



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Direito Adquirido em Face de Emenda Constitucional

Aline Gonçalves Lessa

Rio de Janeiro
2009

ALINE GONÇALVES LESSA

Direito Adquirido em Face de Emenda Constitucional

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a. Mônica Areal etc.

Rio de Janeiro
2009

DIREITO ADQUIRIDO EM FACE DE EMENDA CONSTITUCIONAL

Aline Gonçalves Lessa

Graduada pela Faculdade da Cidade. Advogada.

Resumo: O presente trabalho visa a analisar o respeito ao direito adquirido como uma das limitações existentes às emendas constitucionais. Tal estudo implica a compreensão da natureza do poder de reforma constitucional, bem como a análise da cláusula que consagra o direito adquirido como garantia fundamental.

Palavras-chave: Direito Adquirido, Poder Reformador, Limitação, Cláusula Pétrea. Direito Constitucional.

Sumário: Introdução. 1. O Poder de Reforma Mediante a Edição de Emendas Constitucionais; 1.1. Poder Constituinte; 1.2. O Poder de Reforma da Constituição Brasileira de 1988; 2. Da Cláusula Constitucional de Proteção ao Direito Adquirido; 2.1. Direito Adquirido e a Segurança Jurídica; 2.2. Conceito de Direito Adquirido e Distinções Necessárias; 3. Direito Adquirido como Limitador das Emendas Constitucionais; 3.1. Direito Adquirido e a Nova Ordem Jurídica; 3.2. Direito Adquirido como Cláusula Pétrea; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca a temática do direito adquirido como limitação existente para as emendas constitucionais.

Com exceção da Carta Magna de 1937, todas as Constituições brasileiras tutelaram, implícita ou explicitamente, o respeito ao direito adquirido. No que tange à Lei Maior de 1988, a matéria encontra-se elencada no artigo 5º, inciso XXXVI, sendo considerada, pois, como um direito individual fundamental do cidadão. Outrossim, a referida cláusula de garantia compõe o núcleo intangível ao Poder Reformador previsto no artigo 60, parágrafo 4º, inciso VI da Constituição da República de 1988.

Não obstante tal fato existe divergência doutrinária quanto à vinculação das Emendas Constitucionais ao direito adquirido, de forma que se objetiva demonstrar que o respeito ao direito adquirido é imprescindível para a manutenção do Estado Democrático de Direito, pois a aludida garantia impede que o Poder Público desfaça as relações legitimamente consolidadas mediante a retroatividade das normas.

Dessa forma, diante das constantes reformas que são empreendidas na Lei Fundamental de 1988, por vezes em prejuízo do sentimento constitucional, evidencia-se a necessidade da análise das limitações ao exercício da reforma constitucional.

Com base em tais premissas, este estudo busca investigar se há direito adquirido oponível em face de emendas constitucionais, bem como qual a relação existente entre o direito adquirido e o princípio da segurança jurídica e, por fim, a existência de vinculação entre o direito adquirido e as emendas constitucionais. A metodologia utilizada será a qualitativa e bibliográfica.

1 O PODER DE REFORMA MEDIANTE A EDIÇÃO DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS

1.1 PODER CONSTITUINTE

Vários estudiosos tentaram elucidar o que seria a Constituição de um Estado e qual a sua função. Para tanto, definiram-na de acordo com concepções sociológica, política e jurídica sem, contudo, pacificar o entendimento acerca do conceito de Constituição.

Em sentido material, a Carta Magna compreende um conjunto de normas estabelecidas pela soberania de um povo, reunidas ou não em um documento escrito, tidas como fundamentais, servindo para dar estrutura ao exercício do Poder Político constituído, sem olvidar da regulamentação dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, sendo, pois, a lei suprema tida como fundamento de validade à ordem jurídica.

Em sentido formal, na lição de SILVA (2002), é a peculiar forma de existir do Estado, reduzida sob forma escrita a um ou mais documentos estabelecidos pelo poder constituinte e somente modificáveis por processos especiais previstos no texto constitucional.

Do conceito formal, referente à Constituição escrita, legislada, infere-se a rigidez como característica que lhe é peculiar - ainda que nem toda Constituição escrita seja rígida, como é o exemplo da Constituição do Império brasileiro, mas as juridicamente rígidas são necessariamente escritas -, o que decorre de um procedimento especial, mais árduo e dificultoso para a sua modificação do que aquele de elaboração das demais leis do ordenamento e, sendo assim, faz-se a distinção entre duas categorias de leis: as leis ordinárias e as leis constitucionais.

Com efeito, trata-se de uma relativa imutabilidade da norma constitucional, dotada de estabilidade jurídica frente ao legislador ordinário, pois se ela pudesse ser modificada pela legislação ordinária, sua eficácia ficaria comprometida, configurando, outrossim, numa garantia posta aos direitos individuais, pois como ensina Paulo Bonavides, a rigidez constitucional serve de obstáculo para toda interferência restritiva ou modificadora daqueles direitos, colocados fora do alcance do legislador ordinário. BONAVIDES, (2000).

Corolário lógico da rigidez é o princípio da supremacia constitucional com respeito às normas provenientes da coletividade estatal - significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico, de forma que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela reconheça e na proporção por ela distribuídos, segundo SILVA (2002) -, distinguido doutrinariamente sob os prismas material e formal, este, próprio das Constituições rígidas em decorrência da peculiaridade de sua reforma, informa que qualquer norma, pelo simples fato de estar inserida no texto constitucional, independentemente de corresponder ou não aos elementos organizadores da estrutura política, possui superioridade em relação às demais, que lhe são subordinadas e, assim, impedidas de contra ela dispor.

Com relação ao aspecto material - visualizado com base na concepção estritamente sociológica, pois do ponto de vista jurídico só é concebível a supremacia formal - este se encontra presente até mesmo nas Constituições costumeiras e nas flexíveis, pelo fato de ser a Constituição o fundamento de validade do ordenamento jurídico, bem como a criadora das competências estatais, sendo, pois, superior às autoridades naquelas investidas. SILVA, (2002).

A superioridade das normas constitucionais justifica-se pelo fato de serem provenientes de um poder que institui os demais e não é instituído por qualquer outro, ao menos do ponto de vista jurídico-positivo.

Trata-se de um poder que por constituir os demais é chamado Poder Constituinte, cuja existência, segundo a doutrina de Paulo Bonavides, é admitida mesmo antes de ser desenvolvida sua teorização. Inegavelmente, sempre houve o ato de uma sociedade estabelecer os fundamentos de sua própria organização. BONAVIDES, (2000)

A teoria do poder constituinte, criada pelo abade francês Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836) em monografia intitulada "O que é o Terceiro Estado?", no final do século XVIII, e posteriormente desenvolvida por outros constitucionalistas franceses, abalizou o

surgimento das Constituições escritas e rígidas - em que, repita-se, há a relação de ordenação verticalizada entre as normas constitucionais e as normas ordinárias, na medida em que distingue o poder constituinte dos poderes constituídos.

Constitui uma teoria da legitimidade do poder - BONAVIDES, (2000) -; considerando a nação soberana como a titular do poder constituinte, o que lhe permite não apenas a elaboração da Carta Política, como também fazer alterações formais ou mesmo abrogá-la.

Tal fato se justifica, segundo tal teoria, pela essência extrajurídica do poder constituinte, posto acima das instituições políticas do Estado, exterior e anterior à Constituição, caracterizado como uma força indisponível, inalienável e permanente, originária da nação, a quem cabe escolher seus representantes, a fim de elaborar a Constituição sem a necessidade de se promover um *referendum* popular, e isso porque segundo Sieyès, há uma transferência temporária da soberania ao órgão representativo, dissolvido após o término de seu *munos*.

Da teoria elaborada por Sieyès é importante destacar, ainda, que o poder constituinte originário foi concebido como o elemento criador do Estado, visando consagrar no texto constitucional novo as alterações mais profundas que a Revolução produziu na estrutura social e econômica e na relação de poder no Estado e na Nação, de acordo com HORTA, (2003), o que explica ser superior às instituições políticas que lhe são derivadas e não limitado às normas jurídico-positivas, incluindo-se nesse contexto a própria Constituição, diferentemente do que ocorre com os poderes constituídos, dentre os quais destaca o poder de reforma, cujo o exercício é atribuído a um órgão previsto pela Constituição, sendo, portanto, posterior à Carta Magna e limitado de forma tácita e expressa.

Outrossim, é importante deixar claro que, para Sieyès, a nação corresponde aos interesses permanentes de uma comunidade, não se confundindo, portanto, com o conjunto de homens que compõem uma determinada sociedade.

Tais interesses encontrariam limitações e condicionamentos apenas no direito natural, não estando submissos aos ditames constitucionais, tese refutada pelos constitucionalistas contemporâneos, tais como Jorge Miranda, que aponta pelo menos três categorias de limites materiais ao poder constituinte, quais sejam: limites transcendentais, imanentes e heterônomos. MIRANDA, (1997).

Os limites transcendentais são os imperativos provenientes do direito natural, representados pelos valores éticos superiores, pela consciência jurídica coletiva. Para o ínclito jurista, entre eles estão os que se prendem com os direitos fundamentais ou com os direitos fundamentais imediatamente conexos com a dignidade da pessoa humana, de forma que seria inválido ou ilegítimo decretar normas constitucionais que gravemente os ofendessem.

Os limites imanentes, por sua vez, são aqueles que se reportam à soberania do Estado e, de alguma maneira, à forma de Estado e limites atinentes à legitimidade política.

Por fim, quanto aos limites heterônomos, são os provenientes do Direito Internacional, a fim de resguardar os direitos dos cidadãos de outros Estados em seu território.

De qualquer forma, para compreensão do estudo ora desenvolvido é importante destacar que a limitação existente para o poder constituinte originário não é de ordem jurídico-positiva, razão pela qual, sob esse aspecto, há um consenso na doutrina em atribuir a ilimitação como atributo que lhe é inerente, pois as limitações somente assumem relevância jurídica quando a Constituição já está positivada, o que será demonstrado no tópico seguinte.

1.2 O PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Como anteriormente esposado, os sistemas de Constituições rígidas, como é o caso da Carta Magna de 1988, visam conferir estabilidade e supremacia à obra do poder constituinte originário.

Rigidez não equivale à imutabilidade. Significa dizer que para a alteração da Constituição da República, faz-se necessário um procedimento especial, mais dificultoso que o processo legislativo dos demais atos normativos.

Desse modo, pode-se afirmar que o Poder de Reforma (também denominado como poder constituinte derivado, poder secundário, instituído, constituído, de segundo grau, reformador, poder constituinte em sentido impróprio) emana da vontade do constituinte originário em criar um poder incumbido de adaptar a Constituição às situações novas sem que, para tanto, seja necessário a ruptura da ordem jurídica estabelecida.

O Poder Reformador opera alterações formais no texto constitucional, segundo os procedimentos previstos e, no modelo brasileiro, a competência para emendar a Carta Magna é do Congresso Nacional.

A expressão "reforma" na CRFB/88, contempla dois significados: o procedimento de revisão previsto no artigo 3º do ADCT, e o procedimento de emenda à Constituição disposto no artigo 60, sendo este último o objeto deste trabalho.

Dispõe o artigo 60, da CRFB/88, *verbis*:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros;

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

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

I - a forma federativa de Estado;

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

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Da análise do dispositivo constitucional supratranscrito, depreende-se que o processo de elaboração de Emendas Constitucionais possui limitações circunstanciais, processuais e materiais expressas, embora não existam limites temporais, diferentemente do que ocorre com o procedimento de revisão disposto no art. 3º, do ADCT, em que a Constituição somente poderia ser alterada após cinco anos de sua promulgação.

As limitações circunstanciais, previstas no parágrafo 1º, do aludido artigo - intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio - impedem tanto a votação como a promulgação de Emendas Constitucionais em circunstâncias históricas excepcionais, em que a crise instaurada no país poderia constringer o Congresso Nacional, impedindo-lhe a manifestação livre e independente. Sendo assim, qualquer reforma empreendida nessas ocasiões será ilegítima.

As limitações formais ou processuais, responsáveis pela caracterização do Poder Reformador como um poder condicionado, dizem respeito às regras de forma estabelecidas, aos procedimentos especiais, distintos do processo de elaboração das leis, para a tramitação da modificação da Constituição. São elas: as relativas à legitimidade para a apresentação da proposta de Emenda à Constituição (art. 60, I, II e III); as relativas à deliberação para a aprovação da proposta (art. 60, parágrafo 2º); as relativas à promulgação da Emenda (art. 60, parágrafo 3º); as relativas à proibição de reapreciação da proposta rejeitada ou prejudicada (art. 60, parágrafo 5º).

As limitações materiais impedem a abolição de determinadas matérias ou conteúdos da Constituição, de modo a preservar-lhe a identidade e a unidade fundamental. São classificadas pela doutrina como limitações explícitas e implícitas.

As limitações materiais explícitas, denominadas como cláusulas pétreas, constituem o núcleo intangível da Constituição, nela previsto de forma expressa. No modelo constitucional brasileiro, estão elencadas no art. 60, parágrafo 4º, incisos I, II, III e IV, da Lei Fundamental, dentre as quais se insere o direito adquirido, pois se trata de um direito individual, cuja análise será feita em momento oportuno.

As limitações materiais implícitas são as que, a despeito de não estarem incluídas expressamente no dispositivo constitucional supracitado, também obstam a atuação do Poder Reformador, sendo, pois, imutáveis em virtude da relação sistemática que possuem com as cláusulas pétreas, vale dizer, decorrem lógica e axiologicamente da estrutura fundamental e imodificável da Lei Maior.

Em decorrência do condicionamento e das limitações previstas na Constituição ao Poder de Reforma, imperioso é concluir pela possibilidade existente da Emenda Constitucional incidir no vício de inconstitucionalidade.

2. DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AO DIREITO ADQUIRIDO

2.1 DIREITO ADQUIRIDO E A SEGURANÇA JURÍDICA

O Estado Democrático de Direito é caracterizado precipuamente pela submissão do poder estatal às normas jurídicas, o que resulta na observância de determinados valores como segurança e justiça, este último entendido como o tratamento isonômico que deve ser dispensado a todos perante a lei. Já a segurança, a seu turno, é proporcionada pela

previsibilidade das conseqüências atribuídas pelo ordenamento das condutas humanas, bem como dos fatos naturais, cujo assento constitucional encontra-se no art. 5º, *caput*, ao lado do direito à liberdade, ambos classificados como direitos fundamentais do cidadão.

Por certo, a necessidade de se atribuir estabilidade às relações jurídicas - atributo indispensável para que os indivíduos possam viver com paz e liberdade - está associada, inclusive, à dignidade da pessoa humana, além de fortalecer o próprio ordenamento, pois proporciona a confiabilidade do cidadão no Direito.

Baseada nessas premissas, estatuiu a Carta Política vigente determinadas garantias que encorpam o princípio da segurança jurídica, como é o caso do direito adquirido, previsto no art. 5º, inciso XXXVI, sendo este, vale ressaltar, integrante do núcleo constitucional intangível, elencado no art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Carta Magna, o que implica uma limitação à atuação do Poder Reformador.

Tal instituto jurídico preserva o ideal de segurança na medida em que salvaguarda os efeitos jurídicos das relações consolidadas sob o império de uma norma substituída ou modificada, independentemente se trata de preceito legal de direito público ou privado, e isso porque a Constituição não fazer qualquer distinção nesse sentido.

De igual modo, registre-se que não são poucas as normas constitucionais que podem, elas próprias, ensejar direitos adquiridos, a contrário do que se pretende em uma visão eminentemente privatística do Direito Intertemporal, pois como ensina o saudoso Caio Mário da Silva Pereira citado na obra do ministro Carlos Mário da Silva Velloso, se a Constituição consigna o princípio da não retroatividade, “seria uma contradição consigo mesma se assentasse para todo o ordenamento jurídico a idéia do respeito às situações jurídicas constituídas e, simultaneamente, atentasse contra este conceito.” VELLOSO, (1972, p. 179).

2.2 CONCEITO DE DIREITO ADQUIRIDO E DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

O conceito de direito adquirido, conquanto seja objeto de discussões na doutrina ao longo dos anos, possui definição na normatividade vigente, especificamente, no Decreto-lei 4.657/42 - Lei de Introdução ao Código Civil, *verbis*:

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

[...]

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

Da análise do dispositivo legal supratranscrito, infere-se que, para o legislador, direitos adquiridos são os passíveis de serem exercidos por seu titular, ou pelo representante deste, não obstante a inexistência, no presente, da norma que os instituiu.

No que concerne à evolução do aludido conceito no âmbito doutrinário, é válido trazer os ensinamentos do italiano Gabba, citados pelo jurista R. Limongi França, segundo o qual constitui adquirido o direito que resulta de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se viu realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo, bem como o direito que nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu. FRANÇA, (2000)

Da doutrina de Gabba, é importante destacar a natureza patrimonial que é conferida ao direito adquirido. Tal concepção indica, como esclarece o professor Elival da Silva Ramos, o vínculo acentuado e próximo dessa espécie de direito ao seu titular, o que o sobreleva em relação ao simples direito subjetivo, e isso porque nem mesmo os efeitos imediatos de um novo preceito jurídico podem impedir sua fruição. RAMOS, (2003)

Sobre esse aspecto, aduz o prof. Limongi França, que por patrimonialidade do direito adquirido deve ser entendido tanto o patrimônio material, como o moral, incluindo-se, nesse último, os atributos da personalidade e os direitos que lhe são conexos. FRANÇA, (2000)

No que diz respeito ao conteúdo patrimonial conferido ao direito adquirido, destaca-se, uma vez mais, que esse fato não exclui a possibilidade de sua aquisição em relações de direito público, como as que se estabelecem entre o servidor e a Administração. Mas, mesmo nesses casos, o direito qualificado como adquirido restringe-se tão-somente ao patrimônio do indivíduo, como adverte o jurista Hugo de Brito Machado. MACHADO, (1995)

Sendo assim, R. Limongi França conceitua direito adquirido como sendo 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”.FRANÇA, (2000, p. 216)

Com efeito, trata-se da permanência dos efeitos de uma lei já revogada sobre as consequências daquela mesma lei, ou dos fatos ocorridos ao tempo em que tal normatividade ainda era vigente, de forma que o direito surgiu desde então, vale dizer, já havia incorporado ao patrimônio de seu titular, embora ainda não tenha sido exercido, o que só ocorrerá após o advento da lei nova.

Outrossim, urge ressaltar que as razões pelas quais não se fez valer o direito ainda sob a égide da lei que o instituiu, desde que não configurem em óbices legais, são irrelevantes para a caracterização do mesmo como adquirido.

Aliás, como adverte Hugo de Brito Machado ao comentar sobre a Súmula 359 do STF - referente à aposentadoria voluntária, em que, segundo o entendimento pretoriano, seria imprescindível o requerimento da aposentadoria para a consolidação do direito -, "não se há de confundir aquisição do direito com o seu exercício." MACHADO, (1995, p. 20)

Dessa forma, o eminente autor demonstra que, preenchidos os requisitos para a aposentadoria, opera-se a aquisição do direito imediatamente, sendo, *ipso facto*, dispensável o requerimento para a aquisição daquele direito, não obstante ser necessário para o seu exercício.

Feitas tais considerações acerca do que seja o direito adquirido, faz-se mister a diferenciação desse instituto jurídico com os demais que lhe são relacionados, o que será realizado adiante.

Inicialmente, deve-se distinguir direito adquirido de expectativa de direito.

Conforme esclarece De Plácido e Silva, "Na expectativa ainda não há direito, nem mesmo futuro; há simples possibilidade de futura aquisição de direito." SILVA, (2002, p. 339).

Assim, difere do direito adquirido, pois este já cumpriu todos os requisitos legais para sua aquisição, faltando-lhe, tão-somente, o exercício. Na expectativa, o fato aquisitivo do direito está incompleto, razão pela qual não ser possível exigi-lo, posto que inexistente.

Tal distinção é importante, pois está intimamente relacionada ao consolidado entendimento pretoriano no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico.

Com efeito, se for verificado, no caso concreto, a presença de normas de direito objetivo apenas, sem que dessas tenham resultado fatos aquisitivos de direitos subjetivos, então a assertiva supracitada se impõe, pois as conseqüências das normas positivas abstratamente consideradas situam-se no plano das faculdades legais, ou das expectativas de direitos, sendo, portanto, estágios que antecedem à fase de aquisição plena do direito.

Por isso, quando o Poder Reformador implementa alterações nas regras da aposentadoria tornando-as mais rigorosas, por exemplo, não há que se cogitar, em regra, na ofensa aos direitos adquiridos, pois, repita-se, aquela garantia não é oponível em se tratando de permanência de normas positivas.

Porém, a situação será diversa para os segurados que já tenham preenchido todos os requisitos para a aposentação, uma vez que o fato aquisitivo do direito já se fez completamente, razão pela qual deverão ser mantidas as disposições até então vigentes em detrimento do preceito constitucional que protege os direitos adquiridos.

No que tange ao ato jurídico perfeito, previsto no art. 6º, parágrafo 1º, da LICC, que o conceitua como sendo aquele já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, este também se distingue do direito adquirido.

Embora o conceito legal de ato jurídico perfeito refira-se ao "já consumado", isso não equivale, como pode parecer a princípio, a uma situação consumada ou ao direito esgotado, consumado, e isso porque tais expressões possuem outros significados, específicos para o direito intertemporal.

Por direito consumado entende-se o direito subjetivo já exercido, relacionado às situações jurídicas cujos efeitos se esgotaram, completamente, no passado.

Destarte, quando a lei alude ao termo "já consumado" para definir o ato jurídico perfeito, deve-se compreender como aquele ato já aperfeiçoado, ainda que esteja sujeito a termo ou condição, e apto a produzir efeitos.

Sendo assim, para o ilustre José Afonso da Silva, "a diferença entre direito adquirido e ato jurídico perfeito está em que aquele emana diretamente da lei em favor de um titular, enquanto o segundo é negócio fundado na lei". SILVA, (1998, p. 125)

Para Celso Ribeiro Bastos, o ato jurídico perfeito se distingue do direito adquirido na medida em que está relacionado muito mais à forma do que ao conteúdo, diferentemente do segundo que, ao revés, diz respeito à substância, pois implica fazer valer um direito, cujo conteúdo já se encontra revogado pela lei nova. BASTOS, (1989)

No tocante à coisa julgada, também inserida na garantia constitucional prevista no art. 5º, XXXVI, da Lei Maior, bem como no art. 6º, parágrafo 3º, da LICC, tem-se que é a

situação, juridicamente imutável, criada por uma sentença contra a qual não caiba mais recurso.

A coisa julgada dirige-se contra a atuação direta do legislador, tanto na modalidade ordinária, como em se tratando do Poder Reformador, na medida em que a norma não poderá tornar ineficaz o instituto jurídico ora examinado.

Há que se ressaltar, porém, que o fato da lei instituir meios de rescindir a coisa julgada, como fez, por exemplo, no art. 485 do CPC - referente à ação rescisória -, não ofende a garantia constitucional em epígrafe, pois além dessa rescisão ocorrer em virtude de atividade jurisdicional, trata-se de modificação da sentença por outra ação, e não por recurso.

3. DIREITO ADQUIRIDO COMO LIMITADOR DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

3.1 DIREITO ADQUIRIDO E A NOVA ORDEM JURÍDICA

Conforme assinalado na seção antecedente, o direito adquirido é invocado por ocasião da extinção da norma que deu azo à sua aquisição, configurando, pois, na preservação dos efeitos de uma norma constitucional ou ordinária anteriormente vigente, sob a vigência da que lhe substituiu.

Dessa forma, será analisado no presente tópico a possibilidade, ou não, de serem oponíveis direitos adquiridos em face de Constituição recém editada, responsável pela revogação das normas hospedeiras daqueles mesmos direitos.

Como cediço, a Carta Magna é a norma responsável pelo fundamento da ordem jurídico-positiva de um Estado, sendo resultado da atuação do Poder Constituinte Originário que, *ipso facto*, distingue-se dos demais poderes a partir de sua obra instituídos.

Destarte, quando se alude à expressão nova ordem jurídica, estar-se-á referindo ao surgimento de uma nova Carta Política que substitua outra, dando margem, assim, à renovação das instituições básicas ou do ordenamento jurídico, ou seja, a discussão gira em torno da manifestação daquela vontade soberana por ocasião do hiato constitucional, fenômeno resultante da perda de eficácia da *Lex Mater*, o que traduz a ocorrência de um evento revolucionário.

Em razão dessas premissas, sedimentou-se há muito o entendimento de que o responsável pela elaboração da Lei Fundamental apresenta características peculiares, em relação ao direito positivo, tais como: é inicial, incondicional e ilimitado.

Assim, a Constituição é a linha de largada do Direito Positivo, e isso porque não tem qualquer compromisso com a ordem jurídica anterior.

Bem por isso, é pacífico tanto na doutrina, como na jurisprudência que, em regra, não pode haver nenhum direito oponível à Constituição.

O Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, porém, entende de maneira diversa.

Para o aludido constitucionalista, somente os direitos adquiridos por normas materialmente constitucionais é que não são oponíveis em face da novel Carta Magna que os tenha modificado; mas, em se tratando de direitos advindos de preceitos formalmente constitucionais, estes persistirão em regra, salvo disposição expressa em contrário.

FERREIRA FILHO, (1999)

E, para ilustrar o posicionamento supracitado, o ilustre jurista cita o exemplo, dentre outros, do art. 177, parágrafo 1º do texto constitucional promulgado em 1967, que estabelecia direito adquirido à aposentadoria em face de um determinado regime jurídico.

De toda sorte, como bem assevera Elival da Silva Ramos, se considerar que o princípio da irretroatividade constitui norma estrutural do ordenamento, este poderá incidir mesmo em relação à obra do constituinte originário. RAMOS, (2003)

Todavia, tal fato não impossibilita a retroatividade da norma constitucional originária, posto ser produto de um poder ilimitado e insubordinado juridicamente; mas, com a influência daquele preceito, não será presumível o caráter retroativo da normatividade constitucional e, em consequência, para eliminar direitos subjetivos pretéritos, adquiridos ou não, faz-se mister que a Constituição contenha disposição expressa que assim o determine.

No que tange ao modelo brasileiro, registre-se que a Carta Magna vigente ressaltou expressamente a inobservância aos direitos adquiridos com fulcro na Constituição anterior. Por derradeiro, da análise do art. 17 do ADCT, é possível vislumbrar a hipótese em tela, *verbis*:

Art. 17. 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.

3.2 DIREITO ADQUIRIDO COMO CLÁUSULA PÉTREA

Como esposado retro, a Constituição de 1988 é do tipo rígida. Exige, portanto, um procedimento especial e distinto para a adaptação de seu texto a fim de manter a ordem constitucional ileza, na medida em que procura evitar o descompasso entre a realidade jurídica e fática, sem olvidar, por outro lado, da preservação de um pacto social estável e permanente.

Para tanto, instituiu o constituinte um órgão responsável por essa tarefa, demarcando, outrossim, o seu âmbito de atuação.

Sendo assim, afora os limites formais já analisados anteriormente, estatuiu a normatividade vigente limitações materiais ao poder reformador. São as denominadas cláusulas pétreas, objeto da análise em epígrafe.

Inegavelmente, trata-se de um núcleo intangível à atuação do poder de reforma, uma vez que identifica, dentre os princípios constitucionais, aqueles essenciais ao sistema democrático, revelando, pois, a unidade fundamental ou a identidade da Lei Maior que, dessa forma, não poderia ficar à mercê da vontade de qualquer outro poder, exceto ao detentor da soberania - o poder constituinte originário.

Na CRFB/88, está elencado no parágrafo 4º, do art. 60.

Note-se, entretanto, como esclarece o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que esse núcleo que está fora do alcance do poder de reforma pode ser implícito ou explícito.

FERREIRA FILHO, (1995)

Não obstante tal constatação, o presente trabalho restringir-se-á a análise sobre as disposições petrificadas de forma expressa, e isso porque será focado o direito adquirido, previsto pela Magna Carta como um direito individual no Capítulo I, do Título II.

Com efeito, dispõe o parágrafo 4º, inciso IV, do art. 60, da CRFB/88:

Art. 60. [...]

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

[...]

VI - os direitos e garantias individuais.

Por certo, uma emenda constitucional que sequer tende a suprimir a cláusula protetiva ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada - seja retirando-a do texto, ou mesmo esvaziando seu alcance - estará, inequivocamente, comprometendo os princípios estruturais do Estado de Direito, tendo em vista o destaque conferido à segurança jurídica, cuja satisfação depende daquela garantia.

Ultrapassadas tais premissas, surge outra indagação, qual seja, se as emendas constitucionais deverão respeitar os direitos adquiridos ou se, ao revés, a normatividade

prevista no art. 5º, XXXVI, da CF, dirige-se apenas ao legislador ordinário, na medida em que contém o vocábulo "lei", e não emenda.

A toda evidência, antes do advento da atual Carta Política era pacífico, tanto na doutrina, como na jurisprudência, o entendimento segundo o qual não há direito adquirido em face de emendas constitucionais. Hodiernamente, porém, a matéria é objeto de divergências doutrinárias.

Para alguns - a exemplo de Daniel Sarmento, Hugo de Brito Machado, Celso Ribeiro Bastos, Carmem Lúcia Antunes Rocha, dentre outros -, aplica-se a interpretação literal do inciso XXXVI do art. 5º da Magna Carta.

Para tal corrente, é necessário afastar o primado da segurança jurídica a fim de privilegiar outros interesses igualmente constitucionais, especialmente os referentes à justiça social que estaria sendo prejudicado se não houvesse a mitigação daquele preceito.

Todavia, este trabalho adota a tese segundo a qual é vedado ao poder reformador suprimir direitos adquiridos, independentemente se tais efeitos jurídicos são provenientes de leis ordinárias ou de normas constitucionais.

Dentre os vários doutrinadores que comungam do acima esposado, podem-se citar os seguintes nomes: José Afonso da Silva, Ivo Dantas, Raul Machado Horta, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Elival da Silva Ramos, Uadi Lammêgo Bulos, etc.

Segundo os juristas Carlos Ayres Brito e Valmir Pontes Filho, se os direitos constitucionalmente conferidos não tivessem a cota de segurança que a própria Constituição emprestou aos direitos obtidos por lei, estaria a hierarquizar os direitos adquiridos em constitucionais e legais, para privilegiar estes últimos, de forma que “a Constituição estaria a se proclamar em lei menor, em tema de direitos adquiridos, reservando o designativo de lei maior para a lei ordinária ou complementar, em igual matéria.” BRITTO; PONTES FILHO, (1995, p. 77)

Para o Prof. Ivo Dantas, “ o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI) são imunes a toda e qualquer alteração constitucional, seja pela Emenda, seja pela Revisão Constitucionais(...)” DANTAS, (2004, p.62)

Consoante o magistério de Elival da Silva Ramos, se for atribuir às emendas a faculdade de desconstituírem direitos já integrantes no patrimônio jurídico do cidadão, estar-se-á tornando em letra morta a garantia constitucional, suprimindo-a de forma indireta, o que configuraria em fraude à Lei Maior. RAMOS, (2003)

CONCLUSÃO

O princípio da segurança jurídica constitui uma das vigas-mestras do Estado Democrático de Direito, e isso porque proporciona a confiabilidade do cidadão na realização daquilo que a norma lhe atribui como de direito, o que lhe permite planejar a vida com liberdade, certo de que as legítimas decisões de hoje corresponderão às exatas conseqüências previstas pelo ordenamento.

Com efeito, se assim não fosse, a própria democracia estaria em risco, pois o Poder Público poderia, mediante a retroatividade das normas, desfazer as relações jurídicas legitimamente consolidadas, proporcionando, destarte, a sujeição do indivíduo ao arbítrio estatal.

Por certo, a inviolabilidade do passado corresponde a uma aspiração humana, pois para o tempo que já se foi não há mais incertezas. A instabilidade, ao revés, tem por fim o caos, finalidade diametralmente oposta ao direito, que busca a paz social.

Dessa forma, pode-se afirmar que o instituto jurídico em epígrafe relaciona-se, também, com a idéia de dignidade da pessoa humana, segundo a qual no epicentro do constitucionalismo pátrio encontra-se a pessoa.

Assim, e como o direito adquirido caracteriza-se como garantia da segurança jurídica, infere-se que ele deverá ser preservado pelo poder reformador, até porque constitui cláusula pétrea, a teor do artigo 60, parágrafo 4 da CRFB/88.

REFERÊNCIAS:

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*, v.2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRITTO, Carlos Ayres; FILHO, Valmir Pontes. *Direito Adquirido Contra as Emendas Constitucionais*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. out./dez 1995.

DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e o Controle de sua Constitucionalidade*. 3ed. totalmente rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Direito Adquirido, Emenda Constitucional e Controle de Constitucionalidade. A Intangibilidade do Direito Adquirido face às Emendas Constitucionais*. Revista da Procuradoria Geral da República, nº 9, jul./dez. RT, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *O Poder Constituinte*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Significado e Alcance das Cláusulas Pétreas*. In *Revista de Direito Administrativo* - out./dez, 1995.

FRANÇA, R. Limongi. *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*. 6 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. *Direito Adquirido e Coisa Julgada como Garantias Constitucionais*, v.714. RT, abril de 1995.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1997. T.1

RAMOS, Elival da Silva. *A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Reforma Constitucional e Direito Adquirido*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, jul./set., 1998.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Funcionário Público - Aposentadoria - Direito Adquirido*. *Revista de Direito Público*, v. 21. jul./set., 1972.