

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

O DIREITO ADQUIRIDO RAZOÁVEL

GABRIEL VALLADÃO FRANÇA

RIO DE JANEIRO

2008

GABRIEL VALLADÃO FRANÇA

O DIREITO ADQUIRIDO RAZOÁVEL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Profa. Dra. Margarida Maria Lacombe Camargo

RIO DE JANEIRO

2008

França, Gabriel Valladão.

O direito adquirido razoável / Gabriel Valladão França – 2008

57 f.

Orientador: Margarida Maria Lacombe Camargo.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 56-57

1. Garantias Constitucionais dos Direitos Individuais – Monografias. 2. Direito Adquirido. I. Camargo, Margarida Maria Lacombe. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade Nacional de Direito. III. Título.

CDD 341.274

GABRIEL VALLADÃO FRANÇA

O DIREITO ADQUIRIDO RAZOÁVEL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Margarida Maria Lacombe Camargo – Presidente da Banca Examinadora
Profa. Dra. Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientadora

2º Examinador

3º Examinador

RESUMO

França, Gabriel Valladão. *O Direito Adquirido Razoável*. 2008. 57 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente estudo traz à baila a questão do direito adquirido, e sua interpretação razoável como limite à reforma constitucional. A questão é bastante discutida na doutrina, principalmente no respeitante à observância estrita ou não do poder constituinte derivado a esta garantia. O trabalho se divide em quatro momentos fundamentais. Numa abordagem inicial, se resgata o *background* inicial da questão que é o princípio da irretroatividade das leis, que verticalizado mostra a visão da doutrina pátria perante o instituto, bem como as teorias que o fundamentam e a visão de nossa Corte Constitucional acerca do tema. Aí então ficará evidenciado de que forma a doutrina valora o direito adquirido enquanto garantia fundamental. Em um segundo momento o trabalho versará sobre como a doutrina brasileira contemporânea, a partir do comprometimento com os valores elencados no artigo 3º da Constituição de 1988, vê o direito adquirido, bem como a sua possibilidade de relativização em determinadas hipóteses. Posteriormente, partindo-se da premissa desta possibilidade de relativização, ainda sem tomar partido da sua regra ou excepcionalidade, parte-se para o estudo do princípio da proporcionalidade, peça fundamental da colisão de direitos e princípios fundamentais, que se desdobra no estudo de seus elementos e fundamentos, sem esquecer da idéia aí englobada de núcleo essencial. Por fim, a visão de como o Supremo Tribunal Federal tem agido em alguns julgamentos pragmáticos quando o fundamento principal da discussão é o direito adquirido.

Palavras-Chave: Direito Adquirido. Proporcionalidade. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

França, Gabriel Valladão. *O Direito Adquirido Razoável*. 2008. 57 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This study verses about the acquired right question and its reasonable interpretation as a limit to the constitutional reform. The question is hardly discussed in doctrine, mainly about the strict observation or not of the constitutional legislator to this guarantee. This work is divided in four fundamentals moments. In first place, it talks about the initial background of the law principle of irretroactivity, in which is showed the national doctrine and its concept of the institute, in addition to that is revealed the vision of our Constitutional Court. Then it will be evident in which way the doctrine sees the acquired right as a fundamental guarantee. In a second moment, this work will discourse about how the contemporary brazilian doctrine, compromised with the values described in the third article in the Federal Constitution, recognize the acquired right as its possibility of being relativized, not making yet considerations if it is a rule or an exception. Then is studied the proportionality principle, essential piece of the rights and principles collision, analyzing its elements and fundaments, not forgetting the implicit idea of essential nucleus. In the end, the Supremo Tribunal Federal's concept of acquired right in some pragmatic judgments.

Keywords: Acquired right. Proportionality principle. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	A IRRETROATIVIDADE DAS LEIS E O DIREITO ADQUIRIDO, A VISÃO TRADICIONAL	10
2.1	A IRRETROATIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	13
2.2	A TEORIA SUBJETIVA E A TEORIA OBJETIVA.....	14
2.3	O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DOCTRINA CLÁSSICA	18
3	A VISÃO CONTEMPORÂNEA DE DIREITO ADQUIRIDO	24
4	PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO ADQUIRIDO ..	36
4.1	A IDÉIA DE NÚCLEO ESSENCIAL.....	38
4.2	FUNDAMENTO E ELEMENTOS DA PROPORCIONALIDADE	42
5	O DIREITO ADQUIRIDO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	44
6	CONCLUSÃO	52
	REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

Esta monografia se insere no estudo dos limites da reforma constitucional, introduzindo-se num ponto específico destes limites, qual seja, o âmbito de proteção do direito adquirido enquanto garantia individual.

O objeto aqui abordado é a interpretação a ser feita quando se afirma que o direito adquirido, enquanto direito individual, não poderá sofrer limitações ou supressões. O tema delimita-se, neste viés, à análise da doutrina brasileira acerca do direito adquirido, partindo-se de uma corrente amplamente majoritária, que traz consigo uma interpretação extensiva acerca do dispositivo, e seu conseqüente contraste com uma corrente minoritária, que restringe o direito individual em foco, servindo de limite tão somente ao legislador infraconstitucional, porém jamais ao poder constituinte reformador ou derivado.

Partindo-se desta problemática, verifica-se justificável o tema na medida em que é assunto latente na discussão constitucional atual a busca de núcleos essenciais que identifiquem os direitos e garantias individuais, trazendo consigo uma identidade valorativa e hermenêutica à Constituição da República de 1988, de forma que a partir dessa definição se possa argumentar sua vinculação à atuação do poder constituinte derivado.

Soma-se a isso um objetivo eminentemente prático, já que, partindo-se, em nosso país, de uma realidade marcada pela desigualdade social e concentração de renda, evidenciar com a presente monografia, de que maneira os doutrinadores brasileiros apresentam mecanismos ao constituinte para que realize as necessárias reformas sociais na busca dos objetivos e valores constitucionalmente previstos.

Tendo em vista a cominação do direito adquirido como direito individual, algumas questões tornam-se presentes. Primeiramente é saber o conceito de direito adquirido vigente na ordem constitucional brasileira atual, bem como os valores e princípios que estarão por detrás desse conceito. Daí insurge-se a questão ligada à relação entre esse conceito e a sua concepção como limite da reforma constitucional, principalmente por se tratar de uma cláusula pétrea. Para uma primeira corrente doutrinária, tal relação deve ser feita a partir de uma interpretação extensiva, já que a produção de emendas constitucionais tem um caráter excepcional, sendo a produção desta espécie legislativa contrária à estabilidade da Constituição.

A relação entre emendas constitucionais e estabilidade constitucional, também suscita outra interpretação, agora mais restritiva, no sentido de demonstrar que mais do que proteger a estabilidade constitucional, a aplicação rígida e ortodoxa das cláusulas pétreas trará consigo uma única saída, que será a instauração de um novo poder constituinte originário, insurgindo-se contra limites inalteráveis e extremamente rígidos. Desse patamar teórico surge então a indagação acerca da possibilidade de fixação de uma visão intermediária ou moderada acerca do direito adquirido frente ao poder de reforma, sem destacar a possibilidade de adoção das correntes já mencionadas.

A premissa que se evidencia a partir de então é a de que, tendo em vista o disposto no artigo 3º da Constituição, torna-se altamente determinante a atuação do poder constituinte derivado como fruto autodeterminativo de gerações presentes, afim de não permitir um determinismo constitucional de uma geração sobre as seguintes, impedindo assim uma visão extensiva das cláusulas pétreas.

Em seguimento a essa linha de argumentação, em que não se verifica propriamente uma vinculação rígida entre poder constituinte derivado e direito adquirido, há de se reconhecer o caráter de garantia constitucional do direito adquirido, principalmente diante de sua íntima ligação com valores como dignidade da pessoa humana e segurança jurídica, o que traria ao instituto uma primazia *prima facie* diante de outros valores quando postos em conflito. Isto, porém, não significaria determinar ao direito adquirido uma posição jurídica absoluta, de forma a se prostrar no tempo indefinidamente amparada pelo caráter pétreo que possui. Somente assim poder-se-ia enveredar rumo ao que nossa Carta Magna se inclina a fazer, que é provocar modificação em sistemas sociais então vigentes, não prolongando a injustiça social.

O que se busca então nesta monografia é analisar o estatudo do direito adquirido, enquanto direito individual, em especial quanto à sua eternidade como posição jurídica. A análise toma como base o fato de a Constituição de 1988 ser fruto de uma convergência de um grande número de valores. Assim, muito embora previstos abstratamente tais valores, quando aplicados em concreto, vão se conflitar quase que na totalidade das vezes. Daí porque não se pode dizer que a segurança jurídica, valor essencial por detrás do direito adquirido, vá sempre prevalecer quando na proporcionalidade entre valores, tal como será abordado ao longo desta monografia.

Daniel Sarmiento traz a afirmação de que: “não podemos aceitar teorias que fossilizem até a eternidade todos os direitos já distribuídos e partilhados no passado, sem levar em

consideração se são justos ou não, se são legítimos ou não”¹. Assim, para o referido autor, só haverá direito adquirido em proteção à segurança jurídica na seguinte hipótese:

quando se demonstrar não apenas que se trata de um atentado gravíssimo contra o núcleo essencial deste princípio, mas também que, numa argumentação aberta aos valores, esta restrição não tem como ser racionalmente justificada por uma necessidade impostergável de promoção ou proteção de algum interesse constitucional igualmente digno de tutela.²

Neste viés, estabeleceremos uma aproximação da visão restritiva ao direito adquirido perfilhada pelo autor, traçada como espécie de base teórica, mas que tenderá a sofrer algumas considerações de forma a não se tornar uma visão radical.

Muito embora tal posição se mostre sedutora do ponto de vista dogmático, há na doutrina posições altamente relevantes, que servirão como base de críticas e reforço à hipótese aqui levantada. Assim cita-se o Ministro Carlos de Britto, para quem as cláusulas pétreas, “caracterizam-se como afirmadoras daquele princípio de estabilidade ínsito a cada Estatuto Supremo, elas é que devem ser interpretadas extensivamente.”³

Em sentido contrário ao ilustre doutrinador, e reforçando desta forma a tese restritiva, pode se incluir o Min. Joaquim Barbosa, para quem a interpretação extensiva é vista como conservadora, já que “faz tabula rasa de valores inerentes ao caráter social de nosso pacto político (igualdade material e justiça social), perpetuando a desigualdade social, em congelamento da pretensão transformadora da Constituição de 1988”.⁴

A metodologia de pesquisa aqui empregada parte de uma análise eminentemente bibliográfica acerca do tema, incluindo-se aí artigos publicados, alguns livros especificamente voltados a partes basilares do tema, bem como outros especificamente voltados ao caráter conclusivo do tema propriamente dito.

¹ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 31.

² *Ibid.*, p. 28.

³ BRITTO, Carlos Ayres. **A constituição e os limites da sua reforma**. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n.1: 225-226. Belo Horizonte: Del Rey, p. 246, apud BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 314.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3128-7. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Ellen Grace, 18 de agosto de 2004. Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p.492. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 27 de outubro de 2008.

Acrescente-se ainda a pesquisa jurisprudencial, ligada ao Supremo Tribunal Federal, já que se trata de tema constitucional de alta relevância prática. Alguns julgados de nossa Corte trazem pilares importantes a esta monografia no tocante à sua aplicação prática, dentre eles a ADIn n. 3128-7 de 2005⁵, a respeito da contribuição previdenciária incidente sobre os proventos dos inativos, trazido pela EC n. 41/2003, e o Mandado de Segurança n. 24875⁶, no tocante ao teto remuneratório, também com foco na mesma Emenda Constitucional.

Tal análise jurisprudencial conjuga-se com a parte teórica aqui pregada na medida em que evidencia como o Supremo Tribunal Federal vem encarando a questão do direito adquirido enquanto garantia constitucional, e a sua respectiva manutenção em face de emendas constitucionais.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3128-7. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Ellen Grace, 18 de agosto de 2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 27 de outubro de 2008.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24875. Impetrante: Djaci Alves Fancão e outros. Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal e Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 14 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 de maio de 2008.

2 A IRRETROATIVIDADE DAS LEIS E O DIREITO ADQUIRIDO, A VISÃO TRADICIONAL

O tema aqui desenvolvido é evidenciado em vasta bibliografia como intimamente relacionado a duas idéias básicas que estarão em constante conflito sempre em que houver presente uma sucessão de leis no tempo.

De um lado a evolução e progresso social, na medida em que com o passar do tempo surgem necessidades de aprimoramento de institutos e sua respectiva adequação ao meio social em que se inserem. Nota-se aí também aquela idéia, talvez natural, mas nem sempre absoluta, de que com o novo vem o melhor.

Por outro lado, porém, se estende a visão da segurança jurídica, da estabilidade também necessária ao desenvolvimento social, contra quem as mudanças extremamente bruscas e desarrazoadas se tornam inimigas.

Esse antagonismo fica mais evidente quando as leis que se sucedem trazem como objeto direitos individuais ou situações jurídicas⁷. Verifica-se assim que o direito intertemporal assume importante papel na busca de dirimir as diversas questões ligadas à sucessão de leis no tempo, bem como parâmetros de manutenção ou não de direitos individuais em colisão frente a uma nova ordem legal.

Trazer um “denominador comum” a estas questões oriundas do conflito de leis no tempo, talvez só tenha um prisma maior de clareza no âmbito jusfilosófico, já que no panorama positivo e prático a formulação de uma regra geral e abstrata é tema de infindáveis discussões. Neste sentido, com brilhantismo, assinala Caio Mário que:

“ Cumpre, entretanto, assinalar que não pode ser adotada uma regra simples, genérica e uniforme, de aplicação singela a toda espécie de normas e a qualquer categoria de relações jurídicas. Quer se mantenham no plano puramente doutrinário, quer penetrem o terreno legislativo, as regras gerais exigem uma ventilação que a técnica jurídica mais apurada desenvolve constantemente. (...) Toda matéria, entretanto, de direito intertemporal, qualquer que seja a forma, legislativa ou doutrinária, subjetiva ou objetiva, abstrata ou prática, por que se encare, tem de

⁷ As expressões “direitos individuais” e “situações jurídicas” já demonstram em si uma divisão entre teorias que buscam trazer soluções aos problemas trazidos pela sucessão de leis no tempo. Os direitos individuais relacionam-se à teoria subjetiva, que tem seu foco no direito individual de cada indivíduo enquanto sujeito de direitos. A expressão situação jurídica por sua é trazida pela teoria objetiva, que não mais se pauta no indivíduo e seu respectivo direito, mas sim na figura jurídica trazida pelo ordenamento.

partir de um conceito fundamentalmente estruturado, na essência do próprio ordenamento jurídico: *o princípio da irretroatividade*.⁸

Assim, como regra, a lei é irretroativa. Isto, como dito, é o que vigora em termos filosóficos. Numa visão bem simplória verifica-se a idéia da não-retroatividade da lei. A nova lei passará então a regular todos os fatos ou situações jurídicas com foco no futuro a partir da sua entrada em vigor. A premissa é a de que o legislador, ao instituir uma norma não tem a intenção de normatizar fatos passados, sob pena de estar dizimando a estabilidade social.

Se assim não o fosse, é interessante a visão de Ferrara, para quem tratar-se-ia de “uma contradição do Estado consigo mesmo”⁹. Isto ocorreria sempre que o legislador tratasse retroativamente, com lei nova, determinado objeto já normatizado por lei anterior.

Ao sair do plano jusfilosófico, porém, a questão já não é tão simples, como afirma Caio Mário. Ao legislador, ou mais precisamente no prisma do direito positivo, o princípio da irretroatividade das leis, em regra, não é mais do que mera orientação jurídica, uma opção de política legislativa que ficaria a cargo da consciência do legislador quando na edição das leis. A razão da utilização, aqui, da expressão “em regra” se dá na medida em que o princípio da irretroatividade pode ser encontrado dentro de um ordenamento jurídico de três formas diferentes. Pode vir previsto em norma de natureza constitucional, seja ela originária ou derivada, como também pode estar presente em leis infraconstitucionais, e, como última opção, poderá o legislador silenciar-se acerca da retroatividade (é o que ocorre, por exemplo, no direito alemão). Neste último caso é que se faz presente a política legislativa irretroativa, e assim, muito embora seja preferível a irretroatividade das leis, sendo apenas um princípio geral do direito, sem vinculação absoluta também aos juízes, nada obsta que haja a edição de lei que opere efeitos retroativos.

Tratando-se de previsão infraconstitucional, em regra por lei ordinária, já se nota uma vinculação aos órgãos jurisdicionais, já que devem respeito sobretudo à legalidade. Sem embargo, o mesmo ainda não chega a ocorrer com o legislador. Isto ocorre porque, partindo-se da concepção de que uma lei nova, tratando de um mesmo objeto de forma incompatível com a sua manutenção, revoga lei velha, o legislador é livre, do ponto de vista da própria

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. v.1, p. 140

⁹ FERRARA, FRANCESCO. **Trattato di Diritto Civile Italiano**, Roma, Athenaeum, 1921, p. 257, apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. v. 1, p. 141.

política legislativa e do interesse público, para editar leis que não se pautem pela irretroatividade, distorcendo efeitos da lei pretérita.

Note-se que vem se evidenciando uma certa evolução lógica; partimos da não vinculação absoluta ao princípio da irretroatividade, onde nem órgãos julgadores, nem o legislativo tem vinculação ao referido princípio, para um termo médio, onde embora os juízes não tenham liberdade para sua aplicação, esta ainda permanece aos legisladores, mantendo a natureza de política legislativa. Segue-se à maneira mais “vinculante” do princípio da irretroatividade, quando este se encontra presente no próprio texto constitucional.

Cabe uma observação do ponto de vista dos poderes constituintes originários e derivados, principalmente no que diz respeito à roupagem do princípio da não-retroatividade das leis dentro de um ordenamento constitucional. Isto porque como tal princípio é envolto pelo manto das cláusulas pétreas, a vinculação ao legislador, seja ele constitucional ou ordinário, numa primeira vista, é bastante vinculante. Somente uma nova atuação do poder constituinte originário poderá não trazer esta vinculação. O mesmo não se diz quando, ainda que presente na Carta Magna, o princípio não se encontra amparado pelas cláusulas de eternidade. Neste caso, após uma emenda constitucional, haverá a perda da vinculação ao legislativo, bastando como já afirmado, uma lei ordinária para que haja limitação à atuação jurisdicional.

O ordenamento jurídico brasileiro, muito embora com algumas interrupções ao longo da história, tem optado sempre pela última opção, ou seja, a vinculação constitucional do princípio da irretroatividade. É o que se observa no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição de 1988. Diz o dispositivo:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Note-se que não há expressamente “a irretroatividade das leis” no dispositivo supramencionado, sendo necessário, para se alcançar o seu conceito, bem como seus elementos, explicitar o que são direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada, tendo como ponto de partida as duas principais correntes já mencionadas que buscam trazer

soluções aos conflitos que surgem na sucessão de leis no tempo: a teoria objetiva e a teoria subjetiva.

Importante destacar que o simples fato de o constituinte originário ter utilizado estas expressões ao tratar da irretroatividade das leis já demonstra, como evidenciaremos, que já há uma opção por uma daquelas teorias.

2.1 A IRRETROATIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Num breve histórico acerca do instituto jurídico, temos a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891¹⁰ com a regra da irretroatividade no seu artigo 11, item 3º, onde veda-se aos Estados, bem como a União a retroatividade das leis. Com a Constituição de 1934¹¹, já temos dispositivo idêntico ao atual no artigo 113, nº3. A interrupção da solução de continuidade do princípio da irretroatividade em textos constitucionais veio com o Estado Novo, em 1937¹², cuja Constituição silenciou-se acerca do instituto. A retomada se dá com a Constituição 1946¹³, novamente com dispositivo idêntico ao atual, no artigo 141, parágrafo 3º. Assim também se deu a Constituição de 1967¹⁴, no seu artigo 150, parágrafo 3º, que com a Emenda Constitucional de 1969¹⁵ passou a ficar localizado no artigo 153, parágrafo 3º. Por fim veio a já descrita Constituição de 1988¹⁶.

Verificada a importância dada ao instituto ao longo do tempo em nosso ordenamento, passemos a procurar o significado dos conceitos previstos na Constituição. No plano infraconstitucional, temos o artigo 6º da Lei de Introdução do Código Civil, Decreto-Lei nº 4.657 de 1942, com a paradigmática mudança decorrente da Lei nº 3.238 de 1957, que diz:

¹⁰BRASIL. Constituição (1891). Rio de Janeiro, Distrito Federal, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>

¹¹BRASIL. Constituição (1934). Rio de Janeiro, Distrito Federal, 16 de julho de 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7do34.htm>

¹²BRASIL. Constituição (1937). Rio de Janeiro, Distrito Federal, 10 de novembro de 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>

¹³BRASIL. Constituição (1946). Rio de Janeiro, Distrito Federal. 18 de setembro de 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7do46.htm>

¹⁴BRASIL. Constituição (1967). Brasília, Distrito Federal, 24 de janeiro de 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>

¹⁵BRASIL. Emenda constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969. Diário Oficial da União em 30 de outubro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Emenda/Emc_anterior_1988/emcoo1-69.htm>

¹⁶BRASIL. Constituição (1988). Brasília, Distrito Federal, 5 de outubro de 1988. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >

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 pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

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

Não dando margem a quaisquer controvérsias, o Ministro Moreira Alves, quando no julgamento do RE 226.855, trouxe à baila o *modus operandi* do artigo 6º da LICC, negando qualquer confronto com a Constituição de 1988:

“ Em se tratando de questão relativa a direito adquirido é ela, completamente diferente. 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 **artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil nada mais faz do que explicitar conceitos que são os da Constituição**, dado que nosso sistema de vedação da retroatividade é de cunho constitucional.” (grifo nosso)¹⁷

Assim, verticalizando no conceito dos institutos trazidos na Constituição, estes não podem ser interpretados unicamente pela LICC, necessitando-se de um *background* teórico essencial, e complementar, trazido pelas **teorias objetiva e subjetiva**, na medida em que explicam a irretroatividade das leis.

2.2 A TEORIA SUBJETIVA E A TEORIA OBJETIVA

Temos em nosso ordenamento, jurisprudência e doutrina uma forte predileção pela teoria subjetivista. Isto não significa uma melhor qualidade da teoria subjetiva em face da teoria objetiva, pelo contrário, a teoria objetiva é reconhecidamente mais técnica e mais

¹⁷ Controvérsia no RE 226.855, Rel. Moreira Alves, DJ de 13-10-2000, sobre FGTS, apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 449.

apurada do ponto de vista da solução de conflitos oriundos da irretroatividade das leis. Ocorre porém que, muito embora percorram caminhos diferentes, os resultados alcançados pela teoria objetiva, ou subjetiva serão exatamente os mesmos, a clareza com que se chega a ele é que talvez seja um pouco mais latente na teoria objetiva.

O que de fato ocorreu no direito brasileiro foi um início atrelado à teoria subjetiva, sofrendo posteriormente uma alteração, pelo menos formal, visando à teoria objetiva, que não obteve sucesso em sua empreitada de evoluir o pensamento jurídico, já que a *praxis* continuou a aplicar a concepção subjetiva, não restando outra solução senão o retorno legislativo a teoria subjetiva.

Introduzindo de maneira mais sólida a teoria subjetiva, Savigny¹⁸ trabalha com três figuras jurídicas; o direito adquirido, a expectativa de direito e as faculdades jurídicas abstratas. Para o autor, quando houvesse a absorção de um direito por um indivíduo ou grupo de indivíduos estaríamos falando de direito adquirido, que não poderia sofrer efeitos retroativos de lei nova. Ressalta ainda que faz-se necessária a separação do direito incorporado ao patrimônio do indivíduo, do instituto jurídico existente a que aquele se relaciona, já que aquisição e existência não se confundem. Desta forma não há um “direito adquirido” à existência, enquanto instituto jurídico, de um direito.

Lassale, por sua vez, evolui esta idéia original para introduzir a concepção de “atos de vontade”, que passariam a ser um divisor de águas no tocante à retroatividade das leis. A lei não poderia então retroagir atingindo um indivíduo em virtude de seus atos de vontade, e a *contrario sensu*, a retroatividade poderia ocorrer fora destes atos de vontade, em “qualidades que lhe são comuns com a humanidade inteira, ou que ele obtém da sociedade ou, ainda, se ela o atinge na medida em que modifica esta sociedade nas suas instituições orgânicas.”¹⁹ A visão de Lassale se baseava na não violência sobre a liberdade e responsabilidade do homem.

Por fim Gabba, com um conceito único sobre o direito adquirido:

“(…) é adquirido um direito, que é consequência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei vigente ao tempo em que se efetuou, embora a ocasião de fazê-lo valer

¹⁸ SAVIGNY, *Traité de Droit Romain*, VII, cap. II, apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2006. v.1, p. 147.

¹⁹ LASSALE, *Théorie Systématique des Droits Acquis*, I, págs. 65 e segs., apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2006. v.1, p. 148

não se tenha apresentado antes da atuação da lei nova, e que, sob o imério da lei então vigente, integrou-se imediatamente no patrimônio de seu titular.”²⁰

Algumas considerações são feitas a partir desse conceito. Primeiramente que para se argüir um direito faz-se necessário a prática por inteiro do fato gerador idôneo a produzi-lo. Neste viés, o direito adquirido é diferente do direito consumado (que dará origem à coisa julgada), já que este último já se encontra completamente exaurido do ponto de vista da produção de seus efeitos. O autor traz ainda mais duas figuras práticas; a expectativa de direito, quando o fato gerador do direito não foi completamente praticado, e ainda a faculdade legal, quando há um poder concedido pelo ordenamento ao indivíduo, muito embora este não o tenha feito uso.

Daí termos as conclusões finais trazidas hoje pela teoria subjetiva. A lei nova não poderá retroagir para alcançar os fatos consumados, obviamente porque todos os seus efeitos já ocorreram. No tocante aos direitos adquiridos, ou seja, fatos pretéritos, praticados em harmonia com a lei pretérita, tendo sido, desta forma, integralmente incorporados ao patrimônio do indivíduo, não virão a sofrer abalos em virtude da lei nova. Regem-se então pela lei antiga, havendo o fenômeno da ultratividade legal.

Sorte contrária terão as expectativas de direito e as faculdades legais. Ambos são atingidos pela lei nova, sem retroatividade, ou seja, a partir do momento da entrada em vigor da lei sucessora, esta os regerá para o futuro.

A teoria subjetiva, posteriormente sofre contribuições da teoria objetiva. Isto porque, ainda que dotasse de uma certa facilidade abstrata para delineamento de pontos interruptivos de aplicação da lei velha e nova, na prática, a sua identificação se torna por demais complicada, trazendo consigo diversas confusões quando no caso concreto, principalmente quando estão presentes cláusulas condicionais.

Assim surge a teoria objetiva, e, como bem assevera Cláudia Toledo:

“ Direito objetivo e direito subjetivo são como o verso e averso da mesma medalha, não existindo um sem o outro – daí ser inadequado e infrutífero adota, após os ricos embates já travados entre a teoria subjetivista do séc. XVIII e a teoria objetivista do séc. XIX, posição unilateral em favor de algum dos dois aspectos

²⁰ GABBA, Francesco. *Theoria della retroattività delle leggi*, 1868, p. 182 e segs., apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2006. v.1, p. 149

necessários e independentes do universo jurídico, desprezando-se toda a contribuição que aquelas discussões trouxeram para a Teoria Geral do Direito.”²¹

Inserimo-nos então na visão trazida pela teoria objetiva, que sucede no tempo a visão subjetivista, já que esta trazia consigo um quê de “satisfação ao conteúdo individualista da relação de direito, indisfarçavelmente plantado no coração do homem”²².

Saindo da esfera individualista, a diferença basicamente se pauta na não mais consideração de posições jurídicas individuais constituídas para consagração da retroatividade de determinada norma, mas sim, e aí se encontra a objetividade da corrente, na presença de fatos jurídicos passados ou situações jurídicas reguladas pela lei anterior e posterior. Aí reside então a grande diferença prática na análise de uma determinada lei e seus efeitos temporais, explique-se, enquanto um subjetivista, por exemplo, iria analisar o direito de propriedade de Tício, onde necessariamente haverá uma relação ligada à pessoa de Tício e o **seu** direito de propriedade (teoria subjetiva), um objetivista estaria focado na análise da figura do **proprietário**, pura e simplesmente, em decorrência de uma determinada lei. Será analisada a **situação jurídica** do proprietário naquela sucessão legal (teoria objetiva), e não o direito de uma determinada pessoa proprietária. Somente a título de ilustração, com mais exemplos aleatórios, isto seria feito também na análise da situação jurídica do cônjuge supérstite, do herdeiro, do possuidor, do usufrutuário.

A teoria objetiva, ultrapassada uma certa fase embrionária, chega a ser brilhante a partir do raciocínio jurídico de Paul Roubier²³, começando pela distinção entre *facta praeterita*, *facta pendentia* e *facta futura*. Os fatos já consumados (*facta praeterita*) não podem sofrer os efeitos de uma lei nova, ou esta será retroativa. No tocante às situações jurídicas em curso (*facta pendentia*) é necessário estabelecer um marco temporal para que sejam separados as partes anteriores à lei nova e as partes posteriores a mesma. As partes posteriores seriam então alcançadas pelos efeitos da lei nova sem maiores problemas. Os fatos futuros (*facta futura*) não trazem quaisquer controvérsias e são regulados pela lei nova.

O brilhantismo do autor consiste em fracionar uma situação jurídica em momentos: o momento onde ela nasce ou se extingue (fase dinâmica) e o momento em que esta lei produz

²¹ TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Landy Editora. 2003. p. 144-145.

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2006. v.1, p. 151.

²³ Paul Roubier, *Les Conflicts des Lois dans le Temps*, vol.I, nº 41, apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2006. v.1, p. 154.

os seus efeitos, sua “vida” propriamente dita (fase estática). Para configuração desta fase dinâmica far-se-ão necessários a evidência de determinados fatos que trarão consigo este condão, de fazer nascer uma dada situação jurídica (por exemplo o registro de um bem imóvel que faz nascer o direito de propriedade), ou extinguir uma situação jurídica (a morte por exemplo, que extingue a sociedade conjugal).

A lei nova não poderá, neste raciocínio, discutir a relevância jurídica de determinado fato regulado pela lei velha. No tocante aos efeitos de dada relação jurídica, há aquela divisão já mencionada; os efeitos já produzidos pela lei velha não podem ser alterados pela lei nova, destarte que os efeitos a serem produzidos serão regulados pela lei nova. Quando se diz em não alterar os efeitos da lei anterior, leia-se não modificá-los, ampliá-los ou mesmo diminuí-los.

A exemplificar o acima disposto, tomemos a própria conclusão da faculdade de direito. Na Faculdade Nacional de Direito, tal conclusão se dá regularmente em 5 (cinco) anos, cumpridas todas as exigências administrativas para tanto. Suponhamos que no quarto ano de um bacharelado haja modificação normativa e a conclusão da faculdade se dê em 7 (sete) anos. Não poderá a norma nova dispor sobre o tempo já transcorrido de faculdade dos bacharelados, bem como o vestibular já ocorrido para ingresso na Faculdade, mas poderá sem problemas modificar os critérios de aprovação em disciplinas, o próprio tempo para conclusão da Faculdade, e os novos vestibulares que se realizarão.

No tocante à fase dinâmica, fica a conclusão do autor de que:

“(...) em face de uma situação jurídica em curso de constituição ou de extinção, as leis que governam a constituição ou extinção de uma situação jurídica não podem atingir os elementos já existentes, que fazem parte desta constituição ou desta extinção, enquanto portadores de um valor jurídico próprio, quer se trate de suas condições de validade ou dos efeitos jurídicos que tenham produzido.”²⁴

2.3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DOUTRINA CLÁSSICA

Visto o significado da teoria subjetiva, bem como a evolução temporal que trouxe a teoria objetiva, fica o questionamento acerca de qual teoria efetivamente deve ser adotada. Ainda que, como já consignado por Cláudia Toledo, ambas as teorias se complementam, o

²⁴ Ibid, pág. 156

Supremo Tribunal Federal já veio a se pronunciar sobre o tema na ADI 493, de relatoria do Ministro Moreira Alves:

“ Por fim, há de salientar-se que as nossas Constituições, a partir de 1934m e com exceção de 1937, adotaram desenganadamente, em matéria de direito intertemporal, a teoria subjetiva dos direitos adquiridos e não a teoria objetiva da situação jurídica, que é a teoria de Roubier. Por isso mesmo, a Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, tendo em vista que a Constituição de 1937 não continha preceito da vedação da aplicação da lei nova em prejuízo do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, modificando a anterior promulgada com o Código Civil, seguiu em parte a teoria de Roubier, e admitiu que a lei nova, desde que expressa nesse sentido, pudesse retroagir. Com efeito, o artigo 6º rezava: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito”. Com o retorno, na Constituição de 1946, do princípio da irretroatividade no tocante ao direito adquirido, o texto da nova Lei de Introdução se tornou parcialmente incompatível com ela, razão por que a Lei n. 3.238/57 o alterou para reintroduzir nesse artigo 6º a regra tradicional em nosso direito de que “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”. Com as soluções, em matéria de direito intertemporal, nem sempre são coincidentes, conforme a teoria adotada, e não sendo, a que ora está vigente em nosso sistema jurídico, a teoria de Roubier, é preciso ter cuidado com a utilização indiscriminada dos critérios por estes usados para resolver as diferentes questões de direito intertemporal.”²⁵

Fica então a questão, diga-se passagem somente de adaptação, do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada previstos em nossa Carta Magna. O ato jurídico perfeito é semelhante ao fato consumado, nada mais seria do que uma das causas do direito adquirido, visto na teoria de Gabba, como sendo aquele em que tanto os requisitos de validade, como os efeitos já se deram sob à égide da lei anterior. Quanto ao direito adquirido não são necessárias maiores considerações acerca de seu conceito, já exaustivamente tecido em linhas anteriores, bastando que se leia o parágrafo 2º do artigo 6º da LICC sob a lente do direito adquirido subjetivista.

Limongi França busca evoluir para além da teoria de Gabba, incrementando o seu conceito de direito adquirido:

“ A face de quanto vai exposto a respeito da matéria, pedimos vênica para ponderar que o conceito de Direito Adquirido pode ser o seguinte: *É a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto.*”²⁶

²⁵ ADI 493, Rel. Moreira Alves, RTJ, 143(2)/724, apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 447.

²⁶ FRANÇA, Limongi. **Direito Intertemporal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais. 1968. p. 432.

Atendo-se ao que diz o artigo 467 do Código de Processo Civil brasileiro, para quem coisa julgada é a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. A coisa julgada, desta forma poderia ser concebida de forma integrada ao direito adquirido, “uma vez que se não atingem as consequências dos fatos passados, com maior razão cumpre deixar intactas as relações jurídicas já estabelecidas de maneira definitiva”.²⁷ Ainda no tocante ao processo em si, lei processual nova tem efeitos imediatos, seguindo a relação processual segundo o novo procedimento trazido na lei sucessora, não sendo discutidos os atos anteriormente praticados.

O que se observa com relação à coisa julgada e o ato jurídico perfeito é que há “uma dupla redundância do legislador. Não só a Coisa Julgada seria uma das causas geradoras do Direito Adquirido, mas ainda uma variedade do Ato Jurídico Perfeito, de natureza jurisdicional.”²⁸

A título de ilustração, visto que não estaria amparado pelo manto do direito adquirido enquanto garantia fundamental, há também a definição de expectativa de direito, como “faculdade jurídica abstrata ou em vias de concretizar-se, cuja perfeição está na dependência de um requisitos legal ou de um fato aquisitivo específico.”²⁹

Não podemos nos olvidar de tecer duas considerações acerca do tema da irretroatividade. No respeitante aos contratos, não há que se falar em nova lei regrado efeitos a partir da sua entrada em vigência, isto porque quando as partes celebram o contrato estão em pleno gozo da garantia fundamental da autonomia da vontade privada. Suas intenções naquele momento é a submissão de todos os tratos ali fixados aos efeitos daquela respectiva lei vigente ao momento da celebração. Está é a razão da irretroatividade, que se dá, em síntese, pela segurança jurídica no prisma contratual. Os contratantes não podem repentinamente ter todas as condições acordadas modificadas por fatores alheios à sua vontade, tratar-se-ia de intervenção insuportável do Estado nas relações privadas.

Ressalte-se ainda a questão das leis que tratam de matérias de ordem pública. Falso é o argumento de que, tão somente por se tratar de uma lei de matéria cogente, a lei nova é retroativa. Tal norma seria plenamente inconstitucional em nossa ordem jurídica, já que o princípio da irretroatividade tem patamar constitucional, e em nossa Carta Magna não

²⁷ Ibid., p. 441.

²⁸ Ibid., p. 441.

²⁹ Ibid., p. 446.

encontramos qualquer exceção a esta regra expressamente. É certo que se a regra da não-retroatividade estivesse prevista tão somente na LICC poderíamos advogar a tese do interesse público se sobressaindo ao interesse individual a fim de justificar uma retroatividade, o que se daria por fundamento de política legislativa (a irretroatividade seria somente um princípio geral de orientação ao legislador como dito anteriormente).

Por fim, destaque-se que o máximo de que “a lei só retroage para trazer situações mais benéficas” só é verdade no âmbito tributário (artigo 106 do Código Tributário nacional) e penal, este último com *status* constitucional, previsto no artigo 5º, inciso XL da CF/88.

Assim se mostra a conclusão trazida pela visão tradicionalista acerca do direito adquirido no ordenamento jurídico brasileiro:

“ (...) o princípio do direito adquirido é não somente condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito, mas também condição de sua validade. O princípio do direito adquirido posiciona-se dentre aqueles direitos fundamentais que o são por sua natureza de essencialidade e não por mera disposição formal, já que os valores certeza e segurança são imprescindíveis para a vida humana digna e referido princípio age na proteção desses valores. É por isso que se alinha, junto a outros princípios, às garantias fundamentais que, ao protegerem direitos fundamentais inerentes ao Estado Democrático de Direito, protegem, conseqüentemente, o próprio Estado, sendo-lhes essenciais. Formando a estrutura que torna possível o Estado como democrático e de direito, coloca-se como exigência normativa, de nível constitucional fundamental que deve ser, destarte, seguida por toda a produção legislativa posterior. Se se trata de emenda constitucional ou de lei infraconstitucional, submetem-se elas ao controle de constitucionalidade, pelo que, se contrárias ao princípio do direito adquirido, são inconstitucionais. (...) Por outro lado, se se trata de nova constituinte, também deve ser obedecido, caso se pretenda instaurar ou apenas aperfeiçoar o Estado Democrático de Direito, já que lhe é essencial.”³⁰

Em tal concepção, o princípio da irretroatividade, e por conseqüência lógica o direito adquirido, nos moldes postos até então, jamais podem ser violados sob pena de intensa inconstitucionalidade, como visto. Para Cláudia Toledo³¹ o direito adquirido, também encontra fundamento no Estado Democrático de Direito, principalmente na sua aceção de limitação do poder do Estado perante o indivíduo com o reconhecimento de direitos fundamentais, inserindo-se aí o direito adquirido propriamente dito, respeitado **sempre**, até mesmo em uma nova ordem constitucional.

³⁰ TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Landy Editora. 2003. p. 266.

³¹ *Ibidem*.

Neste ponto específico, do exercício do poder constituinte originário, a visão tradicional, em sua maioria, não chega a ser tão radical. O que ali é observado é que a instauração de uma nova ordem constitucional poderia sim suprimir determinados direitos adquiridos, desde que o fizesse expressamente.

Caio Mário, mesmo reconhecendo a existência de ordenamentos jurídicos, como Itália, França, Espanha e Argentina, países em que o princípio da irretroatividade é apenas matéria de orientação e política legislativa, já que está presente tão somente em lei infraconstitucional, repudia esta idéia:

“ E a menção deste conceito como preceito de política legislativa não significa que admitamos possa a lei, em princípio, ser retroativa. Ao revés, proclamamos, e melhor ficará definida a nossa posição na parte final deste parágrafo, que o princípio da irretroatividade convém seja imposto ao próprio legislador. Convém seja. Mas nem sempre o é.”³²

Talvez não propositalmente, visto que sua obra não chega a contemplar tal possibilidade, mas ao final do trecho mencionado o autor abre uma brecha à possibilidade de relativização da irretroatividade das leis, o que certamente repercutiria no direito adquirido, instituto chefe da não-retroatividade sob o prisma subjetivista.

Muito embora o autor mineiro tenha dado azo a uma certa discussão acerca da referida relativização, é certo que a doutrina esmagadoramente majoritária não enxerga tal possibilidade, nestes termos Pontes de Miranda:

“ A regra jurídica de garantia é, todavia, comum ao direito privado e ao direito público. Quer se trate de direito público, que 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. Se não existe regra jurídica constitucional de garantia, e sim, tão-só, regra dirigida aos juízes, só a cláusula de exclusão pode conferir efeitos retroativos, ou ofensivos dos direitos adquiridos, a qualquer lei.”³³

Em suma, para o pensamento tradicional o direito adquirido é “condição de possibilidade e de viabilidade do Estado Democrático de Direito, o princípio do direito

³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2006. v.1, p. 142.

³³ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.1 de 1969**. 2ª Ed., 2 tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, t.5, p.99 apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 448.

adquirido é dotado de intangibilidade, forma máxima de sua garantia, apresentando-se como um dos elementos imprescindíveis para a realização da idéia contemporânea de justiça³⁴

Prosseguiremos então ao próximo capítulo, onde evidenciaremos uma nova face da doutrina brasileira, hoje minoritária, a fim de evidenciar que o direito adquirido pode ser sim relativizado em determinadas hipóteses, e de forma até curiosa, traremos como justificação também a idéia contemporânea de justiça e de certa forma até mesmo o princípio democrático, numa outra concepção que não a de simples proteção jurídica do cidadão em face do Estado, sem negar, *data vênia*, a sua extrema importância, haja vista o passado nacional socialista.

³⁴ TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Landy Editora. 2003. p. 271.

3 A VISÃO CONTEMPORÂNEA DE DIREITO ADQUIRIDO

Como já pronunciado em linhas anteriores, de modo geral o princípio da irretroatividade traz consigo uma ponderação a ser feita. De um lado temos a necessidade de mudança e progresso com a evolução legislativa, e de outro temos também a preservação da segurança jurídica, e da estabilidade social. No capítulo anterior ficou evidenciado como este embate se soluciona do ponto de vista da sucessão de leis no tempo, e a conseqüente visão da doutrina tradicional.

Ao tratarmos mais especificamente do direito adquirido, outra ponderação vem à tona: como interpretar as cláusulas pétreas? Elas devem seguir uma visão mais democrática ou mais constitucionalista? Apesar de terem, constitucionalismo e democracia, uma identidade quase que indissociável nos dias atuais, explicitaremos aqui alguns pontos de divergência trazidos por essas duas visões, quando o assunto são os limites da reforma constitucional, principalmente do ponto de vista formalista. Ressalte-se que o objetivo neste capítulo não é a adoção de uma ou de outra tese quando o assunto for direito adquirido, mas sim a fusão destas correntes para que fique à vista uma nova interpretação das “cláusulas de eternidade”.

Em linhas gerais o embate se dá na medida em que a idéia democrática traz consigo a concepção de governo do povo e para o povo, onde a maioria é quem faz as decisões, ocorre que, por outro lado, se estende a idéia constitucionalista, com a visão básica de limitação jurídica do poder do Estado, de modo a estabelecer a soberania do povo. A controvérsia fica bem destacada por Sarmiento:

“ Por um lado, constitucionalismo (limitação do poder) em excesso pode asfixiar a vontade popular e frustrar a autonomia política do cidadão, como co-autor de seus destino coletivo. Por outro, uma “democracia” sem limites tenderia a pôr em sério risco os direitos fundamentais das minorias bem como outros valores essenciais, que são condições para a manutenção ao longo do tempo da própria empreitada democrática. Teríamos aqui, provavelmente, um projeto “suicida”. ”³⁵

O questionamento que fica, quando se fala em princípio democrático, é o de saber até que ponto há legitimidade em estabelecer vinculação de determinadas matérias às gerações futuras. Isto porque na medida em que o poder constituinte originário estabelece limites ao poder constituinte reformador, a matéria ali prevista não mais se encontra no âmbito de

³⁵ SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 6

discussão democrático, observado aquele viés de expressão popular legislativa posterior ao poder constituinte originário, que não mais poderá deliberar sobre aquele determinado assunto.

Ponto, então, que deve ser evitado, sintetizado em expressão tão comum na doutrina, é a figura do “governo dos mortos sobre os vivos”. Tal situação estaria contemplando a hipótese em que o constitucionalismo estaria exacerbando a sua função, ou seja, desequilibraria sua correspondente balança com a democracia, que de modo algum poderia ser posta de lado, e vincularia gerações futuras às decisões pretéritas, engessando deliberações presentes.

Analogia interessante à visão constitucionalista foi tecida pelo doutrinador inglês John Elster³⁶, em relação ao episódio entre Ulisses e as sereias no conto épico “A Odisséia”. A cena do protagonista amarrado ao mastro da embarcação para que não fosse atraído pelo canto das sereias revelaria através de metáforas a visão de um compromisso anterior, que se coadunaria com uma limitação de poder “presente” para que não se coloque o futuro de uma determinada sociedade num risco provocado por emoções casuísticas.

É certo que tal aceitação não é unânime na doutrina constitucionalista contemporânea. Haveria, então, de um ponto de vista crítico, determinadas situações insustentáveis, como a de haver vinculação jurídica de uma coletividade presente às decisões tomadas em épocas escravocratas. Para esta corrente haveria uma certa diferenciação entre uma restrição de autonomia presente visando um futuro relativamente próximo, e decisões de antepassados distantes vinculando decisões atuais como ocorre nos Estados Unidos da América. Daí a visão de Thomas Jefferson³⁷, em pregar uma revisão a cada 19 (dezenove) anos, através de convenção-constituente do texto constitucional, evitando justamente o já mencionado governo dos mortos sobre os vivos.

Analisando a questão em terras brasileiras, temos nossa Constituição Federal de 1988, que revela uma concepção constitucionalista, é o seu artigo 60 §4º, nos preceituando:

- § 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;

³⁶ ELSTER, John. **Ulisses and Sirens**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979, apud SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 7

³⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. “**A Constituição e sua Reserva de Justiça**”. São Paulo. Malheiros, 1999, p.67, apud SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 6

IV - os direitos e garantias individuais.

Tal dispositivo evidencia a adoção, em nosso ordenamento, de cláusulas pétreas, revelando a visão do constituinte originário, para que sejam vinculadas em deliberações posteriores ao menos tais matérias, tornando latente a co-relação entre constitucionalismo e estabilidade constitucional. Interessante destacar que não é o simples fato de haver uma mudança formal (alteração dos dispositivos do texto constitucional), ou mesmo uma mudança substancial ou material (quando o conteúdo da norma constitucional se modifica), que significará automaticamente uma quebra da estabilidade constitucional. Explica-se, tais modalidades de mudanças constitucionais podem significar justamente a permanência de certo núcleo essencial.³⁸

A expressão núcleo essencial é fruto das reflexões de Carl Schmitt, e seu respectivo conceito decisionista do que seria a Constituição. O estudioso se pauta numa diferenciação entre o que seria formalmente constitucional e o que seria materialmente constitucional. Para o autor, seria Constituição aquilo rotulado como decisões políticas fundamentais, entendidas estas como aquele núcleo essencial que traz identidade à constituição. De ponto de vista diverso, seria uma lei formalmente constitucional aquelas matérias que muito embora estejam presentes na Constituição, não identificam esta. Trazendo esta concepção à Constituição Brasileira poderíamos exemplificar com alguns dispositivos, como o §2º do artigo 142 de nossa Carta Magna. Somente a título de curiosidade o artigo relaciona-se ao ensino brasileiro. Não se pode dizer que o Colégio Pedro II é uma matéria de tamanha importância que devesse estar descrito em nosso texto constitucional, isto porque a sua existência não se relaciona de forma alguma a um núcleo essencial de identidade constitucional. Tratar-se-ia então de uma lei formalmente constitucional, que poderia ser revogada posteriormente sem maiores problemas como veremos mais adiante. O mesmo não se diz do princípio da dignidade humana, presente no inciso III do artigo 1º do nosso texto constitucional. De forma alguma estaríamos diante de uma lei formalmente constitucional, trata-se sim de um núcleo de identidade de nosso texto constitucional, da maior importância. Seria então um exemplo claro de conteúdo efetivamente constituição. A concepção de núcleo essencial será vista mais adiante

³⁸ SCHIMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. Madrid. Alianza Editorial, 1992, apud BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 23.

A idéia de estabilidade trará consigo algumas idéias satelitárias, tais como o princípio da segurança jurídica e a própria eficácia das normas constitucionais. A concepção kelseniana de constituição, como topo de um determinado ordenamento jurídico, de status jurídico maior do que as normas editadas pelo legislador infra-constitucional, traz consigo implicitamente um ideal continuativo e permanente de seu conteúdo, que somente excepcionalmente poderá ser alterado. Note-se aí uma vinculação do poder do legislador ordinário e até mesmo de forma mais latente do poder constituinte derivado ao núcleo essencial trazido pela constituição.

No tocante à eficácia constitucional, a estabilidade, como fator embaçador, torna-se latente, isto porque, como já salientava Hesse³⁹, a efetividade das normas constitucionais somente ocorrerá se houver uma “vontade” de realização mínima de seu conteúdo por parte de seus agentes, o que foi denominado “vontade da constituição”. Associe-se a isto um sentimento social de respeito às normas constitucionais, dado o seu valor perante um determinado ordenamento jurídico. Aproximando o contexto de constitucionalismo, e sua conseqüente estabilidade com a figura do direito adquirido, Gustavo Just da Costa e Silva⁴⁰ nos traz uma ressalva que será lembrada mais adiante:

“ O papel da estabilidade constitucional como fator formador da força normativa da constituição merece especial atenção em contextos nos quais, a **exemplo do nosso**, as grandes disfunções sociais se relacionam muito mais estreitamente com a insuficiente efetividade das normas em vigor do que com as imperfeições de seu conteúdo.”

Em caminho oposto segue a concepção democrática, presente no artigo 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição francesa de 1793 onde “um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a sua constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras”

Assim, no viés democrático não poderá uma coletividade sofrer limitações de suas vontades presentes em razão de limitações passadas, já que até mesmo em razão de uma

³⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1991, p.21, apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 308

⁴⁰ SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. p. 61-62.

certa autodeterminação, povos presentes tendem a trilhar seus próprios rumos, sem qualquer vinculação a parâmetros ou decisões de seus antepassados.

Da mesma forma que os idéias constitucionalistas relacionam-se com as concepções de estabilidade constitucional, os ideais democráticos tem a sua ligação com a respectiva dinâmica constitucional, e do próprio ordenamento jurídico que a rodeia.

O próprio contexto fático, que traz consigo uma constante mudança política, social e mesmo econômica de nossa realidade, bem como a de todos os demais países, se faz incompatível com a idéia de uma constituição engessada no tempo. Sem tal possibilidade de mutação, seja ela formal ou mesmo substancial, seria impossível manter uma unidade política.

Tendo em vista o ocorrido no pós guerra, com a constante valorização da figura da dignidade da pessoa humana, bem como a valorização do Estado Democrático de Direito (mesmo que tardiamente no Brasil), observou-se a relação constante entre as respectivas constituições e grandes mudanças político-sociais. Desta forma, o que se verifica, no tocante à estabilidade constitucional, é a necessidade da “constituição estar apta a absorver o impacto dessas transformações. É a dinâmica constitucional regrada que pode evitar a ruptura e proporcionar estabilidade no sentido da permanência histórica da constituição.”⁴¹

Partindo-se destas idéias iniciais verifica-se também a ligação intrínseca entre democracia e igualdade, já que para haver democracia é necessário também que todos sejam tratados como iguais, tenham suas idéias e concepções ouvidas da mesma forma, livremente no espaço público em que se insere. O princípio democrático, então, traz em seu interior a observância também de outros direitos e garantias fundamentais, já que estes trarão ao cidadão o seu *status* de igualdade, para então fazer valer o ideal democrático.

Aqui também não se pode esquecer que nossa própria Constituição de 1988 contém uma evidência bastante forte do princípio democrático. Isto devido à sua própria história, como símbolo da derrocada de um período ditatorial e autoritário, e marco inicial de um novo período na história deste país, onde o cidadão efetivamente passaria a influenciar em rumos futuros tomados pelo nosso Estado.

Daí a crítica democrática ao excesso de limitações materiais à iniciativa popular, quando exercidas de forma exagerada. Neste sentido o Ministro Joaquim Barbosa, em voto na

⁴¹ SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. p. 72-73.

ADIN nº 3.105-8/DF⁴² acerca da contribuição de inativos, ao ressaltar a prevalência do princípio democrático em detrimento de uma visão distorcida do direito adquirido como cláusula pétrea:

“ Antidemocrática porque, em última análise, visa a impedir que o povo, por intermédio de seus representantes legitimamente eleitos, promova, de tempos em tempos as correções de rumo necessárias à eliminação paulatina das distorções, dos incríveis e inaceitáveis privilégios que todos conhecemos. O povo tem, sim, o direito de definir o seu futuro, diretamente ou por meio de representantes ungidos com o voto popular.”

Assim, uma constituição não pode ser nem exclusivamente “constitucionalista”, nem exclusivamente e radicalmente “democrática”. Não somente “constitucionalista” já que o excesso de rigidez traria consigo naturalmente decisões petrificadas por uma maioria que com o passar do tempo deixará de existir, e consigo seus anseios. Daí a alcançar resultado totalmente contrário ao anteriormente querido, ou seja, ao invés de trazer a estabilidade e previsibilidade de certas garantias e direitos, trará justamente a insatisfação popular a níveis insustentáveis, não tendo outro resultado senão a revolução ou quebra de uma determinada sistemática constitucional para a origem de outra.

Não extremamente “democrática”, porque seria totalmente inaceitável uma nova Weimar, dotada de uma ideologia nacional socialista, que trouxe consigo as maiores violações aos direitos humanos. A vontade da maioria deve prevalecer, mas não poderá significar respectivamente o prejuízo recorrente das minorias. Afim de evitá-lo surgem as cláusulas superconstitucionais, a fim de evitar a violação de direitos mínimos inerentes a qualquer cidadão atrelado àquele texto constitucional.

O ponto de equilíbrio que aqui se propõe, como já pregado por outros doutrinadores brasileiros como Daniel Sarmento, é que os reflexos normativos do constitucionalismo não podem ser vistos como um fim em si mesmo, mas tão somente como instrumento de manutenção de valores mínimos de identidade do texto constitucional. Assim, sempre que houver o desvirtuamento destes instrumentos constitucionalistas, tais como a manutenção de certos privilégios sociais, estar-se-ia pondo em risco o princípio democrático, o que não é aceitável, até porque este mesmo princípio é um destes valores mínimos de identidade de

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3105-8. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Ellen Grace, 09 de março de 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 27 de outubro de 2008.

nossa Carta Magna. Somente assim encontramos a concepção atual destas duas ideologias, constitucionalismo e democracia, para a conclusão de que um não pode viver sem o outro na medida em que um serve ao outro para que ambos cumpram efetivamente seu papel social constitucional.

Observemos as seguintes situações concretas que fundamentariam a existência desta corrente contemporânea e justificaria, em determinados casos, a relativização do direito adquirido: a) um Estatuto de Pessoal de um município X não traz limites máximos de incorporações de gratificações. Observando a “brecha legal” um grupo de servidores públicos inicia uma prática de revezamento na ocupação destes cargos, incorporando aos seus rendimentos quantias extremamente vultosas; b) um determinado prefeito, empolgado com a seu novo mandato, resolve editar normas de ocupação do solo urbano, revogando licenças concedidas a diversos empresários, e que já houvessem estes injetado quantias astronômicas em empreendimentos imobiliários decorrentes destas licenças.⁴³

A alegação de direito adquirido em ambos os casos deveria ser tratada da mesma forma? Obviamente que não. No primeiro caso fica evidente o que se poderia chamar de direito adquirido “desarrazoado”. Não estaria sendo assegurado uma garantia individual, em proteção da segurança jurídica e da estabilidade social, mas sim a legitimação de uma prática promíscua de servidores, que como se observa hoje nos noticiários é até comum, para incorporarem a seu patrimônio verdadeiros privilégios em face da sociedade desigual em que se inserem.

O segundo caso se mostra diametralmente oposto ao primeiro, na medida em que a alegação de direito adquirido como garantia para a proteção de todo o esforço e dispêndio financeiro até então transcorrido, é verdadeiramente amparado pelo princípio da segurança jurídica. Estaríamos diante de um típico caso de arbitrariedade Estatal, ainda que pela atuação administrativa do chefe do poder executivo municipal, vindo a causar sérios danos à livre iniciativa, além da já mencionada segurança jurídica. A inconstitucionalidade da norma seria gritante.

Partindo-se desta discussão e trazendo-a para perto do direito adquirido, podemos verificar que, de fato, a sua importância do é muito grande, ainda mais quando observado sob o prisma da segurança jurídica, na medida em que traz a idéia de estabilidade das relações jurídicas, o que traz consigo a idéia de projeção e planos sociais.

⁴³ Cf. BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 323

O “conflito” passa a surgir à medida em que passamos a olhar mais prontamente à essência de nosso texto constitucional, de índole pluralista, e até mesmo pela época em que surgiu, trazendo consigo um forte viés de transformação social, afinal assim está disposto o artigo 3º, incisos I e III de nossa Carta Magna:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

Não se pode negar atualmente uma das mais evidentes realidades brasileiras, qual seja, a da desigualdade social. A Constituição brasileira surgiu, assim, logo após extenso período ditatorial, com objetivo-mor de efetuar esse equilíbrio social. É certo que, comemorados os vinte anos de sua promulgação, avançamos do ponto de vista evolutivo em diversos sentidos, trazendo em paralelo um amadurecimento doutrinário em diversas matérias constitucionais.

Ocorre que no quesito justiça social, principalmente nesta tentativa de reduzir de forma significativa as desigualdades e barbáries com as quais nos deparamos em cada semáforo urbano, não foi alcançado grande avanço. O crescimento demográfico, somado a diversos fatores econômicos vividos até então obviamente acentuaram ainda mais tal panorama social.

Isto não significa que nossa Constituição perdeu sua força normativa, nem sequer abandonou seus “objetivos fundamentais”. Daí ressaltar a importância de uma re-interpretação do direito adquirido, não podendo ser visto sempre como uma posição jurídica absoluta, neste ponto assevera a doutrina contemporânea:

“(…), neste quadro de escassez, entrincheirar, de forma absoluta, todos os direitos adquiridos no passado, independentemente de qualquer valoração sobre a sua legitimidade moral, significa, necessariamente, comprometer a possibilidade material de redistribuir bens socialmente relevantes, além de representar gravíssimo obstáculo para as deliberações coletivas dos representantes do povo.”⁴⁴

Desta forma, o direito adquirido, sempre mantido sob o argumento de que caso não o fosse estaríamos violando grosseiramente o princípio da segurança jurídica, como já dito, não

⁴⁴SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 4

pode ser visto de forma definitiva. Sem embargo, tal princípio esteja entre os principais de qualquer Estado Democrático de Direito, este último não sobrevive tão somente com aquele:

“ E, neste ponto, é importante deixar desde já assentada uma premissa: a segurança jurídica – idéia que nutre, informa e justifica a proteção constitucional do direito adquirido – é, como já se destacou, um valor de grande relevância no Estado Democrático de Direito. Mas não é único valor, e talvez não seja nem mesmo o mais importante dentre aqueles em que se esteja a ordem constitucional brasileira. Justiça e igualdade material, só para ficar com dois exemplos, são valores também caríssimos à nossa Constituição, e que, não raro, conflitam com a proteção da segurança jurídica. Se a segurança jurídica for protegida ao máximo, provavelmente o preço que se terá de pagar será um comprometimento na tutela da justiça e da igualdade substantiva, e vice-versa. O correto equacionamento da questão hermenêutica ora enfrentada não pode, na nossa opinião, desprezar esta dimensão do problema, refugiando-se na assepsia de uma interpretação jurídica fechada para o universo dos valores.”⁴⁵

A questão irá recair também, na maioria das vezes, na visão da ponderação de interesses. Isto quando se adotar a visão tradicional de segurança jurídica, proveniente da concepção de Estado Liberal, como típico direito de defesa onde não se admite a intervenção do Estado em interesses particulares. Ocorre, porém, que esta visão tradicional também encontra evolução. A doutrina passa a ver um novo sentido na segurança jurídica, como uma seguridade relacionada aos “infortúnios e incertezas da vida”⁴⁶, onde a população menos abastada e excluída, por diversos fatores, de condições razoáveis de existência poderá **ter a segurança** de que seus direitos sociais efetivamente exercidos. Sendo a segurança jurídica, e por tabela o direito adquirido interpretados nesta última concepção nem seria necessário recorrer ao princípio da proporcionalidade em seu prisma de razoabilidade.

Reafirma-se a relativização do direito adquirido em face de outros direitos fundamentais até mesmo quando se observa que o mesmo ocorre quando estes mesmos, recorrentemente, colidem entre si: admite-se a relativização da liberdade de expressão em face da privacidade, em alguns casos específicos admite-se também a relativização da integridade física em face do conhecimento da origem biológica, a dignidade da pessoa humana em face da propriedade privada, enfim, observado o rol extenso de direitos e garantias fundamentais trazidos pela nossa Constituição, seria bastante inocente acreditar que aquelas dezenas de direitos, em momento algum, chegariam a confrontar-se uns com os outros.

⁴⁵Ibid., p. 18

⁴⁶Ibid., p. 18.

Além do que, como já ressaltado por Dworkin⁴⁷, os princípios não aplicam-se sob a lógica do “tudo ou nada”, como as regras, ou seja, não são vistos como aplicados ou não aplicados a um determinado caso concreto, mas sim sob a lógica do “mais ou menos”, sendo sempre aplicados aos casos concretos, só que em alguns casos com mais e em outros com menos intensidade, daí a dizer então que os princípios teriam “dimensões de peso”, ou como assevera Alexy⁴⁸, seriam “mandados de otimização”.

A fim de que se permita tal ponderação, faz-se necessário também identificar o significado da expressão “lei” utilizada no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição. A vinculação legal é um mandamento ao legislador infraconstitucional ou é também um mandamento ao constituinte derivado? Admitida esta última hipótese estaríamos recaindo em imensa contradição com tudo que foi posto até o momento, na medida em que nem mesmo emendas constitucionais poderiam sucumbir à figura de determinados direitos adquiridos.

Muito embora a questão não tenha sido ainda ventilada no STF após a Constituição de 1988, como veremos mais a frente o mesmo órgão já havia se manifestado no passado pela não vinculação do constituinte reformador. Isto significaria hoje que: a) a proteção constitucional do direito adquirido se insere no rol do artigo 5º, sendo assim um direito fundamental; b) os direitos e garantias fundamentais estão inseridos no rol do artigo 60 parágrafo quarto de nossa Carta Magna, e assim, constituem cláusulas pétreas; c) o legislador infraconstitucional está e sempre estará vinculado ao direito adquirido pelo fato de este ser uma cláusula pétrea, não podendo ser o inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição suprimido ou alterado por emenda constitucional, mas tão somente pela inauguração de uma nova ordem constitucional; d) o constituinte derivado não se encontra vinculado a um determinado direito adquirido *stricto sensu* estabelecido na própria Constituição ou mesmo em legislação infraconstitucional (inconstitucionalidade superveniente da lei infraconstitucional), podendo suprimi-los a qualquer momento desde que justificado pela razoabilidade de sua conduta visto que a segurança jurídica é um princípio fundamental.

Ao nos indagarmos se verdadeiramente a garantia seria dirigida ao constituinte derivado surge uma realidade:

⁴⁷ *Taking rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1980, pp. 24 e ss., apud SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 20

⁴⁸ ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998.

“ É, sem dúvida, uma Constituição dirigente, programática, que se propôs a operar um verdadeiro “giro copernicano” na *res* pública brasileira, visando a assegurar as bases necessárias para a construção de uma democracia inclusiva, em cujo vértice axiológico situa-se a pessoa humana, com suas necessidades reais, suas carências e suas fraquezas. É uma Constituição que não cerrou os seus olhos para a opressão que provém da alienação dos mais fracos numa ordem social injusta, em que o Estado, apropriado pelos interesses da elite econômica e do estamento burocrático, alimenta e perpetua o ciclo da exclusão. É, enfim, uma Constituição em cujas entrelinhas se pode desvelar uma autêntica “opção preferencial” pelos pobres, pelos que estão fora do contrato social, alijados das benesses da cidadania; pelos sem-comida, sem-teto, sem Previdência...”⁴⁹

É certo que partir de tal pressuposto, observando a Constituição brasileira, e logo após analisarmos em que estágio fático estamos atualmente e realmente neste exato momento, chega a ser quase que utópica a intenção do constituinte originário de 1988. Não se pode desdizer também o fato de só termos vivido 20 anos desse novo texto paradigma constitucional, e reafirmar o óbvio: o legislador não pode em momento algum fraquejar perante esta perspectiva a que se vincula, devendo sempre que possível tomar medidas pioneiras e desbravadoras.

O direito adquirido neste sentido, de vinculação do legislador infraconstitucional tão somente, e de otimização da segurança jurídica, vista naquele modo já descrito de inclusão social e democrática, não pode jamais se interpor a esta missão de nossos legisladores, como um verdadeiro “procedimento interpretativo de bloqueio”, com intuito de aumentar ainda mais o limite do possível que hoje se impõe e que já não é fácil de ser derrubado.

Dito isto, para a corrente contemporânea acerca do direito adquirido como direito fundamental, ficam três premissas a sua conclusão final acerca do real significado do instituto. A primeira seria a de que partindo-se do princípio democrático e autodeterminativo de toda sociedade, deve servir de orientação ao legislador quando o objeto de sua atuação for o direito adquirido. A segunda premissa seria a de que não se deve dar às cláusulas pétreas uma eficácia tão maximizadora a ponto de esvaziar completamente outros direitos fundamentais igualmente protegidos. O direito adquirido, como roupagem da segurança jurídica não está acima de quaisquer outros direitos fundamentais. E por fim fica a premissa tão destacada até então, sobre a eficácia de transformação social que acompanha nossa Constituição de 1988.

⁴⁹SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 26-27.

Importante se dizer que o fato de não haver uma vinculação absoluta ao direito adquirido por parte do constituinte derivado não significa uma atuação arbitrária deste em face da segurança jurídica. Como já dito, é uma questão de proporcionalidade e razoabilidade:

“ Para afastar uma emenda, por ofensa à segurança jurídica, será necessário demonstrar não apenas que se trata de um atentado gravíssimo contra o núcleo essencial deste princípio, mas também que, numa argumentação jurídica aberta aos valores, esta restrição não tem como ser racionalmente justificada por uma necessidade impostergável de proteção ou promoção de algum outro interesse constitucional igualmente digno de tutela.”⁵⁰

Daí se extrai o raciocínio, para esta doutrina, de que tendo os fatos passados como alvo de uma retroatividade máxima, os efeitos pendentes como alvo de uma retroatividade média e os efeitos futuros como alvo de uma retroatividade mínima, esta última não estaria amparada pelo núcleo essencial do direito adquirido. Assim, mesmo que se diga que o direito adquirido também é oponível ao constituinte derivado, este também não estaria vinculado ao direito adquirido, em seu prisma irretroatividade mínima por não ser esta núcleo essencial do direito fundamental abrangido pela pretrificação do artigo 60 parágrafo quarto de nossa Constituição.⁵¹

⁵⁰Ibid., p. 28.

⁵¹ A idéia principal é aquela já dita anteriormente de que quando se fala em um direito fundamental e a sua proteção como cláusula pétrea, tal proteção só deve ser entendida como tudo incluído em seu núcleo essencial. Havendo uma certa “zona de excesso” ao seu redor que poderia ser alvo de relativizações.

4 PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO ADQUIRIDO

Por detrás do direito adquirido reside o princípio da segurança jurídica. Daí que, observada a insuficiência de proteção pelo princípio do direito adquirido, poder-se-ia recorrer, ainda, ao princípio da segurança jurídica para manutenção de determinado *status quo*. Neste sentido Gilmar Ferreira Mendes:

“ É bem verdade que, em face da insuficiência do princípio do direito adquirido para proteger tais situações, a própria ordem constitucional tem-se valido de uma idéia menos precisa e, por isso mesmo, mais abrangente, que é o princípio da segurança jurídica. A revisão radical de determinados modelos jurídicos ou a adoção de novos sistemas ou modelos suscita indagações relevantes no contexto da segurança jurídica.”⁵²

A partir desta idéia é que verificamos a importância de uma explanação um pouco mais detalhada de como se porta o princípio da segurança jurídica em face de outros direitos. Tal colisão somente pode ser resolvida no âmbito da ponderação de direitos fundamentais, tendo como prisma razoabilidade.

Obviamente que quando se fala em ponderação de direitos fundamentais, algumas conclusões lógicas podem ser subentendidas. A primeira e inegável aferição é a de que estamos falando de direitos fundamentais, até porque o dispositivo referente ao direito adquirido encontra-se previsto no Título II de nossa Constituição, que discorre sobre os direitos e garantias individuais.

A segunda aferição, é a de que os direitos fundamentais tem sim força vinculante. Isto também, diga-se de passagem, estende-se aos direitos sociais. Se assim não fosse não seria possível a análise pelo Judiciário de lesões causadas a esses direitos, em especial a análise efetuada pelo Supremo Tribunal Federal que é responsável pela guarda e efetividade da Constituição. A arguição da vinculação dos direitos fundamentais é importante de ser afirmada tendo em vista que caso não houvesse tal vinculação toda discussão acerca da colisão entre direitos fundamentais cairia por terra. O caráter vinculativo é revigorado pelo parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição de 1988, que expressamente afirma a aplicação imediata dos direitos fundamentais. Assim diz Alexy: “Todas as tentativas de

⁵²MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 473.

resolver o problema da colisão mediante a eliminação da judicialização devem ser enfaticamente contestadas. Aliás, nada mais representa do que a solução de um problema constitucional mediante a eliminação do próprio Direito Constitucional.”⁵³

A terceira aferição, como já dito anteriormente, é a de que quando falamos de direitos fundamentais estamos falando em princípios. As justificativas para essa afirmação são a de que, sendo princípios, estar-se-ia buscando a realização de algo “da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica quanto à possibilidade fática.”⁵⁴ Daí que se busca a ponderação, na medida em que ao se falar de normas estaríamos falando de aplicação ou não das mesmas, e não uma aplicação menor ou maior. Da mesma forma que os princípios são mandados de otimização, as normas são postulados definitivos, não aplicadas sob o enfoque da ponderação, mas sim da subsunção.

Sob a visão de Alexy, ao se aplicar a teoria das regras à colisão de direitos fundamentais, a solução dos mesmos só seria possível através de três caminhos fadados ao insucesso: “a declaração de invalidade de, pelo menos, uma das normas em processo de colisão; o segundo, a declaração de, pelo menos, uma das normas como não-aplicável; e o terceiro, a construção de uma exceção em uma das duas normas.”⁵⁵ São fadados ao insucesso porque, com relação à primeira opção, os direitos fundamentais tem hierarquia constitucional, trazendo consigo a idéia de máxima efetividade de seus preceitos. A declaração de inaplicabilidade traria infortúnios dada a grande dificuldade em estabelecer o que está ou não está incluído dentro de determinado âmbito de proteção, que não pode ser feito de forma estrita e rígida. No respeitante às exceções haveria a possibilidade de chegarmos à situações, utilizando as mesmas palavras do autor, “bizarras”, em que direitos estariam envoltos em diversas exceções, o que acabariam por esvaziar o seu conteúdo, aplicação e efetividade.

Assim fica a solução da teoria dos princípios, trazendo consigo a idéia de ponderação. Esta se revela como maior protetora dos direitos fundamentais em colisão tendo em vista não permitir o esvaziamento por completo de um dos direitos em conflito e ainda possuir um certa flexibilidade de atuação para resolver a colisão:

“ Ela permite uma via intermediária entre vinculação e flexibilidade. A teoria da regra somente conhece a alternativa da validade ou invalidade. Para uma

⁵³ ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Idem.

Constituição como a brasileira, que formulou tantos princípios sociais, generosos, surge, com base nesse fundamento, uma pressão forte para, desde logo, se dizer que as normas que não possam ser aplicáveis sejam declaradas como não vinculantes, isto é, como simples normas programáticas. A teoria dos princípios pode, em contrapartida, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. (...) E assim, sob a reserva do possível, examinar aquilo que razoavelmente pode reclamar e pretender da sociedade.”⁵⁶

Interessante destacar aqui também a idéia de associação entre ponderação de princípios e razoabilidade, que será abordada mais a frente quando na localização em nossa Constituição do fundamento da aplicação da proporcionalidade.

4.1 A IDÉIA DE NÚCLEO ESSENCIAL

Um caminho que necessariamente deverá ser percorrido ao se falar em ponderação de interesses quando em um dos pólos reside o direito adquirido, e logicamente a segurança jurídica, que é o da proteção do núcleo essencial. Os direitos de liberdade, em seu sentido *lato*, encontram-se como constantes barreiras à atuação do legislador, de forma que, por vezes, por não conseguir este atacar diretamente um dos direitos incluídos naquele rol, acaba por esvaziar a sua proteção e por conseqüência o seu próprio conteúdo.

Impondo-se contra este tipo de atuação indireta do legislador democrático surge a noção de núcleo essencial, como sendo um mínimo garantido constitucionalmente, ou como a própria definição já sugere, um mínimo de essência de determinado direito, que freqüentemente é alvo de restrições desproporcionais e desarrazoadas.

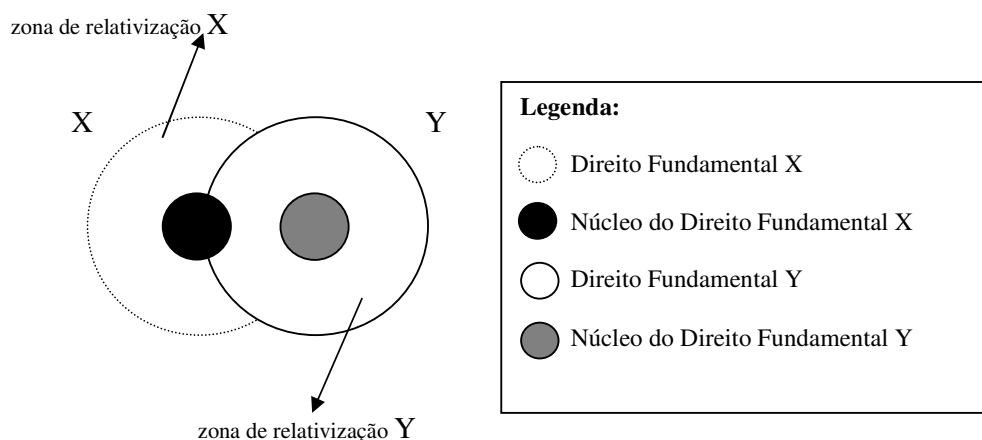
O que prontamente se questiona é como dar aplicabilidade prática à concepção de núcleo essencial, bem como a possibilidade de existência de uma normatividade genérica e abstrata para o mesmo que pudesse ter incidência em quaisquer direitos fundamentais e, assim, dirimir os eventuais conflitos com outros de mesma hierarquia na ordem constitucional.

Partindo-se desta indagação, o núcleo essencial, do ponto de vista dogmático, é disputado por duas correntes, a teoria absoluta e a teoria relativa. Como verificaremos posteriormente, muito embora ambas tenham mérito de desbravadoras na tentativa de

⁵⁶ Idem.

estabelecer conceitos ou orientações para que houvesse uma certa “normatividade” do núcleo essencial, as teorias possuem algumas inconsistências que são objeto de críticas doutrinárias.

Para a teoria absoluta, o núcleo essencial seria “uma unidade substancial autônoma (*substantieller Wesenskern*) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa.”⁵⁷ Em síntese, para tal corrente doutrinária poderia se verificar de plano um núcleo essencial em cada direito fundamental, que jamais poderia ser alvo de ponderações. Em uma tentativa de demonstrar ao leitor de forma mais clara como deve ser visto o direito fundamental e seu respectivo núcleo essencial numa ponderação *in abstracto* teríamos a seguinte visualização:



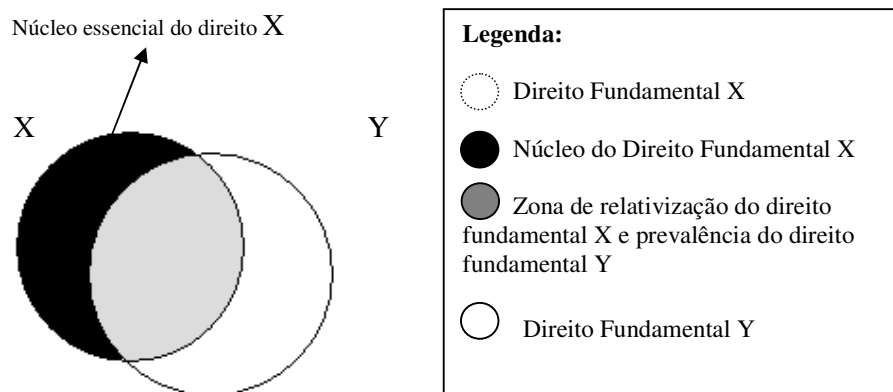
O que se observa na imagem acima é que, para a teoria absoluta, já existem núcleos essenciais previamente estabelecidos e que obrigatoriamente não são atingidos pela ponderação proveniente da atividade legislativa. O que é alvo de ponderações para a teoria em análise são as “zonas de relativização”, que nada mais são do que uma parte do direito que admitiria uma relativização para que houvesse uma otimização de outro direito.

A crítica que é tecida com relação à teoria absoluta é a de que esta visão de núcleo essencial pré-concebida pode se tornar muitas vezes de conteúdo vazio já que na maioria das vezes será muito difícil ou quase impossível determinar qual é efetivamente o núcleo essencial de um determinado direito. Trazendo a questão ao âmbito do direito adquirido

⁵⁷ Von Mangoldt/Franz Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, cit., 2. ed., 1957, art. 19, nota V 4; Ludwig Schneider, *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach*, art. 19, II, GG, Berlin: Duncker & Humblot, 1983, p. 189 e s. Cf., apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 306.

poderíamos até sustentar, tendo em vista a visão contemporânea do instituto já explanada anteriormente, que o seu respectivo núcleo essencial seria a irretroatividade máxima e média, e a zona de relativização seria a irretroatividade mínima. Ocorre, porém, que, ainda que possa haver uma visualização abstrata do núcleo essencial do direito adquirido, tal assertiva pode se verificar bem complicada em relação aos outros direitos presentes nas ponderações, razões porque não seria aconselhável a adoção da teoria absoluta.

Em contraposição à teoria absoluta surge a teoria relativa. Para a teoria relativa, capitaneada por Alexy⁵⁸, o núcleo essencial deve ser definido em cada caso concreto, partindo-se da análise do fim a ser alcançado pela norma que restringirá o direito adquirido. Interessante que para essa visão o núcleo não teria nada além de uma função declaratória, ao evidenciar que para aquele conflito ali determinado o núcleo essencial seria aquela porção do direito que não foi alvo de ponderações. A visualização poderia se dar da seguinte forma:



Como se vê, partindo-se de uma ponderação entre dois direitos fundamentais, verificados os fins que o direito que restringe busca alcançar, e ocorrendo esta restrição, só assim poder-se-ia dizer qual é o núcleo essencial do direito restringido naquela ponderação especificamente. A flexibilidade que salta aos olhos na teoria relativa é a sua principal crítica tecida pela doutrina. Na medida em que se relativiza demais e não se tem um parâmetro estabelecido de garantia do núcleo essencial de um determinado direito poder-se-ia assistir a uma verdadeira descaracterização do direito em ponderação como tal.

É certo que o núcleo essencial não se encontra expressamente em nossa Constituição como em outros ordenamentos jurídicos alienígenas, mas comumente se traz à baila o artigo

⁵⁸ ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998.

60§4º, que nos traz as já mencionadas cláusulas pétreas, que analogicamente ao núcleo essencial, poderiam ser vistas como reais “limites dos limites” ao legislador.

Das críticas a estas duas teorias é que se adota, na colisão de direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade, como proteção as atuações arbitrárias do legislador, e, em paralelo, também, a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. A análise da proporcionalidade seria então uma forma de limitar a atuação legislativa, sob o argumento de inconstitucionalidade, já que sua atuação não seria razoável:

“ O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, a idéia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o *poder de conformação* dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas. Por outro lado, o poder de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar, no sentido de assegurar uma proteção suficiente dos direitos fundamentais.”⁵⁹

Deixando de lado a visão que busca trazer a proporcionalidade como fruto de um direito natural ou suprapositivo, duas visões doutrinárias tentam extrair do instituto o seu fundamento. Uma visão tradicional vê o princípio da proporcionalidade como uma das facetas do Estado de Direito, partindo-se da sua atuação através do poder de polícia de que é titular. Na medida em que o Estado passa a intervir na sociedade, tal concepção ganha força e deve ser o princípio da proporcionalidade a lente do legislador para que atue na colisão entre direitos fundamentais. Assim, o princípio em análise teria como âmbito de atuação não só a relação entre Estado e cidadão, mas também as relações intrínsecas que aquele trava entre seus poderes, sem que haja interferência no federalismo.

A segunda corrente doutrinária, que, diga-se de passagem, não deve ser vista como conflitante com a primeira, mas como verdadeira complementação daquela, diz ser o princípio da proporcionalidade um direito fundamental intrínseco, o que traria consigo a consequência de sua aplicação nas relações entre particulares. Tal visão ganha força no cenário jurídico atual, principalmente em se falando da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (nas relações privadas). Da unção dessas duas correntes é que se poderia afirmar que o princípio da proporcionalidade seria um princípio geral do direito.

⁵⁹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 312.

4.2 FUNDAMENTO E ELEMENTOS DA PROPORCIONALIDADE

A nossa doutrina e jurisprudência, ao tentar justificar o que legitimaria a aplicação do princípio da proporcionalidade em decisões jurisdicionais, revela que seu fundamento estaria no inciso LIV do artigo 5º de nossa Constituição que traz consigo o direito fundamental do devido processo legal. Note-se que pelo simples fato de se encontrar o direito no rol dos direitos fundamentais elencados por nossa Carta Magna, aproxima-se a doutrina brasileira da visão de princípio da proporcionalidade como direito fundamental tal como já destacado acima.

Ressalte-se que o princípio do devido processo legal, imensamente importante em qualquer ordenamento jurídico, tem a sua faceta procedimental e a sua faceta substancial, residindo nesta última o fundamento da proporcionalidade sob o prisma da razoabilidade. Neste sentido Alexandre Câmara:

“ A garantia do devido processo legal surgiu como sendo de índole exclusivamente processual mas, depois, passou a ter também um aspecto de direito material, o que levou a doutrina a considerar a existência de um *substantive due process of law* ao lado de um *procedural due process of law*. Assim é que o devido processo legal substancial (ou material) deve ser entendido como uma garantia ao trinômio “vida-liberdade-propriedade”, através da qual se **assegura que a sociedade só seja submetida a leis razoáveis, as quais devem atender aos anseios da sociedade, demonstrando assim sua finalidade social**. Tal garantia substancial do devido processo legal pode ser considerada como o próprio princípio da razoabilidade das leis. (grifo nosso)”⁶⁰

Verificada então o fundamento do princípio da proporcionalidade, sob o prisma da razoabilidade, passemos então a analisar quais são os elementos que compõem o mesmo. Primeiramente faz-se necessário destacar as manifestações *lato sensu* do princípio, que são a proibição do excesso (chamado pela doutrina alemã de *Übermassverbot*), e a proibição da proteção insuficiente (chamado pela doutrina alemã de *Untermassverbot*).

O excesso do legislador se daria sempre quando o mesmo editasse normas que trariam consigo total incongruência entre os fins objetivados e os meios utilizados para tanto, caracterizados como totalmente desproporcionais para que atingissem seus objetivos. Para ser

⁶⁰ CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v.1, p.35.

comprovado o excesso, três são as fases ou subprincípios pelos quais deve ser analisada a atitude do legislador: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A verificação da adequação não oferece maiores problemas na medida em que seria adequado todo ato que se mostrasse apto para atingir aquele determinado fim desejado. A necessidade seria aferida a partir da idéia de não haver outra medida a ser adotada que, promovendo em igual intensidade o fim desejado, trouxesse menos prejuízos ao princípio ou direito fundamental que viesse a sofrer relativizações.

Como último subprincípio resta a proporcionalidade em sentido estrito. Trata-se de um controle da justiça da decisão, ajustando o resultado da solução que já ultrapassou os estágios da adequação e necessidade, ao fim objetivado no caso concreto. Utilizando uma metáfora à grosso modo, seria um verdadeiro “encaixe final das peças”. Nesta fase é que, como colocado por Alexy, “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores há de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”.⁶¹

No tocante a proibição da proteção insuficiente, que nada mais seria do que o oposto da proibição ao excesso, ou seja, poderia ser rotulada como insuficiente uma medida quando esta não se revelasse, pleonasticamente, suficientemente adequada e eficaz para o fim a ser alcançado, concluindo-se por ser também desproporcional. A partir de todo o exposto, inserem-se o princípio da proporcionalidade sob o prisma da razoabilidade na colisão de direitos fundamentais:

“ Fala-se em colisão entre direitos fundamentais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares. A colisão pode decorrer, igualmente, de conflito entre direitos individuais do titular e bens jurídicos da comunidade. Assinale-se que a idéia de conflito ou de colisão de direitos individuais comporta temperamentos. É que nem tudo que se pratica no suposto exercício de determinado direito encontra abrigo no seu âmbito de proteção.(...)”

Tem-se, pois, autêntica colisão apenas quando um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual. EM se tratando de direito submetidos a reserva legal expressa, compete ao legislador traçar os limites adequados, de modo a assegurar o exercício pacífico de faculdades eventualmente conflitantes.”⁶²

⁶¹ ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998.

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 331

5 O DIREITO ADQUIRIDO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tendo em vista a dogmática exposta acerca do direito adquirido, é bastante condizente a análise do ponto de vista jurisprudencial, em especial do Supremo Tribunal Federal que traz a função de guarda da Constituição, de como é tratada a questão do direito adquirido em nossos tribunais.

Dois julgamentos servirão de base à presente monografia no tocante ao tema em tela. O primeiro é a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3128-7⁶³, que trata da questão de tributação (contribuição previdenciária) sobre os proventos dos inativos proveniente da Emenda Constitucional n. 41 de 2003, e o segundo julgamento é o Mandado de Segurança n. 24875⁶⁴, que discorre acerca da questão do teto remuneratório também em face da mesma Emenda Constitucional.

Na ADI n. 3128-7, os autores buscavam o reconhecimento de que, tendo os servidores inativos preenchidos os requisitos legais necessários à aposentadoria no regime instituído pela Emenda Constitucional n. 20 de 1998, onde não era possível a tributação sob a forma de contribuição previdenciária sobre os inativos, tiveram incorporados ao seu patrimônio jurídico, ou seja, adquiriram o direito à não figurarem como pólo passivo da contribuição previdenciária alvo do julgamento. O argumento jurídico principal da ação em questão é o mesmo dito quando na análise da visão tradicional acerca do direito adquirido⁶⁵, qual seja, da sua oponibilidade tanto ao legislador infraconstitucional como ao legislador constitucional reformador, sob o argumento de tratar-se de cláusula pétrea amparada pelo parágrafo quarto, inciso IV do artigo 60 da Constituição de 1988. A ADI foi julgada improcedente, por maioria, pelos argumentos ementados de que não haveria em nosso ordenamento previsão de que atribua à “ condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair ad eternum a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3128-7. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Ellen Gracie, 18 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 25 set. 2008.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Mandado de Segurança n. 24875, Impetrante: Djaci Alves Falcão e outros. Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal e Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 11 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 25 set 2008.

⁶⁵ Os outros argumentos foram a irredutibilidade de vencimentos e a isonomia visto que os contribuintes inativos contribuiriam sob base de cálculo diferenciada em relação aos contribuintes em atividade.

incidência de contribuição previdencial.”⁶⁶ Foi aduzida também no ementário o argumento contrário à autoria da ADI, acerca da solidariedade e equilíbrio financeiro atuarial, entendidos como a responsabilidade universal no custeio dos gastos públicos.

Arguiu o Ministro Carlos Peluso:

“ (...) não se confundem o direito à aposentadoria, inequivocadamente integrado ao patrimônio jurídico do seu titular, com o preenchimento dos respectivos pressupostos, e o direito ao reconhecimento de imunidade tributária, que daquele não decorre, na medida em que pressupõe preceito constitucional específico.”⁶⁷

Fica claro na questão em discussão tratar-se de matéria de natureza tributária (contribuições previdenciárias) não haveria que se falar em direito adquirido pelo simples fato de não haver em nossa Constituição nenhuma norma que conceda imunidade tributária em tal situação. Isto porque enquanto anteriormente a Emenda Constitucional nº 20 de 1998 ter trazido consigo a imunidade sobre a contribuição previdenciária dos aposentados, com a Emenda Constitucional nº 41 de 2003 veio a autorização expressa para que os inativos voltassem a contribuir.

O julgamento da ADI n. 3128-7 encaixa-se perfeitamente na discussão aqui depreendida, principalmente numa visão mais democrática e progressista de nossa Constituição. De um lado, uma visão tradicional com relação ao direito adquirido, dando uma eficácia por demais extensiva a esse direito fundamental sob o argumento de tratar-se de cláusula pétrea.

Representando esta visão tradicional no julgamento em questão estiveram os Ministros Celso de Mello e Carlos Britto. Em artigo doutrinário, este último nos revela:

“ (...) as normas constitucionais autorizativas de produção de emenda é que devem ser interpretadas restritivamente, porque emenda é sempre exceção ao princípio lógico ou tácito da estabilidade da Constituição. As cláusulas pétreas, ao

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3128-7. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Ellen Gracie, 18 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 25 set. 2008.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3128-7. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Ellen Gracie, 18 de agosto de 2004. Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 530/531. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 25 set. 2008.

contrário, caracterizam-se como afirmadoras daquele princípio da estabilidade ínsito a cada Estatuto Supremo, elas é que devem ser interpretadas extensivamente.”⁶⁸

Todas as vênias ao ilustríssimo jurista, o excesso de estabilidade pode colocar o constituinte derivado, representante democrático de aspirações de maior valor numa sociedade presente, em uma “camisa de força”. Nesta, não traria consigo outra conseqüência senão o oposto do pregado: a revolução e derrubada de um regime constitucional. O que é verdadeiramente importante na atuação do constituinte derivado é a manutenção do núcleo essencial das normas, direitos e garantias explicitados pelo constituinte originário. Note-se também que a concepção sustentada pelos Ministros supramencionados parece não ter compatibilidade com a *mens legis* do poder constituinte originário, que descreveu em nossa Carta Magna um forte interesse em uma mudança do prognóstico social à época, e que ainda, infelizmente, traz sérias procrastinações aos dias atuais. O cerne da questão é que a visão tradicional, presente nos votos vencidos na ADI, com uma petrificação da garantia constitucional do direito adquirido “não promove a democracia, mas afigura-se incompatível com o regime político solidário e democrático instituído pela Constituição de 1988, notadamente se aplicada à hipótese que fora submetida ao Tribunal.”⁶⁹

Uma melhor análise fática ao caso em questão revela a imensa importância da decisão da ADI ao negar o seu provimento. Isto porque se observamos o panorama atual junto ao Ministério da Previdência Social, são 3,2 milhões de inativos e pensionistas amparados pelo regime próprio que geram um déficit anual de R\$ 39 bilhões. Em contrapartida, 19 milhões de beneficiários no regime geral criam um déficit anual menor do que a metade do provocado pelos inativos e pensionistas, que é de R\$ 17 bilhões.⁷⁰ A simples análise do fato acima evidenciado não poderia gerar resposta diferente pela nossa Corte Constitucional, no que pesem os votos pela procedência da ADI. Soma-se a isso a questão de que até a Emenda Constitucional nº 3 de 1993 não haver regime contributivo para os aposentados, ou seja, gozam de uma previdência da qual, quando contribuíram, o fizeram por menos de dez anos.

Com relação à dificuldade contra-majoritária, idéia segundo a qual o Judiciário não deveria intervir em juízos de valor oriundos daqueles cuja investidura se deu por meio

⁶⁸ BRITTO, Carlos Ayres. **A constituição e os limites da sua reforma.** *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n.1: 225-226. Belo Horizonte: Del Rey, p. 246, apud BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia.** Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 314

⁶⁹ BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia.** Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 301

⁷⁰ Dados numéricos disponíveis em: <<http://www.previdenciasocial.gov.br/reforma/verdade.htm>>. Acesso em 27/10/2008.

democrático direto como os legisladores e administradores públicos, legitima-se ainda mais a atuação do Supremo Tribunal Federal:

“ O juízo político empreendido pelos Poderes Executivo e Legislativo na solução deste problema prático não deve ser substituído pelo juízo do Judiciário. Com efeito, em um plano estritamente jurídico constitucional, parece impertinente, à luz do princípio democrático, que o Judiciário anule a referida decisão política, pois uma tal exegese ampliativa conferida à proteção superconstitucional ao direito adquirido, para além de não ter lastro na dogmática jurídica (ante a inexistência de direito adquirido à não incidência de tributo, afora as hipóteses de imunidade constitucional), representaria um ativismo judicial destinado a congelar o *status quo*. (...) A bem da verdade, preconiza-se que o Judiciário, no seu grave mister de controlar a constitucionalidade de emendas, adote uma postura cautelosa, no sentido de evitar que, por seu intermédio, grupos bem articulados logrem garantir a preservação do *status quo* e de privilégios vários – contra a pretensão transformadora da Constituição de 1988, e, mais especificamente, contra a vontade de correção de um sistema concentrador de renda veiculada por mais de três quintos dos representantes do povo, mediante a aprovação da Emenda Constitucional nº 41.”⁷¹

Nosso tribunal constitucional efetivamente reconheceu nesta decisão a necessidade da mudança e não manutenção da injustiça social que vinha se agravando até então. Note-se também que o Supremo Tribunal Federal reafirmou a idéia já relatada aqui de que não haveria que se falar em direito adquirido à regime jurídico.

Outro julgamento com grandes relações ao que aqui se estuda é o Mandado de Segurança nº4875⁷². No caso em questão, tem-se como impugnado, diga-se de passagem por quatro ex-ministros do STF, o ato administrativo do Presidente deste tribunal que adequou os proventos daqueles que buscavam a segurança ao teto estabelecido pelo inciso IX, artigo 37 da Constituição de 1988, após Emenda Constitucional n. 41 de 2003. Sobre o que nortearia o julgamento consignou o Ministro Sepúlveda Pertence:

“ A alegação traz ao prosclênio da discussão da causa a polêmica ainda crepitante acerca da oponibilidade, ou não, de direito adquirido às emendas constitucionais, à luz da conjugação do artigo 60, §4º, IV, com o artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República.

A corrente, quicá majoritária, na doutrina é radical: dada a vedação de emendas à Constituição tendentes a abolir "os direitos e garantias individuais"

⁷¹ BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 315

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24875. Impetrante: Djaci Alves Falcão e outros. Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal e Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Sepúlveda Pertence, 11 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 25 de setembro de 2008.

(negrito) - (CF, art. 60, §4º, IV), não pode a reforma constitucional atingir, à vista do art. 5º, XXXVI, da Lei Fundamental, qualquer direito adquirido, seja constitucional ou infraconstitucional o fundamento normativo da sua aquisição.”⁷³

Duas garantias foram suscitadas pelos ex-ministros: o direito adquirido e a irredutibilidade de vencimentos. Tais garantias giravam em torno da justificativa de que as vantagens de caráter pessoal não poderiam se computadas para fins de contagem do teto remuneratório. Para isso seria necessário reconhecer a inconstitucionalidade da expressão “pessoais” do inciso XI, do artigo 37 da Constituição de 1988 e também da expressão “e da parcela recebida em razão do tempo de serviço” do artigo 8º da referida emenda constitucional.

Muito embora não os tenha utilizado com parâmetro em sua decisão, dois artigos deveriam ter estado em foco pelo Supremo Tribunal Federal; o artigo 17 da ADCT⁷⁴, e o referido inciso XI, do artigo 37 da Constituição de 1988⁷⁵. Em ambos os dispositivos é bastante clara a inclusão das vantagens pessoais para contagem do teto remuneratório. A questão poderia ser simplesmente decidida em face da patente e unânime afirmação doutrinária de que não existe adquirido em face de uma nova ordem constitucional já que todos os atos legais incompatíveis com a atual Constituição não foram por esta recepcionados.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24875. Impetrante: Djaci Alves Falcão e outros. Impretrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal e Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Sepúlveda Pertence, 11 de maio de 2006. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, p. 307-308. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 25 de setembro de 2008.

⁷⁴ Art. 17 do ADCT. *Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm#adct>. Acesso em 25 de setembro de 2008.

⁷⁵ O inciso XI do artigo 37 da Constituição de 1988 diz claramente: *a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm#adct>. Acesso em 25 de setembro de 2008.

Com relação ao artigo 17 do ADCT, seu histórico com o Supremo Tribunal Federal é de constante desrespeito. Primeiramente na ADI nº 14⁷⁶, quando não havia nem um ano de vigência da Constituição de 1988, onde entendeu-se que as vantagens de caráter pessoal não seriam contadas para fins de teto remuneratório, retirando a eficácia do antigo inciso XI do artigo 37 da Constituição. Com a Emenda Constitucional nº 19 de 1998, o constituinte derivado mudou a redação do dispositivo para expressamente incluir as referidas vantagens no teto remuneratório.

Em decisão administrativa o STF passa então a entender que por falta de iniciativa conjunta entre o Presidente da República e o Congresso Nacional em lei infraconstitucional, o teto estabelecido pela emenda constitucional não seria auto-aplicável, observado o antigo inciso XI do artigo 48 da Constituição de 1988 (anterior à Emenda Constitucional nº 32 de 2001) que trazia o objeto da mencionada lei, qual seja, a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública. Assim, não restou outra solução ao constituinte, senão a edição da Emenda Constitucional nº 41 de 2003, que deu ao inciso XI do artigo 37 a redação já esposada. Não restam dúvidas da *mens* do legislador a efetivamente estabelecer um teto remuneratório que não fosse alvo de subterfúgios e brechas legais surreais, já que o artigo 17 do ADCT tem clareza solar. Negar tal visão democrática seria ferir a separação dos poderes, como pode ser concluído da visão “vencida” do Ministro Joaquim Barbosa:

“ Nesse ponto, não se pode negar o significado político-institucional da EC 41/2003, na recusa de pretextos para fuga à clara e definitiva fixação de limites para a remuneração da função pública. Por esse aspecto é que **deve ser rejeitada a tese do direito adquirido ao excesso, do direito adquirido a remuneração que ultrapasse o limite do que o país considera remuneração justa para a função pública.** Para assim se concluir, é determinante a previsão original, no art. 17 do ADCT, da então imediata redução de vencimentos em desacordo com o texto constitucional: essa regra drástica **revela e escancara o espírito em que se deu a elaboração da Constituição de 1988, de busca incondicional da concretização dos princípios republicanos que regem a Administração.**”⁷⁷ (grifo nosso)

⁷⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 14. Requerente: Associação dos Magistrados do Brasil. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Min. Célio Borja, 13 de setembro de 1989. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 25 de setembro de 2008.

⁷⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24875. Impetrante: Djaci Alves Falcão e outros. Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal e Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Sepúlveda Pertence, 11 de maio de 2006. Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 342-343. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 25 de setembro de 2008.

A solução encontrada pelo Supremo Tribunal Federal foi a manutenção do montante percebido pelos ex-ministros, mas não a manutenção dos percentuais utilizados para calcular tal montante adotando a tese já discorrida aqui da não existência de direito adquirido à situações jurídicas. Em seu voto, o Ministro Lewandowski sintetizou de forma clara:

“ Convém, sublinhar, porém, que a jurisprudência desta corte apenas assegura a percepção do montante global dos vencimentos, e não a manutenção de percentuais que integram o seu cálculo, porque não se pode admitir que uma situação jurídica derivada de regime remuneratório que não mais subsiste venha a perpetuar-se no tempo, em permanente contradição com o regramento normativo superveniente.”⁷⁸

A manutenção, entretanto, do montante percebido se deu pelo argumento da irredutibilidade de vencimentos, recebendo a roupagem no julgamento de modalidade qualificada de direito adquirido já que estaria expressamente prevista na Constituição e não em lei infraconstitucional. O Ministro relator Sepúlveda Pertence assim registrou:

“ Sucede, entretanto, que, porque magistrados, a Constituição assegura diretamente aos impetrantes a irredutibilidade de vencimentos. A garantia da irredutibilidade de vencimentos - ousei afirmá-lo, com o respaldo da maioria do Tribunal - é, sim, **modalidade qualificada de direito adquirido** e, de qualquer sorte, conteúdo de normas constitucionais específicas, no que toca à magistratura, repisando textos constitucionais anteriores, que a Lei Fundamental vigente estendeu a todos os servidores públicos. Desse modo - não obstante o dogma de que o agente público não tem direito adquirido ao seu anterior regime jurídico de remuneração - há, no particular, um ponto indiscutível: é intangível a irredutibilidade do montante integral dela.”⁷⁹ (grifo nosso)

Desta forma, observando este último julgamento, embora haja uma certa discordância de seu resultado final, a conclusão que ficou clara é a de que o nosso Supremo Tribunal Federal não adotou uma tese híbrida entre as correntes aqui evidenciadas. Não seguiu a doutrina tradicional porque admitiu que emendas constitucionais suprimissem direitos adquiridos de origem infraconstitucional. Também não seguiu a doutrina contemporânea porque evidenciou em seu julgamento que existem, como dito pelo relator Sepúlveda

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24875. Impetrante: Djaci Alves Falcão e outros. Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal e Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Sepúlveda Pertence, 11 de maio de 2006. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 455.. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 25 de setembro de 2008.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24875. Impetrante: Djaci Alves Falcão e outros. Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal e Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Sepúlveda Pertence, 11 de maio de 2006. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 311.. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 25 de setembro de 2008.

Pertence, modalidades qualificadas de direitos adquiridos, de *background* constitucional, que não poderiam ser devassados por emendas constitucionais desde que, obviamente, se tratassem do núcleo essencial de cláusulas pétreas previstas no artigo 60, §4º de nossa Lei Fundamental.

Após destacar como nossa corte constitucional se portou num último momento, em tema de extrema relevância para o funcionalismo público, cujo ponto essencial residia nas alegações de direito adquirido, chegamos à conclusão deste estudo.

6 CONCLUSÃO

Como visto durante todo este estudo, tratar do direito adquirido, sobretudo sob o prisma da irretroatividade das leis não é tarefa fácil. Ainda que se possa dizer que a doutrina é majoritária em um determinado sentido, começa a surgir em nosso cenário nacional novas ponderações acerca dessa visão tradicional que incitam reflexões. Após destacar como nossa corte constitucional se portou num último momento, em tema de extrema relevância para o funcionalismo público e previdência social, cujo ponto essencial residia nas alegações de direito adquirido, chegamos à conclusão deste estudo.

Verificou-se que o entendimento de esmagadora maioria é no sentido de atribuir à garantia constitucional do direito adquirido aquela visão de direito de defesa, ou seja, um direito individual do cidadão contra a autoridade estatal. Observou-se também que tal dogmática brasileira, atribui tamanha importância ao que o símbolo do direito adquirido representa, que não poderia haver outra localização do mesmo, senão de forma expressa no texto constitucional. Este entendimento funda-se na vista teoria subjetiva de Gabba, para quem seria retroativa (e inadmissível) a lei que incidisse sobre os efeitos já findos de atos pretéritos, bem como sua também incidência em efeitos futuros de atos pretéritos.

São efetivamente aqueles direitos fundamentais de primeira geração, que visam a proteção do indivíduo contra as arbitrariedades estatais. Como direito fundamental que é, o direito adquirido então se resguardaria como cláusula pétrea prevista no inciso IV, §4º do artigo 60 de nossa Lei Fundamental. A consequência desta visão é a de que determinado direito adquirido atribuído nesta ordem constitucional somente poderá ser suprimido pela instauração de outra ordem constitucional, e de forma expressa. Alguns argumentam ainda uma vinculação ao direito adquirido anterior do próprio poder constituinte originário, como que um dever ao mesmo caso realmente objetivasse manter um regime democrático de direito ou aperfeiçoá-lo, quando traria entrincheiramentos cada vez mais intransponíveis ao direito adquirido e tudo aquilo que ele representa.

O entendimento que começa a se insurgir contra essa posição é o de que haveria uma outra possibilidade de entendimento da expressão “lei” utilizada no inciso XXXVI, do artigo 5º de nossa Carta Magna. Tal interpretação seria no sentido de opor de forma absoluta o direito adquirido somente ao legislador infraconstitucional, mas jamais ao constituinte derivado. Tal corrente doutrinária se fundamenta na não aceitação de uma rigidez excessiva

do texto constitucional, já que o cenário social, econômico e político encontra-se em constante mudança. Daí que poderíamos chegar à situações insustentáveis do ponto de vista fático, onde, por não haver do ponto de vista constitucional, possibilidade de mudança, recorrer-se-ia à revoluções, golpes e conseqüente derrubada da ordem constitucional então vigente. Ficaria a idéia paradoxal de que em favor da segurança jurídica não poder-se-ia criar a instabilidade.

Somados a estes fundamentos, esta doutrina assevera ainda, como visto no terceiro capítulo, que o poder constituinte derivado deve ser visto não só como um poder de manutenção do *status quo ante* criado pelo poder constituinte originário, mas mais do que isso, uma efetiva manifestação da interpretação dada as normas constitucionais pelas gerações presentes, que, para ocorrer, necessitaria de uma entendimento não tão absoluto das cláusulas pétreas, para a própria manutenção destas.

Do ponto de vista da segurança jurídica, visto que essa se mostrou como princípio chefe do instituto do direito adquirido, seriam necessárias as devidas adequações. Não se nega a sua importância num cenário constitucional, até mesmo como se pôde observar o resultado de sua ignorância em tempos de guerra com o nacional socialismo. A idéia de direitos de defesa argumentados pela corrente tradicional se mostra como um dos valores essenciais ao Estado Democrático de Direito. Ocorre que a segurança jurídica não é o valor mais importante. Existem outros direitos fundamentais, e, aliás, num rol bastante extenso em nossa Constituição, que irão se confrontar em determinados momentos e de diversas formas com a segurança jurídica, e eventualmente poderão vir a se sobrepor a esta.

Soma-se a isto um fator eminentemente social do ponto de vista da realidade contemporânea brasileira. É fato que ao caminhar pelas grandes metrópoles deste país, raramente cruza-se uma esquina e não se observam crianças famintas fazendo malabares em troca de alguns trocados que somente somados aos dias embaixo de muito sol ou muita chuva equivaleriam a um prato de comida. Obviamente que de 1988 até os dias atuais essa realidade tem se tornado mais evidente, donde é forçoso admitir que o constituinte originário, ao elencar no artigo 3º da Constituição o objetivo desta República com uma sociedade livre, justa e solidária, onde haja a garantia do desenvolvimento nacional, e haja o forte comprometimento em erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, deixou uma tarefa de imensa importância ao poder constituinte derivado, que, para concluí-la, não poderá agir de “braços atados”. Assim, a manutenção de privilégios e garantias desamparadas pela razoabilidade não poderão agarrar-se no instituto do direito

adquirido, de forma a objetivar a manutenção de um *status quo* que se pretendeu modificar há vinte anos atrás.

Neste viés, o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais que vierem a suprimir direitos adquiridos deverá se pautar na proporcionalidade, como evidenciado no quarto capítulo dessa monografia. A emenda constitucional, será então declarada inconstitucional quando a segurança jurídica se mostrar com maior peso na ponderação diante de outros princípios de natureza constitucional. Serão casos em que haverá um atentado grave contra o núcleo essencial do princípio da segurança jurídica.

Esta ponderação, partindo-se do pressuposto da admissão de uma relativização da intangibilidade do direito adquirido, seria ponto chave para o controle jurisdicional das atuações do legislador constitucional. É forte o entendimento da força normativa dos princípios, principalmente aqueles com ampla repercussão social, como o princípio da boa-fé, confiança, igualdade, e até mesmo o princípio da moralidade administrativa, tão desrespeitado atualmente. A segurança jurídica, como princípio importante que é, não pode ser utilizada para legitimar situações, onde muito embora sejam preenchidos requisitos formais que concedem determinados direitos, a razoabilidade dos mesmos dentro de uma ordem constitucional focada na transformação social seja questionável, como, a título de exemplo da doutrina, se dá recorrentemente em testamentos políticos em finais de mandatos eleitorais.

Não se afigura fácil, como visto ao longo desta monografia, estabelecer uma regra absoluta a ser posta em prática todas as vezes em que o direito adquirido for posto em xeque. Entretanto vale concluir com a adoção de um critério de ponderação, onde não haveria ao certo uma identificação exclusivamente com a doutrina tradicional acerca da intangibilidade do direito adquirido, nem uma aproximação completa com a idéia contemporânea do instituto. Seria uma espécie de concepção híbrida já trazida pela doutrina, podendo até mesmo ser intitulada de direito adquirido razoável.

Para esta nova concepção do direito adquirido, não haveria que se falar em vinculação somente do legislador infraconstitucional da garantia constitucional em análise. Isto porque trata-se de opção do poder constituinte originário inseri-los num rol de garantias rotulados de cláusulas pétreas, e que deve, portanto ser sim dotado de eficácia superconstitucional dada, como já dito, a ampla importância da segurança jurídica como direito de defesa ao Estado.

Somente em casos de extrema exceção é que se poderiam suprimir determinados direitos adquiridos, em utilização do princípio implícito da proporcionalidade, para a

otimização de outros princípios constitucionais dotados de forte relevância, e assim mesmo, com eficácia prospectiva. O que se verificaria é que antes da aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, fase interna do princípio da proporcionalidade, seria necessário reconhecer uma maior relevância ou primazia, num primeiro momento, ao princípio da segurança jurídica, que só poderia ser relativizado tendo-se em vista a ampla necessidade de manutenção do núcleo essencial de um outro princípio em conflito.

Explicando de forma mais detalhada, seria uma adoção lógica, em determinada colisão entre direitos fundamentais, da idéia de que existem determinados núcleos intangíveis dos direitos fundamentais, ainda que não possam ser vistos abstratamente, mas tão somente no caso concreto. Daí que seria possível o reconhecimento de uma certa “gordura” ou zona de relativização do direito adquirido, na sua representação do princípio da segurança jurídica. Reafirma-se porém que, numa colisão em que não há o perigo de ser atingido o núcleo essencial de um outro direito fundamental diverso do direito adquirido, este sempre prevalecerá dada a sua forte relevância para a manutenção de um ordenamento constitucional.

Seriam combatidas, desta forma, com a possibilidade de relativização em casos excepcionais, as situações de privilégio, quando o direito adquirido estaria sendo utilizado de forma desarrazoada, se prostrando como barreira ao poder constituinte derivado na sua importante missão de tornar realidade os objetivos elencados no texto constitucional, objetivos estes, cuja normatividade jamais poderia ser questionada.

Um direito adquirido razoável é sem dúvida um direito justo, em consonância com atual ordem constitucional, que se serve do Estado Democrático de Direito, mas em momento algum se aproveita desta conquista para solidificar privilégios e evitar que recursos e esforços cheguem aos brasileiros que mais necessitam, e que hoje infelizmente, embora permaneçamos acreditando numa real mudança, são a maioria.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998.
- BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRASIL. Constituição (1891). Rio de Janeiro, Distrito Federal, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>
- BRASIL. Constituição (1934). Rio de Janeiro, Distrito Federal, 16 de julho de 1934. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7do34.htm
- BRASIL. Constituição (1937). Rio de Janeiro, Distrito Federal, 10 de novembro de 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>
- BRASIL. Constituição (1946). Rio de Janeiro, Distrito Federal. 18 de setembro de 1946. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7do46.htm
- BRASIL. Constituição (1967). Brasília, Distrito Federal, 24 de janeiro de 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>
- BRASIL. Emenda constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969. Diário Oficial da União em 30 de outubro de 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Emenda/Emc_anterior_1988/emcoo1-69.htm
- BRASIL. Constituição (1988). Brasília, Distrito Federal, 5 de outubro de 1988. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 14. Requerente: Associação dos Magistrados do Brasil. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Min. Célio Borja, 13 de setembro de 1989. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 25 de setembro de 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3105-8. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Ellen Grace, 09 de março de 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 27 de outubro de 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3128-7. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Ellen Grace, 18 de agosto de 2004. Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p.492. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 27 de outubro de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24875. Impetrante: Djaci Alves Fancão e outros. Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal e Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 14 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 de maio de 2008.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v.1.

FRANÇA, Limongi. **Direito Intertemporal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. 1968.

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

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Informações disponíveis em: <http://www.previdenciasocial.gov.br/reforma/verdade.htm> . Acesso em 27/10/2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. v.1.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Landy. 2003.