquirido em uma determinada situação concreta. O Pretório Excelso utiliza-se, neste caso, da tópica de segundo grau, invocando, para tanto, precedentes próprios para justificar suas decisões.

7.2 O núcleo essencial do direito adquirido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O núcleo essencial do direito adquirido, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, corresponde ao que a teoria relativa de proteção ao núcleo essencial entende por núcleo essencial de um direito fundamental. Em termos precisos, o núcleo essencial do direito adquirido, para o STF, é aquele definido para cada caso que lhe é submetido a julgamento.

Não parte o STF de uma norma legal preestabelecida e fixa e tampouco de uma definição teórica e abstrata do que vem a ser o direito

adquirido, para reconhecê-lo ou não em todas as situações práticas que lhe são apresentadas, o que leva a crer que o Supremo não parte dos fundamentos da teoria absoluta de proteção ao núcleo essencial para decidir sobre o direito adquirido.

Entretanto, em que pese o núcleo essencial do direito adquirido ser aquele definido para cada caso concreto, verifica-se a grande dificuldade com que se deparam os jurisdicionados para desvendar, efetivamente, a essência e os contornos do direito adquirido, tal como o concebe o Supremo Tribunal Federal. E isso se justifica por duas razões.

Em primeiro lugar, como se viu, é insuficiente a fundamentação utilizada pelo STF em suas decisões sobre o direito adquirido. Não possível o uso da subsunção para se decidir sobre o direito adquirido, a par de o STF utilizar, conforme demonstrado, o raciocínio tópico, o resultado consiste na carência de fundamentação mais densa nas decisões que se ocupam do direito adquirido.

Esclareça-se que, na análise de acórdãos que envolvem a afirmação ou negação do direito adquirido pelo Supremo Tribunal Federal, constatou-se que os ministros do STF, na argumentação expendida em seus votos, não abordam o direito adquirido em si. As páginas utilizadas para uma aparente fundamentação não guardam relação direta e conclusiva com respeito ao objeto do julgado, qual seja, o direito adquirido.

O STF apenas afirma que, no caso em análise, determinado dispositivo de lei é inconstitucional porque “viola o direito adquirido”, ou é constitucional porque “não viola o direito adquirido”, sem detalhar os parâmetros que caracterizam a violação.

Desse modo, o jurisdicionado não se depara com uma argumentação explícita. Não sabe, ao certo, porque, naquele caso específico, foi reconhecido ou não o direito adquirido. Assim, difícil se torna conhecer, mesmo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a essência do direito adquirido.

Ademais, os ministros do STF invocam precedentes para fundamentar seus votos. Porém, quando recorrem a esses precedentes, não

são identificados, também, os parâmetros que caracterizam o direito adquirido em cada uma das situações específicas.

Ora, é pedagógico para o jurisdicionado que haja uma argumentação mais densa em julgados acerca da matéria. O jurisdicionado tem o direito de saber o que está por trás da decisão que reconheceu ou não o direito adquirido alegado. Observe-se que uma crítica mais mordaz dessa postura da Corte Suprema brasileira leva à conclusão de que poderia, até mesmo, no caso em tela, estar havendo violação ao art. 93, inciso IX, da Constituição, segundo o qual “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Conforme ensina AULIS AARNIO³³¹, todo o cidadão tem o direito de esperar proteção jurídica, o que corresponde à certeza jurídica em sentido estrito. O juiz, por sua vez, tem a responsabilidade de procurar realizar a expectativa da certeza jurídica, ou seja, tem a obrigação jurídica de dar uma resposta quando o cidadão pede proteção jurídica. Nesse sentido, os tribunais têm de se conduzir de maneira tal que os cidadãos possam planejar sua própria atividade sobre bases racionais. Assim, a eliminação da arbitrariedade tem sido entendida, por definição, como o conteúdo genuíno da certeza jurídica.

Esta responsabilidade do magistrado pode ser assumida de diferentes maneiras. Uma forma usual de assumir a responsabilidade de realizar a expectativa da certeza jurídica é apoiar-se em sua própria posição de autoridade. Afirma-se que a decisão correta é aquela que deriva da interpretação de uma lei válida por parte de um tribunal.³³²

Há de se notar que, para a generalidade dos feitos sobre o direito adquirido, a Suprema Corte brasileira prefere responder com o recurso a precedentes. Ocorre que o precedente a que incumbe fazer referência não é aquele vinculativo. O precedente de que se cuida é um caso semelhante, repetido às centenas ou aos milhares, e que é invocado sob o argumento de

³³¹ Cf. AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 26.

³³² Ibid., p. 28.

que se está a operar economia de recursos públicos na prestação jurisdicional.³³³

A responsabilidade do magistrado deve corresponder, no entanto, cada vez mais, à responsabilidade de justificar suas decisões.³³⁴ Nesse sentido, a responsabilidade de oferecer fundamentação é, especificamente, uma responsabilidade de maximizar o controle público da decisão, sendo certo que a aceitabilidade das decisões somente pode ser alcançada se for possível controlá-las publicamente.³³⁵

Só através dessas circunstâncias é que se pode garantir a aplicação do direito em um sistema democrático. E é especificamente através da fundamentação das decisões que o magistrado ganha a confiança dos jurisdicionados quanto à correta aplicação das leis. Por conseguinte, a decisão poderá ser compreendida pelos jurisdicionados sobre a base de razões justificatórias e a parte perdedora saberá que o resultado da decisão está baseado em razões adequadas.³³⁶

Assim, conclui-se que, se o STF consignar, explicitamente, em suas decisões os fundamentos que o levaram a reconhecer o direito adquirido nos casos apresentados, mais fácil será ao jurisdicionado e a todos os cidadãos, quando tomarem conhecimento das decisões, identificar os parâmetros que caracterizam o direito adquirido em cada situação, e, então, compreender a essência desse fundamental princípio.

A segunda razão da grande dificuldade em se descobrir, efetivamente, a essência, o verdadeiro sentido do direito adquirido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, diz respeito ao fato de aquela Corte, quando do julgamento de cada recurso, não permitir nenhum grau de abstração no que concerne ao direito adquirido.

Conforme já exposto, a aplicação de um conceito único e abstrato de direito adquirido a todas as situações que envolvem este direito

³³³ ALMEIDA, Esdras Neves., op. cit., pp. 317-327, passim.

³³⁴ AARNIO, Aulis., ibid., p. 28.

³³⁵ AARNIO, Aulis., ibid., p. 42.

³³⁶ Ibidem, p. 29.

fundamental não se apresenta como solução viável, uma vez que o direito adquirido só pode ser identificado e definido para cada caso.

Insta, inicialmente, criticar a postura do STF, em alguns de seus julgados, quando deixa de conhecer inúmeros recursos extraordinários que envolvem o direito adquirido, sob o fundamento de que a verificação, no caso concreto, da ocorrência ou não de violação do direito adquirido, se situa no campo infraconstitucional, implicando reexame de fatos e provas, bem assim análise da lei anterior e posterior.

Ora, sempre que há alegação de direito adquirido tem-se uma questão constitucional. Não se pode interpretar a Constituição com base na lei. O art. 6º, § 2º, da LICC nada mais faz do que explicitar conceito de direito fundamental previsto na própria Constituição. Conforme já foi dito anteriormente, a definição de direito adquirido apresentada pela LICC é tautológica e não é esclarecedora.

Ademais, não há que se falar que se trata de questão infraconstitucional por envolver o exame da lei anterior e da lei posterior. É a própria Constituição que determina que a **lei** não prejudicará o direito adquirido. Assim, para que se atenda ao mandamento constitucional, imprescindível o exame da sucessão das leis, de maneira que se verifique a afronta ou não ao direito adquirido.

Entende-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer e apreciar todos os recursos extraordinários fundamentados na violação ao art. 5º, XXXVI, da Constituição, que tratem da questão do direito adquirido, qualquer que seja ela, por se tratar de um direito fundamental previsto na Constituição. Caso não aja assim, o STF estará impondo restrições ilegítimas a esse importante direito fundamental.

Assim, o conceito de direito adquirido, para ser eficaz como garantia constitucional, deve ser construído pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da Constituição, independentemente da definição conferida pela lei, servindo esta apenas como subsídio doutrinário.

Entretanto, a definição do direito adquirido, a ser feita pelo STF, no julgamento dos recursos e ações, deve conter um mínimo de

abstração, ou seja, o conceito deve permitir algum grau de abstração. Os contornos do conceito do direito adquirido devem ser delineados em cada questão.

Ora, o princípio do respeito ao direito adquirido encontra-se consagrado no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988. Insta destacar que, segundo os ensinamentos de MARCEL STATI,³³⁷ o que caracteriza particularmente o princípio – e esta seria sua diferença para com a regra de direito – é, de um lado, a falta de precisão e, de outro, a generalização e abstração lógica.

Fixando as principais diferenças entre princípios e regras, J. J. GOMES CANOTILHO³³⁸ estabelece que, no que tange ao grau de abstração, os princípios jurídicos são normas com um grau de abstração relativamente mais elevado do que o das regras de direito. Em relação ao grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras do legislador ou do juiz, enquanto que as regras são suscetíveis de aplicação direta. No que concerne à natureza normogénica, os princípios são fundamentos de regras, ou seja, normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.

Logo, pode-se afirmar que os princípios jurídicos se produzem necessariamente em dois tempos e a quatro mãos: inicialmente são formulados genérica e abstratamente pelo legislador; posteriormente se concretizam, naturalmente, como normas do caso ou normas de decisão, pelos intérpretes e aplicadores do Direito³³⁹.

Nesse sentido, os princípios consagram-se como regras a longo prazo, porque embora pareçam precedê-las, é delas que eles vão sendo

³³⁷ Cf. STATI, Marcel. **Le standard juridique**. Paris: Librairie de Jurisprudence Ancienne ET Moderne, 1927, p. 56.

³³⁸ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 166-167.

³³⁹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., op. cit., p. 27.

extraídos e generalizados pelos juízes e tribunais, ao construírem as regras de decisão, que lhes permitem realizar a justiça em sentido material.³⁴⁰

E tais regras de decisão, por serem generalizadas, devem conter um grau de abstração. Assim, das decisões do STF em cada caso que envolva o direito adquirido, deve-se, necessariamente, extrair algo abstrato, para que este abstrato possa orientar os casos semelhantes subseqüentes.

Nesse diapasão, depreende-se que o núcleo essencial do direito adquirido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é variável, uma vez que é determinado para cada caso concreto. Percebe-se que não há um compromisso do Supremo Tribunal Federal com este núcleo essencial, quando da prolação de suas decisões; é sobretudo difícil aos jurisdicionados e cidadãos, quando da análise dos julgados, compreender a efetiva essência desse importante direito fundamental.

Pode-se identificar um catálogo de *topoi* relativos ao direito adquirido, mas não se logra, necessariamente, compreender as razões que levaram o STF a definir esses *topoi*, bem assim não se consegue identificar o delineamento dos contornos do direito adquirido em cada um desses *topoi*.

Importante, por fim, destacar que o STF, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n° 3.105, e 3128, em 2004, teria introduzido um novo elemento em suas decisões sobre o direito adquirido, tendo agido, nessa ocasião, baseado em uma jurisprudência de resultados, e admitido, inclusive, a relativização do direito adquirido frente a outros interesses constitucionais.³⁴¹

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade n°s 3.105 e 3.128 foram ajuizadas, respectivamente, pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público- CONAMP e pela Associação Nacional dos Procuradores da República- ANPR. Ambas requereram a declaração de inconstitucionalidade do art. 4º, da Emenda Constitucional n° 41, de 19 de dezembro de 2003³⁴².

³⁴⁰ Cf. ESSER, Josef. **Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961, p. 71.

³⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 3105-DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ de 18/02/2005.

³⁴² Art. 4º. Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de

Alegou-se que a norma impugnada contrariava, entre outros dispositivos constitucionais, o disposto no art. 5º, inciso XXXVI da CF, uma vez que afrontava o direito adquirido dos servidores inativos à não incidência da contribuição previdenciária. Argumentaram que os servidores públicos aposentados e aqueles que reuniam os requisitos necessários para a inativação, antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 41/2003, estavam submetidos, quando de suas aposentadorias ou do momento em que poderiam se aposentar, a regime previdenciário que não tinha caráter contributivo ou solidário (antes da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998), ou apenas tinha caráter contributivo (depois da mesma Emenda Constitucional nº 20, de 1998). Assim, teriam eles incorporado a seu patrimônio o direito de não contribuir para a Previdência Social.

Os ministros EROS GRAU, GILMAR MENDES, CARLOS VELLOSO, JOAQUIM BARBOSA, SEPÚLVEDA PERTENCE e NELSON JOBIM, acompanhando o ministro CEZAR PELUSO, votaram pela cobrança da contribuição. Já a ministra-relatora ELLEN GRACIE e os ministros CARLOS AYRES BRITTO, MARCO AURÉLIO e CELSO DE MELLO votaram contra a cobrança.

Por unanimidade, o Tribunal julgou inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, contidas, respectivamente, nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41/2003.

benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o *caput* incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:

I- cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II- sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.

Importante analisar brevemente os votos dos ministros que entenderam ser constitucional a cobrança da contribuição, para que se possa melhor compreender quais foram os fundamentos utilizados na decisão no sentido de que a Emenda Constitucional nº 41/2003 não violaria o direito adquirido.

O ministro JOAQUIM BARBOSA julgou improcedente a ação. Afirmou que, em um estado de direito democrático e social, não faz sentido sustentar que alguém possa adquirir o direito de não pagar tributos.

Em sua argumentação, observa que a Constituição de 1988 elegeu como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, I e III da CF). Assim, sustenta que a Carta Magna optou por um Estado de bem-estar social, calcado no princípio da solidariedade, que constitui a pedra de toque de todo o sistema de seguridade social e se encontra presente no *caput* de seu art. 40.

Defendeu o ministro JOAQUIM BARBOSA, ainda, que o princípio da solidariedade, quando confrontado com o pretense direito adquirido de não pagar contribuição previdenciária, necessariamente deve prevalecer. Sustenta que o princípio dos direitos adquiridos, do mesmo modo que outros princípios constitucionais, admite ponderação ou confrontação com outros valores igualmente protegidos pela Constituição. Afirmar que os princípios constitucionais são relativos e admitem ponderação com outros princípios. Por fim, assevera que “a solidariedade deve primar sobre o egoísmo”.

O ministro CEZAR PELUSO, em seu voto-vista, entendeu que a incidência da contribuição previdenciária sobre os inativos, permitida pelo art. 4º da Emenda Constitucional 41/2003, não violou o princípio constitucional da proteção ao direito adquirido.

Na argumentação utilizada destacam-se algumas referências à repercussão econômica da incidência de contribuição previdenciária sobre os servidores inativos. Afirmar o ministro que o sistema previdenciário estatal atravessava grave crise estrutural e que a preocupação permanente com o

equilíbrio financeiro e atuarial do sistema levou à edição da Emenda Constitucional nº 41/2003, que instaurou regime previdenciário solidário e contributivo, mediante a previsão explícita de tributação dos inativos.

Sustenta que este inquietante quadro social, econômico e político do sistema previdenciário interessa ao Direito, porque subjaz como fonte da razão normativa à aprovação da EC nº 41/2003, que estendeu aos servidores públicos inativos o ônus de compartilhar o custeio do sistema previdenciário.

Argumenta que a previdência social, como conjunto de prestações sociais (art. 7º, XXIV da CF), exerce relevante papel no cumprimento dos objetivos constantes no art. 3º, I e III da CF; aduz que, nos claros termos do art. 195, *caput*, da CF, a previdência social deve ser financiada por toda a sociedade, de forma eqüitativa (art. 194, § único, V da CF).

Assim, sustenta que os servidores aposentados antes da edição da EC nº 41/2003 não estão à margem do grupo socioeconômico conexo à finalidade da previdência social, uma vez que sua subsistência pessoal depende diretamente dos benefícios pagos. A circunstância de estarem aposentados não lhes retira de per si a responsabilidade social pelo custeio, senão que antes a acentua e agrava, à medida que seu tratamento previdenciário é diverso daquele reservado aos servidores da ativa.

Afirma que esse tratamento tributário dos servidores inativos encontra justificção no conjunto de elementos político-normativos representados pelo caráter contributivo do sistema, pela obrigatoriedade de equilíbrio atuarial e financeiro, pelo imperativo de solidariedade social, pela distribuição eqüitativa dos encargos do custeio e pela diversidade da base de financiamento.

Por fim, visando a justificar sua argumentação, o ministro CEZAR PELUSO afirmou que seu voto tende a garantir a viabilidade econômica de sistema da mais alta importância social.

O ministro CARLOS VELLOSO acompanhou o voto do ministro CEZAR PELUSO, concluindo pela constitucionalidade do art. 4º, *caput*, da EC

nº 41/2003 e pela inconstitucionalidade de expressões inscritas nos incisos I e II, do § único do citado artigo 4º.

Merece destaque trecho do voto do ministro CARLOS VELLOSO, em que foi feita a análise dos custos e dos benefícios de se reconhecer o direito adquirido dos servidores inativos à não incidência de contribuição previdenciária.

Afirma o ministro que a seguridade social é financiada, em termos solidários, por toda a sociedade, pelas contribuições e pelos orçamentos federais, estaduais, municipais e distritais. Sustenta que, se a previdência social enfrenta déficit no pagamento de aposentadorias e pensões dos servidores públicos, o financiamento dos respectivos proventos deve ser feito, também, mediante contribuição razoável dos beneficiários. Afirma, por fim, expressamente, que “não há almoço de graça, alguém há de pagar”.

O ministro SEPÚLVEDA PERTENCE entendeu, em seu voto, que a incidência da contribuição previdenciária sobre os inativos não violou o princípio constitucional da proteção ao direito adquirido. Acompanhou o voto do ministro CEZAR PELUSO e procedeu, tal como o ministro CARLOS VELLOSO, à análise do custo-benefício do reconhecimento da constitucionalidade da cobrança da contribuição previdenciária dos servidores inativos.

Importante destacar, no voto do ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, a resposta dada por ele à intervenção feita pelo ministro CARLOS AYRES BRITTO. Argumentou o ministro AYRES BRITO que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa do Poder Público e da sociedade e destina-se a garantir direitos, não a subtraí-los ou mutilá-los.

O ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em sua resposta, asseverou que, lamentavelmente, esses direitos custam dinheiro e, por isso, o art. 195 da Constituição de 1988 diz que as referidas ações integradas devem ser financiadas por toda a sociedade.

Posteriormente, o ministro SEPÚLVEDA PERTENCE procedeu à análise dos custos e benefícios do reconhecimento do direito adquirido dos inativos à não incidência de contribuição previdenciária.

Afirma que o custo em se admitir a cobrança de contribuição previdenciária dos inativos consiste no impacto violento no orçamento doméstico de milhares e milhares de famílias, tanto mais quando coincide com uma época de perverso esmagamento da classe média, em que se situam os que não têm como se furtar pela sonegação, atingidos pela nova exação.

Por outro lado, observa que a EC nº 41/2003 corrige desigualdade manifesta entre os dois regimes de previdência social – a geral e a dos servidores públicos – e, com relação a este último, elimina indefensáveis e insuportáveis estímulos às aposentadorias precoces.

Conclui, amparado pelo princípio da solidariedade, que os servidores inativos devem pagar contribuição previdenciária e que o direito adquirido, apesar de sua intangibilidade assegurada constitucionalmente, deve ser, nesta hipótese, considerado um **direito relativo**.

O ministro NELSON JOBIM acompanhou integralmente o voto do ministro CEZAR PELUSO, mas trouxe argumentos em seu voto que merecem destaque. Afirma o ministro NELSON JOBIM que a idéia do equilíbrio atuarial determina que o sistema previdenciário, como um todo, deve ter viabilidade econômico-financeira para o futuro e no futuro. Assim, se a previsão atual de arrecadação futura é maior do que a previsão atual do pagamento de benefícios futuros, o sistema reflete superávit. Se, ao contrário, a previsão atual de arrecadação futura é menor do que a previsão atual de pagamento de benefícios futuros, o sistema está com déficit.

Mais adiante, o ministro afirma que discutir o direito adquirido nos séculos XVIII e XIX era um problema grave, pois nesses séculos os direitos fundamentais eram civis e políticos. Sustenta que, no século XX, com a introdução do “welfare state” (Estado do Bem-Estar Social), os direitos fundamentais passaram a ter o caráter de direitos econômicos e sociais, ou seja, de direitos que têm custos e não são absolutos.

Defende que, atualmente, os direitos fundamentais, incluindo o direito adquirido, devem ser considerados **relativos**, porque dependem da capacidade da sociedade em prestá-los, sob pena de se criar um extraordinário rombo dentro da própria sociedade, no que tange à sua capacidade de inclusão

social futura. Insta, também, ressaltar que o ministro NELSON JOBIM, tal como o ministro JOAQUIM BARBOSA e o ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, entende que o direito adquirido é um direito relativo, e não absoluto.

Analisando os votos dos ministros que entenderam que a incidência de contribuição previdenciária sobre os inativos não viola o direito adquirido, verifica-se que o STF, através desses votos, valeu-se de um novo procedimento, até então não vislumbrado em suas decisões pretéritas sobre o direito adquirido, qual seja, a ponderação de interesses.

Reconheceu-se que o princípio do respeito ao direito adquirido, do mesmo modo que outros princípios constitucionais, admite ponderação ou confrontação com outros valores constitucionais. Nesse sentido, realizaram os ministros, em seus votos, a ponderação entre o princípio do respeito ao direito adquirido e o princípio da solidariedade para se chegar à conclusão de que a incidência de contribuição previdenciária sobre os inativos era constitucional.

Firmou-se, também, que o direito adquirido, tal como os demais direitos fundamentais, não é um direito absoluto, sendo admitida, portanto, sua relativização frente a outros direitos albergados pela Constituição.

Observe-se que o STF, tendo em vista todas as conseqüências de suas decisões, adotou uma realística jurisprudência de resultados³⁴³, inspirada nos valores da solidariedade e da viabilidade econômica da previdência social. Considerou o STF o custo-benefício do reconhecimento da constitucionalidade da cobrança de contribuição previdenciária dos inativos, tendo em vista a repercussão social e econômica da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.

Nesse diapasão, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs n^os 3.105 e 3.128, submeteu o direito adquirido à ponderação frente a outros princípios para que pudesse aferir o seu núcleo essencial. Ademais, foram consideradas as repercussões futuras, os efeitos prospectivos da decisão para a sociedade como um todo. Ora, esse

³⁴³ A respeito da jurisprudência de resultados, conferir COELHO, Inocêncio Mártires. **As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro.** Arquivos do Ministério da Justiça, v. 50, n. 189, p. 25-37, jan./jun., 1998.

posicionamento do Pretório Excelso consagrou, certamente, a relativização dos direitos fundamentais, com duas conseqüências.

Em primeiro lugar, o Supremo Tribunal Federal decide quando, a respeito de que e esteado em que fundamento, se algum, vai relativizar um direito fundamental; esse é o papel proativo que a Corte se atribuiu, seguramente, não definido nem querido pelos Constituintes de 1988; de qualquer sorte, esse é o “estado das artes” da interpretação constitucional no Brasil, uma vez que o posicionamento relativizador dos direitos fundamentais foi decidido pelo Tribunal que diz a última palavra com respeito à exegese a ser aplicada às regras, aos princípios e, inclusive, aos casos que carecem de regras e princípios a eles aplicáveis.

Em segundo lugar, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao decidir pela prevalência do princípio da solidariedade lançou o direito adquirido ao centro do rol de questões constitucionais em aberto no País. O próximo item ocupar-se-á dessa matéria, à guisa de finalização da análise proposta nesta dissertação.

7.3 O direito adquirido como uma questão em aberto

Cumprido retornar, agora, às perguntas iniciais deste trabalho, numa tentativa de respondê-las: o que é o direito adquirido? Qual o seu núcleo essencial? É possível e viável uma delimitação teórica do conteúdo do direito adquirido no sistema jurídico brasileiro?

No ordenamento jurídico pátrio, encontra-se a menção ao direito adquirido em dois dispositivos distintos, um constitucional e outro legal.

O dispositivo de ordem constitucional corresponde ao art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, no qual se encontra a previsão de que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (grifou-se).

O dispositivo de ordem legal, por sua vez, é o art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e seu parágrafo 2º, *verbis*:

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

(...)

§ 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 pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (grifou-se)

No que tange ao dispositivo constitucional, conforme já discutido neste trabalho, não achou por bem o constituinte definir o que deve ser considerado direito adquirido, limitando-se a situá-lo como um direito fundamental e a assegurar a sua preservação diante da lei nova.

Em relação à Lei de Introdução ao Código Civil, nota-se no *caput* do art. 6º a preocupação do legislador em definir o efeito imediato das leis, bem assim em assegurar o respeito ao direito adquirido diante da aplicação da lei nova a uma relação constituída anteriormente.

No parágrafo 2º, oferece o legislador uma definição do direito adquirido. Entretanto, ela se revela tautológica, redundante e imprecisa, podendo-se extrair do conceito legal que o direito adquirido corresponde àquele direito que o seu titular possa exercer.

Assim, tanto na Constituição brasileira de 1988, quanto na Lei de Introdução ao Código Civil não se encontram elementos suficientes para responder o que seja o direito adquirido, sendo necessário recorrer à doutrina e à jurisprudência.

Grande parte da doutrina pátria entende ser possível uma delimitação teórica em abstrato do direito adquirido, a ser aplicada a todos os casos concretos que envolvem esse direito fundamental. É de se notar que as definições apresentadas pelos doutrinadores não são unânimes, mas todas trazem os elementos constantes da definição de GABBA sobre o direito adquirido.

Para a doutrina pátria fazem parte da essência do direito adquirido os seguintes elementos: 1) o direito mencionado no conceito de direito adquirido refere-se ao direito subjetivo, ou seja, ao direito concreto; 2) é indispensável que o direito tenha se tornado elemento ou parte do patrimônio individual para ser considerado adquirido; 3) o direito, para ser considerado adquirido, deve ser consequência de um fato aquisitivo.

O núcleo essencial do direito adquirido corresponde, portanto, para a doutrina brasileira, ao conjunto desses elementos.

Entretanto, a utilização de uma definição abstrata do direito adquirido não se mostra suficiente para revelar o seu núcleo essencial. Ademais, não é viável nem adequado o emprego de uma concepção teoricamente delimitada do direito adquirido a todos os problemas e situações práticas que o têm como objeto central.

A percepção do núcleo essencial do direito adquirido só pode ser feita através da análise de casos concretos que envolvam uma lei anterior e uma lei posterior, para que se verifique quando os fatos idôneos foram reunidos para a produção de determinado direito.

A propósito, ensina LARENZ, a respeito da interpretação dos enunciados normativos em geral, que é só na sua aplicação aos casos ocorrentes e na sua concretização que se revela o seu conteúdo significativo. Esses parâmetros, inclusive, ampliam-se a cada utilização, pois é precisamente no processo de concretização, mediante julgamento de casos, que as pautas hermenêuticas densificam o seu conteúdo e/ou expandem a sua abrangência, sendo, portanto, aptas para resolver novos problemas.³⁴⁴

Conforme se demonstrou alhures, a constatação, pelo STF, acerca da existência ou da inexistência do direito adquirido em seus julgados é feita pela análise do caso examinado e pela invocação de precedentes.

Não efetua o Supremo um exercício de subsunção da situação de fato a uma norma específica para afirmar se houve ou não ofensa ao direito adquirido e isso se dá em razão da inexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, de norma específica que traga elementos identificadores do que venha a ser o direito adquirido. Ademais, os esquemas meramente lógico-dedutivos são inadequados para lidar com a questão do direito adquirido, que envolve raciocínios dialéticos e está em constante mutação.

Verificou-se, também, que o Supremo Tribunal Federal parte do problema, do exame do caso, para reconhecer a existência ou não do direito adquirido, o que corresponde ao emprego do raciocínio tópico. Assim, o núcleo essencial do direito adquirido na jurisprudência do Supremo se coaduna com o que a teoria relativa de proteção ao núcleo essencial entende por núcleo

³⁴⁴ Cf. LARENZ, Karl., op. cit., p. 310 e ss.

essencial de um direito fundamental: o núcleo essencial do direito adquirido, para o Pretório Excelso, é aquele definido para cada caso.

Ora, a tópica é a técnica voltada à resolução de problemas e consiste em um procedimento de busca de premissas que não termina nunca. Como as circunstâncias da vida são mutáveis, e os casos concretos variados, o núcleo essencial do direito adquirido, assim, será móvel e estará, conseqüentemente, sempre em aberto.

Ressalte-se que o domínio do problema referente ao direito adquirido exige flexibilidade e capacidade de alargamento, pois o repertório de tópicos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o direito adquirido é necessariamente provisório. Em sendo necessário, os pontos de vista que até um determinado momento eram admissíveis podem considerar-se expressa ou tacitamente inaceitáveis.

Assim, a busca de premissas, no caso do direito adquirido, é infinita, pois a realidade fática é dinâmica e sempre surgirão situações novas que exigem uma nova verificação da existência ou não do direito adquirido.

Por conseguinte, incabível uma delimitação teórica do conteúdo do direito adquirido no sistema jurídico brasileiro e uma prévia definição de direito adquirido a ser aplicada a todos os casos concretos, uma vez que o direito adquirido deve ser definido pelo Supremo Tribunal Federal para cada situação prática apresentada, estando, portanto, em aberto.

Entretanto, conforme antes se concluiu, difícil é, mesmo através da análise da jurisprudência da Corte Suprema brasileira, apreender efetivamente a essência e os contornos do direito adquirido no julgamento de cada caso que é submetido à decisão do STF.

Ademais, verificou-se, ao longo dessa dissertação, que o Supremo Tribunal Federal não se vale de critérios definidos para decidir sobre o direito adquirido.

Nota-se que, em alguns casos, deixa o STF de conhecer recursos em que se alega a afronta ao direito adquirido, sob o argumento de se tratar de questão infraconstitucional, por envolver o exame de sucessão de leis. Em outras situações, o Supremo aprecia o recurso, analisando as

peculiaridades do caso, a lei anterior e a lei posterior, bem assim verifica quando os fatos idôneos foram reunidos para a produção de um determinado direito.

Noutras circunstâncias, invoca a teoria de GABBA, para afirmar se existe o direito adquirido alegado. Em outras, realiza ponderação de bens para verificar a existência de direito adquirido. Em outros casos, apenas invoca precedentes para fundamentar suas decisões sobre a violação ou não do direito adquirido.

Percebe-se, portanto, que o direito adquirido é uma questão em aberto.

Entretanto, cabe ao Supremo Tribunal Federal, quando lhe são submetidos problemas que envolvem o direito adquirido, oferecer solução em que seja possível, ao jurisdicionado, extrair o delineamento do núcleo essencial do direito adquirido definido para aquele caso concreto específico.

Em remate, conclui-se que o modo mais adequado para o Supremo Tribunal Federal definir, com uniformidade, o núcleo essencial do direito adquirido em cada caso deve compreender:

a) O STF deve se valer de uma exaustiva argumentação em suas decisões para reconhecer ou não o direito adquirido.

Ora, os magistrados têm a responsabilidade de justificar suas decisões sobre bases racionais, de maneira que seja maximizado o controle público da decisão e o jurisdicionado possa saber que o resultado da decisão foi baseado em razões adequadas.

O jurisdicionado tem o direito de saber o que está por trás da decisão que reconheceu ou não o direito adquirido alegado e o juiz, por sua vez, tem o dever de realizar a expectativa da certeza jurídica e de dar uma resposta quando o cidadão pede essa proteção jurídica.

O STF deve trazer explicitamente em todas as suas decisões os fundamentos que o levaram a reconhecer o direito adquirido nos casos concretos apresentados, não se limitando apenas à invocação de precedentes. Assim, o jurisdicionado e os cidadãos, quando analisarem os acórdãos

prolatados pela Corte, identificarão os parâmetros que caracterizam o direito adquirido e também compreenderão a sua essência.

b) Da definição do direito adquirido pelo STF para cada caso concreto deve-se, necessariamente, extrair algum grau de abstração, para que este abstrato oriente os casos semelhantes subseqüentes.

O princípio do respeito ao direito adquirido encontra-se consagrado no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, e, tal como formulado pelo legislador, é dotado de generalização e abstração lógica.

Ao ser aplicado, concretiza-se como norma do caso ou norma de decisão pelos intérpretes e aplicadores do Direito. Assim, o princípio do respeito ao direito adquirido é generalizado pelo STF quando da prolação de suas decisões.

Deve, entretanto, essa definição do direito adquirido no caso concreto conter um mínimo de abstração, de maneira que os contornos do conceito do direito adquirido sejam delineados além das especificidades de cada caso concreto; assim poderá o STF, em um juízo assente na percepção, comparar o objeto por ele delineado com outros objetos que ele aprendeu a considerar como direitos adquiridos. Não se trata de procedimento mecânico, como aquele adotado quando a Corte faz uso da regra do precedente. A abstração permite ampliar o conhecimento da Corte e dos jurisdicionados com respeito ao objeto que se está decidindo.

c) O núcleo essencial do direito adquirido deve ser definido, pelo STF, para cada caso, através da utilização do processo de ponderação de bens jurídico-constitucionais.

Deve o núcleo essencial do direito adquirido ser sempre definido, pelo Supremo Tribunal Federal, para cada caso concreto, à luz do direito restringido, conforme ensina a teoria relativa da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, adotam-se os fundamentos utilizados por PETER HÄBERLE em sua obra *La garantía del contenido esencial de los*

*derechos fundamentales*³⁴⁵; a ponderação de bens deve ser o meio de determinação do conteúdo essencial e dos limites do direito adquirido, através da solução dos conflitos que surgem entre os bens jurídicos constitucionais que coexistem com o direito adquirido.

Assim, o direito adquirido deve ser sempre definido em uma situação de conflito, sendo atualizado e concretizado caso a caso. Seu conteúdo e seus limites devem ser determinados em relação a outros bens jurídicos constitucionais e devem se deduzir em uma operação intelectual diferenciada. Portanto, é através da ponderação de bens que se proporciona um equilíbrio entre os bens jurídico-constitucionais que colidem.

Logo, o tamanho do direito adquirido só pode ser mensurado em face de um conflito específico, quando estiverem em jogo valores comprimindo-se reciprocamente. Conseqüentemente, o seu conteúdo essencial só poderá ser determinado por meio de uma reflexão sobre os conteúdos essenciais de outros bens jurídico-constitucionais.

Impõe-se que essa definição do núcleo essencial do direito adquirido seja feita à luz do princípio da proporcionalidade, de maneira que, na ponderação entre bens jurídico-constitucionais, a restrição seja feita somente quando indispensável e na medida do necessário para a proteção de um direito fundamental.³⁴⁶

Vale lembrar, também, os ensinamentos de ALEXY, para quem, diante da colisão de princípios, quando em tese mais de um princípio parecer aplicável à mesma situação de fato, ao invés de o intérprete se sentir obrigado a escolher entre este ou aquele princípio, com exclusão de outros que repute igualmente utilizáveis como norma de decisão, cabível é a realização de ponderação entre os princípios concorrentes à luz do caso concreto, optando, afinal, por aquele princípio que, nas peculiaridades do caso, lhe pareça mais adequado em termos de otimização de justiça.³⁴⁷

³⁴⁵ Cf. HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madri: Dykinson, 2003, p. 33 e ss.

³⁴⁶ Cf. BARROS, Suzana de Toledo., op. cit., p. 102.

³⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centros de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89 e ss.

Observe-se que o fato de se dar menor importância a qualquer um dos princípios, em determinada situação, não o invalida ou desqualifica para futuras aplicações, porque sua preterição terá decorrido exclusivamente das circunstâncias do caso.

Por fim, o processo de ponderação de bens jurídico-constitucionais deve ser realizado pelo STF nas situações em que esse Tribunal precise decidir se uma determinada lei em sentido amplo é inconstitucional por prejudicar o direito adquirido e desrespeitar o art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988.

Assim, por meio dessa ponderação de bens deve o Supremo Tribunal Federal extrair o núcleo essencial do direito adquirido para o caso concreto apresentado e, uma vez identificado esse núcleo essencial, ter-se-á como inconstitucional, por prejudicar o direito adquirido, a lei que tiver violado o conteúdo mínimo do direito adquirido.

Destaque-se que o ideal é que esse processo de ponderação de bens jurídico-constitucionais conste explicitamente da fundamentação dos votos dos ministros, de maneira que o jurisdicionado possa de fato compreender porque houve a preponderância de um bem jurídico-constitucional sobre outro.

d) O núcleo essencial do direito adquirido deve corresponder à sua função social

Em se admitindo a ponderação de bens para a determinação do núcleo essencial do direito adquirido, conseqüentemente, estar-se-á reconhecendo que os direitos fundamentais não são absolutos e admitem restrição.

Ainda hoje se ouve que os direitos fundamentais são absolutos, no sentido de não tolerarem restrição e se situarem no patamar máximo de hierarquia jurídica. Tal assertiva fundamenta-se no pressuposto jusnaturalista de que o Estado existe para proteger direitos naturais que, de outro modo,

estariam ameaçados. Se é assim, os direitos fundamentais gozariam de prioridade absoluta sobre qualquer interesse coletivo.³⁴⁸

Entretanto, essa idéia encontra dificuldades em ser aceita. Tornou-se pacífico admitir que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, portanto, absolutos. Ademais, pacífico também que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais.

A esse respeito, PRIETO SANCHÍS ensina que a afirmação de que “não existem direitos ilimitados se converteu quase em cláusula de estilo na jurisprudência de todos os tribunais competentes em matéria de direitos humanos”³⁴⁹.

A propósito, as declarações de direitos humanos admitem expressamente limitações “que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais de outros.”³⁵⁰

Assim, no direito pátrio, não há direitos fundamentais absolutos. Tanto outros direitos fundamentais quanto outros valores constitucionais podem limitar o direito adquirido.

Entretanto, para não se permitir o relativismo constante do conteúdo do direito adquirido – o que poderia gerar uma distorção de fins contrária à idéia de proteção ao núcleo essencial – é necessário se valer, nesse ponto, da conciliação entre as teorias absolutas e relativas de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, imperioso julgar as razões das restrições ao direito adquirido a partir de um dado previamente fixo (conteúdo essencial), embora se deva valorizar uma solução que, prestigiando a concordância

³⁴⁸Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., op. cit., p. 230.

³⁴⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madri: Debate, 1994, p. 86 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., op. cit., p. 230.

³⁵⁰ Art. 18 da Convenção de Direitos Cívicos e Políticos de 1966, da ONU.

prática entre os vários bens concorrentes, possa definir limites mais elásticos aos direitos, dada a situação apresentada.³⁵¹

Cumprido defender que este “dato previamente fixo” corresponda à função social do direito adquirido.

O valor “função social” é único, mas pode ser aplicado diferentemente em face das peculiaridades de cada instituto jurídico³⁵², daí que algumas importantes considerações devem ser feitas sobre a função social do Direito.

Considerar a razão de ser do Direito e a sua finalidade social é tentar explicar o “porquê” do direito. GIORGIO DEL VECCHIO disse não haver outro caminho a seguir senão o de fundamentar o Direito na natureza humana, ou, nas suas palavras, “*buscar em nosotros mismos el fundamento ultimo del Derecho*”.³⁵³

Ora, o Direito não considera o homem de forma isolada na sociedade, isto é, a norma não se preocupa em atingir este ou aquele indivíduo, mas sim a coletividade como um todo orgânico. Isso porque o ser humano naturalmente não vive sozinho.

Conforme ensinava VICENTE RÁO, o Direito considera o homem, a todo instante, “como parte de uma comunhão, que é a sociedade, fora da qual o homem, civilmente, não poderia viver”.³⁵⁴

É de se notar que a sociedade e o Direito se pressupõem, não podendo existir um sem o outro. O Direito não só existe em razão dos seres humanos, mas também tem nestes os seus destinatários finais, sendo, portanto, o mais eficaz instrumento voltado para a obtenção e manutenção da paz social.

Assim, o Direito moderno, chamado por RADBRUCH³⁵⁵ de “Direito social”, deixa de ser estático, para estar em constante evolução,

³⁵¹ Cf. BARROS, Suzana de Toledo., op. cit., p.104.

³⁵² Cf. MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barros. **Função social da propriedade: conteúdo e diretrizes para a sua compreensão.** Revista forense, v.104, n. 397, p. 273-297, maio/jun., 2008, p. 278.

³⁵³ DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofia del derecho**; traducción, prólogo y extensas adiciones por Luis Recaséns Siches. Barcelona: Bosch, 1930, p. 435.

³⁵⁴ RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 52.

variável em função da época e do local, atento sempre à realidade atual. Sob essa concepção, o Direito tem sempre em vista o indivíduo como um ser destinado a viver em sociedade.

Este é o conteúdo do Direito, se encarado sob o prisma da sua função social, caracterizado pelo fato de existirem garantias suficientes que permitam o progresso equânime da humanidade, já que não se pode considerar o homem como um ser solitário, independente do progresso e da felicidade de seus semelhantes.³⁵⁶

Nesse contexto é que se afirma que o conteúdo essencial do direito adquirido deve corresponder à sua função social.

Um direito adquirido somente deve ser reconhecido se este reconhecimento também beneficiar a sociedade como um todo. Se o seu reconhecimento destinar-se, única e exclusivamente, ao atendimento de interesses individuais e trazer prejuízos à coletividade, ele poderá sofrer restrição e outro princípio poderá ser-lhe superior.

Imperioso se faz, também, que o Supremo Tribunal Federal realize a ponderação entre o interesse individual e o interesse da comunidade no momento em que verifica, em cada julgamento, a existência ou não do direito adquirido. Destaque-se que essa necessidade de ponderação entre interesse individual e coletivo é, todavia, comum a todos os direitos fundamentais³⁵⁷, não sendo uma especificidade do direito adquirido.

Necessária, também, a análise dos efeitos do reconhecimento do direito adquirido não apenas para aquele caso examinado, mas também seus efeitos prospectivos e futuros para a sociedade como um todo.

Por fim, pode-se sustentar, com amparo na doutrina de HÄBERLE³⁵⁸, que a função social dos direitos fundamentais tem o interesse especial de se apresentar como limite à ponderação de bens e à relativização

³⁵⁵ Cf. RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1934, p. 183.

³⁵⁶ Cf. MONTEIRO FILHO, Ralpo Waldo de Barros., op. cit., p. 34.

³⁵⁷ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **A Reforma Monetária de 1990: Problemática Jurídica da Chamada "Retenção dos Ativos Financeiros" (Lei nº 8.024, de 12.04.1990)**. Revista de Direito Administrativo, n. 186, p. 26-92, out./dez., 1991, p. 73.

³⁵⁸ Cf. HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.**, op. cit., p. 50.

dos direitos fundamentais. Uma ponderação de bens que puser em questão a função social do direito adquirido será inconstitucional por privar o direito adquirido de sua significação constitutiva para a ordem instituída.

CONCLUSÃO

No decorrer da presente dissertação algumas conclusões relevantes foram alcançadas. No primeiro capítulo, destinado ao estudo do Direito Intertemporal e de seus fenômenos, esclareceu-se a distinção entre a temporalidade jurídica, a intertemporalidade jurídica e o Direito Intertemporal. Por temporalidade jurídica entendeu-se a unidade temporal em fluxo, constituída pelas perspectivas temporais motivadas pelos movimentos do plano normativo e da realidade fática que com este se associa em um dado ordenamento jurídico.

Já a intertemporalidade jurídica foi vista como a situação jurídica tipificada quando uma norma sucede a outra no campo temporal. É possível sua análise tanto ao longo do movimento do plano normativo, isoladamente considerado, quanto ao longo do movimento do plano normativo conjugado com o plano fático, o que corresponde, respectivamente, à intertemporalidade não conflitual e à intertemporalidade conflitual das normas jurídicas.

O Direito Intertemporal, por sua vez, foi entendido como o conjunto formado pelas normas jurídicas e proposições doutrinárias que têm por objetivo dimensionar e solucionar os problemas da intertemporalidade jurídica conflitual e constitui-se a melhor expressão para designar uma teoria geral sobre o conflito de leis no tempo.

Verificou-se que dentre os fatos passados, presentes, pendentes e futuros o que importa considerar, para o Direito Intertemporal, são os fatos pendentes, pois só eles apresentam ligações tanto com o passado, quanto com o presente, tanto com a lei antiga, quanto com a lei nova. Vislumbrou-se, também, que três são as situações passíveis de comportamento da lei nova em face da antiga: a retroatividade da lei nova, a imediatidade da lei nova e a ultratividade da lei antiga.

Esclarecidas algumas definições importantes no primeiro capítulo, coube ao segundo capítulo situar o direito adquirido como categoria do Direito Intertemporal.

Demonstrou-se que a noção de direito adquirido está ligada à evolução histórica do Direito Intertemporal e que a proteção ao direito adquirido constituiu uma das soluções apresentadas, ao longo da história do Direito, para resolver questões atinentes ao conflito de leis no tempo. Verificou-se que a utilização histórica, em primeira mão, da expressão “direito adquirido”, ocorreu no Direito Intermédio, mais precisamente, no período do Direito Canônico, em um texto de Bonifácio VIII.

No que tange à grande produção científica que marcou o campo do Direito Intertemporal a partir do século XIX, foram apreciadas a teoria subjetivista e a teoria objetivista, segundo as perspectivas desenvolvidas, respectivamente, por GABBA e ROUBIER.

Constatou-se que a teoria subjetivista leva em conta os efeitos dos fatos jurídicos sobre as pessoas e é a teoria que se define a partir do conceito de direito adquirido. Seu mais relevante ponto de referência é o italiano CARLO FRANCESCO GABBA, para quem, diante do conflito de leis no tempo, é perfeitamente justa a aplicação da lei nova a relações constituídas anteriormente, desde que se respeitem todos os direitos adquiridos. O desrespeito a estes implicaria a existência de uma retroatividade injusta, sendo, conseqüentemente, justa qualquer outra forma de ação retroativa da lei nova sobre fatos ou relações antecedentes.

Verificou-se que, para GABBA, direito adquirido é todo direito que: 1) é conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato foi realizado, ainda que a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo; e que 2) nos termos da lei sob cujo império ocorreu o fato do qual se originou, passou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.

No que tange à teoria objetivista, esta se apresentou em oposição à teoria subjetivista e seus defensores procuraram objetivar as questões do Direito Intertemporal, defendendo que o conflito de leis no tempo

deve ser resolvido através da identificação da lei vigente no momento em que os efeitos dos fatos são produzidos.

No estudo da teoria objetivista apresentada por PAUL ROUBIER, verificou-se sua preferência pela expressão “situação jurídica” no lugar da designação “direito adquirido”, sendo as “situações jurídicas” conceituadas como a soma das situações subjetivas e das objetivas, ou seja, 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.

A grande contribuição de ROUBIER foi ter esclarecido o sentido do efeito imediato das leis, que, até então, era freqüentemente confundido com o efeito retroativo das leis, quando se tratava de situações jurídicas em curso de criação ou de produção de seus efeitos. Nesse sentido, segundo o princípio do efeito imediato das leis, a lei nova não deve atingir os fatos anteriores nem os efeitos anteriores desses fatos, mas sim os fatos futuros, como também os efeitos posteriores dos fatos passados, isto é, a lei nova atua no presente, abrangendo as partes posteriores dos fatos pendentes.

Abordado o direito adquirido como categoria de Direito Intertemporal, e superada a análise do direito adquirido no campo da Teoria Geral do Direito, ocupou-se o terceiro capítulo deste trabalho em estudar o direito adquirido no direito positivo pátrio, particularmente no que concerne às questões suscitadas no âmbito do Direito Constitucional e Civil brasileiro.

Através do estudo do art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, chega-se às constatações que se seguem.

No que concerne à averiguação quanto ao assento constitucional do princípio da irretroatividade, firmou-se que o constituinte acolheu o princípio da irretroatividade restrita, que consiste na proibição de leis prejudiciais ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Percebeu-se, portanto, a influência, no texto constitucional, da teoria dos direitos adquiridos de GABBA, que também pregava a irretroatividade das leis restrita à proteção dos direitos adquiridos, bem assim a influência da teoria objetivista de ROUBIER, através da noção implícita de efeito imediato das leis.

Em relação aos destinatários da referida regra constitucional, assentou-se que são eles todos os Poderes Públicos constituídos, ficando, portanto, vedado ao legislador das esferas da federação, aos magistrados e às autoridades administrativas praticar atos que causem ofensa ao direito adquirido.

Em análise à possibilidade de sujeição do Poder Constituinte Originário a alguma espécie de limitação, no que tange ao direito adquirido, concluiu-se ser inconcebível que um ordenamento jurídico, que prime pela democracia, admita que normas constitucionais retroajam para prejudicar situações jurídicas consolidadas na ordem jurídica anterior. Assim, concluiu-se que há direito adquirido em face da Constituição.

Quanto à existência de direito adquirido em face do Poder Constituinte Derivado, evidenciou-se que o vocábulo “lei”, constante no inciso XXXVI, refere-se à lei em sentido material, englobando todas as espécies legislativas contidas no art. 59, da Constituição, o que inclui as emendas constitucionais. Ademais, em sendo o direito adquirido um direito individual previsto no art. 5º, da Constituição de 1988, encontra-se ele amparado pela cláusula de intangibilidade prevista no art. 60, § 4º, IV. Assim, concluiu-se pela existência de direito adquirido em face das emendas constitucionais.

No que diz respeito ao possível caráter retroativo das denominadas leis de ordem pública e leis interpretativas, assentou-se que a dimensão constitucional que se confere ao princípio do direito adquirido não permite que se excepcionem da aplicação do princípio as referidas leis.

Na análise quanto à classificação da norma do art. 5º, da Constituição de 1988, como norma de eficácia plena, contida ou limitada, entendeu-se que a referida norma é de eficácia plena, tendo, portanto, aplicabilidade direta, imediata e integral. Entretanto, ponderou-se que, apesar de a referida norma ter aplicabilidade imediata, o legislador infraconstitucional não está impedido de definir o direito adquirido, desde que não ultrapasse os limites estabelecidos pelo texto constitucional em sua sistematicidade material e formal e não ofenda o seu núcleo essencial.

Analisando o art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, percebeu-se a adoção, de forma explícita, em seu *caput*, da noção de efeito imediato das leis enunciada por ROUBIER. Já quando o dispositivo legal assegura que devem ser “respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”, nota-se a influência da Teoria Subjetiva preconizada por GABBA.

No que tange ao § 2º, do art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, verificou-se que a definição de direito adquirido foi apresentada de forma tautológica, redundante e imprecisa. O legislador infraconstitucional não inovou em relação ao texto constitucional e, do texto oferecido, extraiu-se que direito adquirido é aquele direito que o seu titular possa exercer.

Como a definição de direito adquirido constante na LICC foi apresentada de forma sintética e limitada, não inovando em relação ao texto constitucional, concluiu-se que o § 2º, do art. 6º, da LICC, não ultrapassou os limites estabelecidos pelo texto constitucional em sua sistematicidade material e formal.

Quanto à verificação da ofensa ao núcleo essencial do direito adquirido, constatou-se que, como o texto constitucional não apresentou quaisquer elementos que pudessem conduzir à essência do direito adquirido, dessa previsão constitucional não é possível a extração do núcleo essencial do direito adquirido.

Realizada a abordagem do direito adquirido no direito positivo pátrio, e tendo sido constatada a impossibilidade de se compreender o conteúdo essencial do direito adquirido através da leitura e análise do art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, e do art. 6º, § 2º, da LICC, passou-se, no capítulo quarto, ao estudo do núcleo essencial do direito adquirido.

Inicialmente, procedeu-se ao estudo do princípio da proteção do núcleo essencial, tendo sido conceituado o referido princípio e apresentado o significado do núcleo essencial de um direito fundamental à luz das duas teorias da doutrina alemã a respeito do tema, quais sejam, a teoria absoluta e a teoria relativa.

Em análise da obra *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, de PETER HÄBERLE, evidenciou-se que, para o autor, o princípio através do qual se há de determinar o conteúdo e os limites dos direitos fundamentais e através do qual se solucionam os conflitos que surgem entre os bens jurídicos constitucionais que coexistem uns junto aos outros é o princípio da ponderação de bens, caracterizado como imanente à Constituição.

Nesse sentido, o conteúdo e os limites de um direito sempre não de ser determinados em relação a outros bens jurídicos e devem deduzir-se em uma operação intelectual diferenciada, originando-se os direitos fundamentais em situações de conflito, sendo sempre atualizados e concretizados caso a caso.

Para o referido autor, a função social dos direitos fundamentais tem o interesse especial de evitar a relativização dos direitos fundamentais. Assim, a ponderação de bens que puser em questão a função social dos direitos fundamentais será inconstitucional.

Uma vez estudados os fundamentos do princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, procedeu-se à verificação do núcleo essencial do direito adquirido na visão da doutrina brasileira.

Restou destacado que grande parte dos doutrinadores brasileiros entende ser possível uma conceituação e uma conseqüente delimitação teórica em abstrato do direito adquirido. Nessa perspectiva, concluiu-se que, quando os doutrinadores brasileiros apresentam uma definição do direito adquirido, adota-se a teoria absoluta da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Em que pese não haver uniformidade nas definições de direito adquirido trazidas pelos doutrinadores brasileiros, encontramos nas definições doutrinárias apresentadas elementos constantes da definição de GABBA.

Assim, concluiu-se que, para a doutrina pátria, fazem parte da essência do direito adquirido os seguintes elementos: 1) o direito mencionado no conceito de direito adquirido refere-se ao direito subjetivo, ou seja, ao direito concreto; 2) é indispensável que o direito tenha se tornado elemento ou parte

do patrimônio individual para ser considerado adquirido; 3) o direito, para ser considerado adquirido, deve ser consequência de um fato aquisitivo.

Não obstante restar fixada, pela doutrina brasileira, uma concepção teoricamente delimitada do direito adquirido, como sendo o seu núcleo essencial, evidenciou-se que a utilização de uma definição em abstrato do direito adquirido não era o melhor caminho para se identificar a sua essência e para se verificar o seu eventual respeito ou prejuízo pela lei nova. Assim, constatou-se que a percepção do núcleo essencial do direito adquirido só pode ser feita através da análise de casos concretos.

Assim, reconheceu-se como mais adequados para se alcançar o núcleo essencial do direito adquirido os fundamentos da teoria relativa da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Uma vez estabelecido que é através da análise dos casos concretos que se extrai a essência do direito adquirido, procedeu-se, no quinto capítulo, ao exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a quem compete a guarda da Constituição brasileira, tratando-se, por isso, de Corte dotada de um papel indispensável no direcionamento das leituras da comunidade jurídica a respeito dos direitos fundamentais; procurou-se, também por essa via, compreender o conteúdo e o significado do direito adquirido no Brasil.

Foram selecionados e analisados alguns acórdãos da Suprema Corte brasileira, em que se afirmou ou não a existência do direito adquirido.

Preliminarmente, optou-se por verificar se toda a questão que envolve a alegação de desrespeito ao direito adquirido é considerada uma questão constitucional e se tem sido apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo da jurisdição constitucional brasileira.

A esse respeito, foram identificados dois posicionamentos diversos na jurisprudência do STF. De acordo com o primeiro posicionamento, a questão do direito adquirido nem sempre é constitucional. A noção conceitual de direito adquirido, nessa linha, é tema da legislação ordinária; tão-somente o princípio inerente à proteção do direito adquirido tem natureza constitucional.

Consoante o segundo posicionamento, apesar da possibilidade de o legislador infraconstitucional definir o direito adquirido, este direito fundamental corresponde sempre a uma questão constitucional, sendo o STF, e não o STJ, o tribunal competente para dirimir as causas judiciais que invoquem o respeito ao direito adquirido.

Posteriormente, realizou-se uma sucinta sistematização dos acórdãos do STF em que foi apreciada a alegação de violação ao direito adquirido, no tocante a alguns temas considerados relevantes para a análise proposta: a) direito adquirido e Direito Civil; b) direito adquirido e Execução Penal; c) direito adquirido e Administração Pública; d) direito adquirido e Direito Tributário; e) direito adquirido e Servidor Público.

Para melhor identificar o núcleo essencial do direito adquirido na jurisprudência do STF investigou-se, no sexto capítulo, o procedimento argumentativo e decisório utilizado pelo Supremo, quando da afirmação ou negação do direito adquirido.

Após a análise do inteiro teor de alguns acórdãos, foram escolhidos dois, que demonstram muito bem o procedimento argumentativo e decisório usualmente adotado pelo Supremo Tribunal Federal quando da prolação de suas decisões, no que concerne à existência ou inexistência de direito adquirido nos processos que lhe são apresentados para julgamento. Foram eles o RE nº 221.946-DF e do RE (AgR) n. 480.644-AM.

Analisando os acórdãos escolhidos, bem assim a fundamentação e argumentação utilizadas pelos ministros do STF em seus votos, verificou-se que a existência ou inexistência do direito adquirido é constatada mediante a análise específica da hipótese versada nos autos e pela referência a precedentes. Percebeu-se, também, que o STF não realiza um exercício de subsunção da situação de fato a uma norma específica para dizer se houve ofensa ou não ao direito adquirido e que, por isso, admitir ou não admitir um direito como adquirido foge ao enunciado da norma. Notou-se, por fim, que o Supremo Tribunal Federal parte do exame da questão posta nos autos, para reconhecer ou não o direito adquirido.

Nesse contexto, concluiu-se que tal recurso decisório e argumentativo realizado pelo Supremo Tribunal Federal corresponde à tópica. Estudou-se a tópica, desenvolvida sob a perspectiva desenvolvida por THEODOR VIEHWEG, como instrumental de solução de problemas na Ciência do Direito.

Nessa perspectiva, constatou-se que, em não havendo um referencial decisório prévio sobre uma determinada situação que envolva o direito adquirido, o STF utiliza a tópica de primeiro grau para oferecer imediatamente uma solução. Já quando parte de ponto de vista consolidados, para reconhecer ou não o direito adquirido em uma determinada hipótese concreta, ou seja, quando invoca precedentes, ele se utiliza da tópica de segundo grau.

Posteriormente, abordou-se, no sétimo capítulo, o núcleo essencial do direito adquirido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Entendeu-se que esse núcleo essencial corresponde ao que a teoria relativa de proteção ao núcleo essencial entende por núcleo essencial de um direito fundamental, ou, em termos mais precisos, o núcleo essencial do direito adquirido, para o STF, é aquele definido para cada caso processo.

Entretanto, verificou-se uma grande dificuldade em se descobrir efetivamente a essência e os contornos do direito adquirido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por duas razões. A primeira razão diz respeito à insuficiente fundamentação utilizada pelo STF em suas decisões sobre o direito adquirido. A segunda refere-se ao fato de aquela Corte, quando do julgamento de cada caso, não permitir nenhum grau de abstração no que concerne ao direito adquirido.

Constatou-se, também, nesse ponto, que, no julgamento das ADIs n. 3105 e 3128, em 2004, em que foi afirmada a inexistência de direito adquirido dos inativos à não incidência de contribuição previdenciária, o STF parece ter introduzido um novo elemento em suas decisões sobre o direito adquirido: submeteu o direito adquirido à ponderação frente a outros princípios, para que se pudesse aferir o seu núcleo essencial. Verificou-se que o STF agiu

baseado em uma jurisprudência de resultados, tendo admitido, inclusive, a relativização do direito adquirido frente a outros princípios constitucionais.

Ao final da presente dissertação, concluiu-se ser o direito adquirido uma questão em aberto. Se o significado do direito adquirido deve ser buscado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se o núcleo essencial do direito adquirido, para o STF, é aquele definido para cada processo em concreto, e se o STF utiliza a tópica como técnica de argumentação, a busca de premissas, no caso do direito adquirido, é infinita, pois a realidade fática é dinâmica e sempre surgirão situações novas que exigirão uma nova verificação da existência ou não do direito adquirido.

Assim, incabível uma delimitação teórica do conteúdo do direito adquirido no sistema jurídico brasileiro e uma prévia definição de direito adquirido a ser aplicada a todos os casos.

Verificou-se, também, que o Supremo Tribunal Federal não se vale de critérios unívocos para decidir sobre o direito adquirido.

Constatou-se que, em alguns casos, deixa o STF de conhecer recursos em que se alega a afronta ao direito adquirido, sob o argumento de se tratar de questão infraconstitucional, por envolver o exame de sucessão de leis. Em outras situações, a Corte aprecia o recurso, analisando as peculiaridades do caso, a lei anterior e a lei posterior, bem assim verifica quando os fatos idôneos foram reunidos para a produção de um determinado direito.

Noutras circunstâncias, realiza ponderação de bens para verificar a existência de direito adquirido. Em outros casos, apenas invoca precedentes para fundamentar suas decisões sobre a violação ou não do direito adquirido.

O direito adquirido, reitera-se, é uma questão em aberto.

Entretanto, entendeu-se caber ao Supremo Tribunal Federal, quando lhe são submetidos problemas que envolvem o direito adquirido, oferecer solução em que seja possível, ao jurisdicionado, extrair o delineamento do núcleo essencial do direito adquirido definido para aquele caso específico.

Expôs-se, assim, o modo considerado mais adequado para o Supremo Tribunal Federal definir, com uniformidade, o núcleo essencial do direito adquirido em cada caso concreto, em benefício da segurança jurídica:

a) Deve o STF se valer de uma exaustiva argumentação em suas decisões para reconhecer ou não o direito adquirido.

b) Da definição do direito adquirido pelo STF para cada caso concreto deve-se, necessariamente, extrair algum grau de abstração, para que este abstrato oriente os casos semelhantes subseqüentes.

c) O núcleo essencial do direito adquirido deve ser definido, pelo STF, para cada caso que lhe é submetido a julgamento, através da utilização do processo de ponderação de bens jurídico-constitucionais.

d) O núcleo essencial do direito adquirido deve corresponder à sua função social.

O direito adquirido é, no Brasil hodierno, efetivamente, uma questão em aberto. Para essa abertura, como se quis demonstrar nesta dissertação, tem contribuído a amplitude e os graus de liberdade que o Supremo Tribunal Federal confere à interpretação do princípio.

As invectivas de “protagonismo judicial”, “usurpação de competência de Poderes”, “fator de desequilíbrio na tripartição de Poderes” intensificaram-se em tempos recentes, lançadas que foram contra a Corte Suprema brasileira. A utilização de topois que pouco se renovam e o arrimo em precedentes carentes de discussão material do direito adquirido contribui, nesse tocante, para que se ampliem as reações contra as decisões da Corte Suprema.

Não é por outra razão, em conclusão, que chega a ser prosaico verificar que as carências detectadas nos julgados do Supremo Tribunal Federal acerca do direito adquirido podem atingir os próprios membros da Corte. Reações de outros Poderes do Estado poderão levar, em futuro próximo, por meio de emenda constitucional, à fixação de mandato para o exercício do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Pois bem. Figurando que fosse fixada, por emenda, em onze anos, a duração do mandato de Ministro do STF, como decidiria um Tribunal que não logrou, até aqui,

interpretar o direito adquirido sem recorrer a princípios tão caros quanto insuscetíveis de aplicação a casos concretos subseqüentes, como é o caso do princípio da solidariedade, que levou a Corte a lançar por terra toda a legislação, a doutrina e a jurisprudência acerca do caráter intocável dos proventos de aposentadoria. Que princípio levaria a Corte a declarar o direito adquirido de seus membros à vitaliciedade? Em que teoria – objetiva ou subjetiva – em que topoi – em que precedente apoiaria a Corte sua decisão, para impedir, por exemplo, que seus atuais membros, tenham que deixar o Tribunal, no dia da promulgação da emenda constitucional; ou, em outra vertente, tenham que dela se retirar, ao atingir onze anos de exercício cargo? Direito adquirido a regime jurídico?

As colocações precedentes, a toda evidência, são meramente exemplificativas, mas permitem concluir esta dissertação, afirmando, sem hesitação, que o direito adquirido permanece, no Brasil, uma questão em aberto.

REFERÊNCIAS

- Aarnio, Aulis. **Lo racional como razonable**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- AFFOLTER, Friedrich. **Geschichte des Intertemporalen Privatrechts**. Leipzig, 1902.
- AGUILAR, Juan Fernando López. **Lo constitucional en el derecho: sobre la idea e ideas de Constitución y orden jurídico**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centros de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALMEIDA, Esdras Neves. **O Mito da Prestação Jurisdicional Pelos Tribunais Superiores Brasileiros**. Recife, 2004. 359 p. Tese (Doutorado). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco.
- ALVES, Moreira José Carlos. Conferência proferida no dia 29 de novembro de 2000. Simpósio de Advocacia Pública. Centro de Estudos Victor Nunes Leal. Brasília, D.F.
- _____. **Direito Adquirido**. Fórum Administrativo Direito – Público. Belo Horizonte, n. 15, pp. 579-587, Maio de 2002.
- ATIENZA, Manuel. **Teorias da Argumentação Jurídica: Perelman, Toulmin, Mac Cormick, Alexy e outros**. São Paulo: Landy Editora, 2002.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito Intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- _____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2001, 2. v.
- BERNARDI, Ovídio. **O Direito Adquirido e seu Problema Conceitual**. Revista dos Tribunais, v. 284, pp. 21-30, junho de 1959.
- BORGES, Nelson. **Considerações sobre: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Curitiba: Juruá, 2004.

- BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir. **Direito adquirido contra as emendas constitucionais**. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, nº 2002, outubro-dezembro de 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARDOZO, José Eduardo Martins. **Da retroatividade da lei**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro**. Arquivos do Ministério da Justiça, v. 50, n. 189, p. 25-37, jan./jun., 1998.
- DALLARI, Adilson Abreu. **Regime Constitucional dos Servidores Públicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- DANTAS, Ivo. **Direito Adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DEL VECHIO, Giorgio. **Filosofia del derecho**; traducción, prólogo y extensas adiciones por Luis Recaséns Siches. Barcelona: Bosch, 1930.
- DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ESPÍNOLA, Eduardo; FILHO, Eduardo Espínola. **A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- ESSER, Josef. **Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FRANÇA, R. Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- GABBA, C F. **Retroattività Delle Leggi**. 3ª ed. Milão-Roma-Nápoles: Utet, v. I, 1891.
- GARCIA AMADO. **Teorias de la tópic jurídica**. Madri: Civitas, 1988.
- HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madri: Dykinson, 2003.
- HÉRON, Jacques. **Principes du droit transitoire**, Paris: Dalloz, 1996.

- HORTA, Raul Machado. **Constituição e Direito Adquirido**. Revista Trimestral de Direito Público, v. 1, pp. 50-61, 1993.
- JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner. (Coord.). **Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- LACERDA, Belizário Antônio de. **Direito adquirido**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- LACERDA, Paulo. **Manual do Código Civil Brasileiro**, v. I. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1918.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- LASSALLE, Ferdinand. **Theorie Systematique des Droits Acquis**, 2 vol., Paris:V. Giard & E. Briere, 1904.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Comentário teórico e prático da lei de introdução ao código civil**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1943, v. II.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **A Reforma Monetária de 1990: Problemática Jurídica da Chamada "Retenção dos Ativos Financeiros" (Lei nº 8.024, de 12.04.1990)**. Revista de Direito Administrativo, n. 186, p. 26-92, out./dez., 1991.
- _____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos editor, 1998.
- _____.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva 2007.
- MENDONÇA, Alzino Furtado de et alii. **Metodologia científica: guia para elaboração e apresentação de trabalhos acadêmicos**. Goiânia: Faculdades Alves Faria, 2003.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópic e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MODESTO, Paulo. **Reforma Administrativa e Direito Adquirido ao Regime da Função Pública**. Revista Trimestral de Direito Público, v. 14, pp. 232-238, 1996.
- MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barros. **Função social da propriedade: conteúdo e diretrizes para a sua compreensão**. Revista forense, v.104, n. 397, p. 273-297, maio/jun., 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NORONHA, Fernando. **Retroatividade, Eficácia Imediata e Pós-atividade das Leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de**

Direito Intertemporal. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, n. 23, p. 91-110, abril-junho de 1988.

PACE, Gaetano. **Il Diritto Transitório con particolare riguardo al diritto privato.** Milano: Casa Editrice Ambrosiana, 1944.

PEIXOTO, Matos. **Limite Temporal da Lei.** Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 577, pp. 459-485, 1948.

PISTORI, Maria Helena Cruz. **Argumentação Jurídica.** São Paulo: LTr, 2001.

PLANIOL, Marcel. **Traité Élémentaire de Droit Civil**, 12 ed, Paris; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**, v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____ **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**, t. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____ **Tratado de Direito Privado**, Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

PORCHAT, Reynaldo. **Curso elementar de direito romano.** São Paulo: Melhoramentos, 1937, v. 1.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** São Paulo: Saraiva, 1934.

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

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** São Paulo: Saraiva, 2004.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio do direito adquirido no direito constitucional.** Revista Forense, v. 308, pp. 3-11, outubro-dezembro de 1989.

ROUBIER, Paul. **Le Droit Transitoire.** Paris: Dalloz et Sirey, 1960.

_____ **Droits Subjectif et Situation Juridique.** Paris: Dalloz, 1963.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS, Antonio Jeová. **Direito Intertemporal e o novo Código Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

_____ **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2005.

- SILVA, Zélio Furtado da. **Direito adquirido à luz da jurisprudência do STF referente ao servidor público**. São Paulo: LED, 2000.
- SILVÉRIO, Paulo Roberto M. **O Instituto Jurídico dos Direitos Adquiridos e a Cláusula Pétreia dos Direitos e Garantias Individuais**. Revista de Informação Legislativa, n. 128, pp. 69-77, out-dez 1995.
- STATI, Marcel. **Le standard juridique**. Paris: Librairie de Jurisprudence Ancienne ET Moderne, 1927.
- SOBRINHO, Osório Silva Barbosa. **Constituição Federal vista pelo STF**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. **O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas**. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- TEIXEIRA, Anderson V. **O direito adquirido e o direito intertemporal a partir do debate entre Roubier e Gabba**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado, Porto Alegre, v. 29, n. 61, pp. 135-160, jan/jun. 2005.
- TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy, 2003.
- TOLOMEI, Carlos Young. **A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional: uma perspectiva sistemático-axiológica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- VAREILLES-SOMMIÉRES, de. **Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois, in Revue critique de législation et de jurisprudence**. Paris, Tome XXII, 1893.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2006.