

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

**BFD**

**O DIREITO ADQUIRIDO FACE ÀS EMENDAS  
CONSTITUCIONAIS**

Renata Gomes Nogueira Rocha  
0143227

213329

342.81

- x Direitos adquiridos.
- x Direito constitucional -  
monol
- x Poder constituinte - B2

280

inc. 131640  
M 342.81  
R 672d  
R 14064675

Fortaleza - Ceará  
Julho-2006

RENATA GOMES NOGUEIRA ROCHA

## O DIREITO ADQUIRIDO FACE ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação de conteúdo do professor Marcos José Nogueira de Souza Filho, e orientação metodológica do professor Flávio José Moreira Gonçalves.

Fortaleza-Ceará  
2006

RENATA GOMES NOGUEIRA ROCHA

DEDICATÓRIA

## O DIREITO ADQUIRIDO FACE ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Monografia submetida à Coordenação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 20 / 07 / 2006

BANCA EXAMINADORA

**Professor Marcos José Nogueira de Souza Filho (Orientador)**  
Universidade Federal do Ceará

**Professor Danilo Santos Ferraz**  
Universidade Federal do Ceará

**Maria Emanuele Alves Pinheiro, Bel.**  
Analista do Tribunal de Justiça

## DEDICATÓRIA

- A Deus, que me deu a vida e me fez chegar até aqui, e que sempre estará comigo em todos os meus projetos.
- A minha mãe, professora, pela força e pelo exemplo que me deu ao longo da minha vida, e que sempre estará comigo em todos os meus projetos.
- A minha irmã, professora, pela amizade incondicional e pelo apoio que me deu ao longo da minha vida, e que sempre estará comigo em todos os meus projetos.
- Ao Artur, por todos os sábios conselhos e pela sempre presente companhia.
- Ao Professor Artur, por ter aceitado ser o meu orientador e por ter me dado o exemplo.
- Ao Professor Danilo e à Maria Emanuel, que aceitaram participar da minha banca examinadora.

*“A todos que acreditam nos valores da  
democracia e da justiça”*

## AGRADECIMENTOS

“A Deus, que com toda sua infinitude, sempre me deu todas as condições necessárias à realização dos meus projetos.”

“À minha família, pelo carinho, pela força e pelo incentivo neste momento tão importante e especial da minha vida; e especialmente à minha mãe, por me ajudar em cada passo da minha trajetória pessoal e profissional.”

“À minha irmã Roberta, pela amizade incondicional e pelos momentos de força e alegria que me proporcionou nessa reta final de confecção da monografia.”

“Ao Arilo, por todos os valorosos conselhos e pela sempre agradável companhia.”

“Aos meus amigos, que contribuem sempre no meu desenvolvimento pessoal e profissional.”

“Ao Professor Marcos, por ter aceitado ser o meu orientador, agradeço a atenção e o carinho.”

“Ao Professor Danilo e à Maria Emanuele, que aceitaram prontamente participar da minha banca examinadora”.

## EPÍGRAFE

*“A riqueza de uma nação se mede pela riqueza do povo e não pela riqueza dos príncipes.” (Adam Smith).*

## RESUMO

A importância da pesquisa sobre o tema “O direito adquirido face às Emendas Constitucionais” está em defender o princípio da segurança jurídica no ordenamento pátrio. Este trabalho científico apresenta o conceito de Poder Constituinte, enumerando seus principais aspectos. Conceitua direito adquirido, diferenciando este do direito subjetivo e da expectativa de direito. Esclarece o significado do vocábulo “Lei” no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal e discorre sobre a polêmica existente em torno dele. Analisa as diferenças entre garantias e direitos; avalia os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência quanto à prevalência do direito adquirido ante as normas constitucionais provenientes de emenda. Faz uma breve exposição dos princípios relevantes para a compreensão da matéria. Examina questões de ordem prática e critica a “facilidade” com que as Emendas são aprovadas (inobstante a existência de um processo legislativo mais dificultoso) em razão dos interesses dos governantes, que procuram moldar a Constituição de acordo com os seus planos de administração.

Palavras-chave: Poder Constituinte. Direito Adquirido. Emendas Constitucionais. Princípio da segurança jurídica.

## ABSTRACT

The importance of the research on the subject "the acquired right face to the Emendations Constitutional" is in defending the principle of the legal security in the native order. This scientific work presents the concept of Being able Constituent, enumerating its main aspects. It appraises acquired right, differentiating this of the subjective right and the expecting right. Law in interpolated proposition XXXVI of the article clarifies the meaning of term 5° of the Federal Constitution and discourses on the existing controversy around it. It analyzes the differences between guarantees and rights; it evaluates the positionings of the doctrine and the jurisprudence how much to the prevalence of the right acquired before the constitutional rules proceeding from emendation. It makes one brief exposition of the excellent principles for the understanding of the substance. It examines questions of practical order and it criticizes the "easiness" with that the Emendations are approved (inobstante the existence of a legislative process) in reason of the interests of the governing, that they look to mold the Constitution in accordance with its plans of administration.

Word-key: To be able Constituent. Acquired right. Emendations Constitutional. Principle of the legal security.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. REFERENCIAL TEÓRICO ACERCA DO PODER CONSTITUINTE.....	11
1.1 Supremacia e rigidez da Constituição Federal.....	11
1.2 Titularidade do poder constituinte.....	17
1.3. Espécies de Poder de Reforma.....	20
1.3.1.Limitações ao Poder de Reforma.....	21
2 DIREITO ADQUIRIDO .....	26
2.1 Diferenças entre direito adquirido, direito subjetivo e expectativa de direito.	31
2.2 O significado do vocábulo <i>Lei</i> na Constituição Federal de 1988.....	33
2.3 A prevalência do direito adquirido face às normas constitucionais.....	34
2.4 Diferenças entre direitos e garantias.....	37
2.5 Classificação dos direitos e garantias.....	38
2.6 Leis de Ordem Pública e a Questão do Interesse Coletivo.....	40
3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ATINENTES AO DIREITO ADQUIRIDO.....	42
3.1Princípio da Separação dos Poderes.....	42
3.2 Princípio da Segurança Jurídica.....	42
3.3 Princípio da Unidade da Constituição.....	43
3.4 Princípio da Irretroatividade e o da Juridicidade.....	43
3.5 Princípio da Supremacia do Interesse Público.....	44
4. ASPECTOS PRÁTICOS EM RELAÇÃO AO DIREITO ADQUIRIDO.....	46
4.1 Reforma da Previdência.....	46
4.2 Tributos.....	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
REFERÊNCIAS.....	53

## INTRODUÇÃO

Esta monografia versa sobre O direito adquirido face às Emendas Constitucionais; estando aí inseridos diversos aspectos relevantes para o estudo deste tema, tais como: a supremacia e a rigidez da Constituição Federal; o Poder Constituinte e o Poder de Reforma; os limites ao Poder de Reforma; o instituto do direito adquirido; as diferenças entre direitos e garantias; a posição da doutrina e da jurisprudência acerca da prevalência do direito adquirido ante as normas constitucionais provenientes de emenda; uma análise principiológica da Constituição. Enfim, são inúmeros os desdobramentos referentes à questão que ora se analisa.

A importância deste estudo é demonstrar o respeito que as Emendas devem aos direitos adquiridos, bem como ao postulado da segurança jurídica, para que esta não seja comprometida.

Quanto à estabilidade, a Constituição de 1988 apresenta-se como rígida, haja vista a existência de um processo legislativo mais solene e dificultoso para a edição de emendas do que o existente para a edição das demais espécies normativas.

Verifica-se, inobstante, na realidade brasileira, um número exacerbado de Emendas, que acabam enfraquecendo e fragilizando o Texto Constitucional, por comprometer inteiramente sua rigidez e sua estabilidade.

Este trabalho tem o escopo de criticar os desmandos verificados nas esferas da Administração e o objetivo dos governantes em tentar amoldar a Constituição conforme seus planos de governo, atingindo, inúmeras vezes, direitos constitucionalmente consagrados, estando o direito adquirido aí inserido.

E é sobre o tênue liame jurídico do (des) respeito aos direitos acima mencionados que tratará este trabalho científico.

# 1.REFERENCIAL TEÓRICO ACERCA DO PODER CONSTITUINTE

Para dar início ao presente trabalho científico, que versa sobre o direito adquirido ante as Emendas Constitucionais, urge tecer algumas explicações acerca de matérias que permeiam o estudo. Um dos pontos mais relevantes é a questão do Poder Constituinte.

## 1.1 Supremacia e rigidez da Constituição Federal

A Constituição é a Lei fundamental e suprema de um Estado, e está situada no vértice da pirâmide jurídica, sendo a fonte primária de todos os direitos, deveres e garantias, porquanto confere o fundamento de validade das demais normas, quer sejam leis, quer sejam atos normativos, no sistema de normas que compõe o ordenamento jurídico nacional. Há uma hierarquia entre as normas constitucionais e as normas infraconstitucionais, visto que as últimas vão buscar seu fundamento de validade nas primeiras.

Na pirâmide idealizada por Hans Kelsen, as normas constitucionais, quais sejam as pertencentes ao texto constitucional originário e as emendas à Constituição, situam-se no topo. Entretanto, há uma sutil diferença entre os aludidos tipos normativos, que é demonstrada adiante.

Em seu voto, como Relator, na ADIn nº. 466, o Ministro Celso de Mello, assim deixou consignado:

"Emendas à Constituição - que não são normas constitucionais originárias - podem, assim, incidir, elas próprias, no vício da inconstitucionalidade, configurado pela inobservância de limitações jurídicas superiormente estabelecidas no texto constitucional por deliberação do órgão exercente das funções constituintes primárias ou originárias".

Celso Bastos, ao tratar das espécies normativas a serem elaboradas de acordo com a previsibilidade constitucional, assim se manifestou:

"Não existe hierarquia entre as espécies normativas elencadas no art. 59 da Constituição Federal. Com exceção das Emendas, todas as demais espécies se situam no mesmo plano."

As normas infraconstitucionais, por seu turno, encontram-se na escala inferior da pirâmide. É imperioso destacar que o Supremo Tribunal Federal entende que entre elas não há hierarquia. Só há primazia entre as normas infraconstitucionais e as constitucionais. Exemplos de normas infraconstitucionais: leis (complementares, ordinárias, delegadas) e atos com força de lei (medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções).

Zeno Velloso, acerca dessa matéria, pontua:

"As normas constitucionais são dotadas de cetro, supremacia em relação às demais leis e atos normativos que integram o ordenamento jurídico estatal. Todas as normas devem se adequar, têm de ser pertinentes, precisam se conformar com a Constituição, que é o parâmetro, o valor supremo, o nível mais elevado do direito positivo, a *lex legum* (a Lei das Leis)."<sup>1</sup>

Essa supremacia é decorrente da rigidez constitucional, ou seja, da previsão de um procedimento especial de reforma e de um controle jurisdicional das leis.

É relevante registrar que a nossa Carta Magna apresenta-se como rígida na classificação quanto à estabilidade, uma vez que ela só pode ser alterada através de um procedimento especial, dificultado e solene, distinto do que é estabelecido para a elaboração das leis ordinárias.

Há que se ponderar, entretanto, que uma Constituição rígida traz ínsita em si uma presunção de estabilidade e permanência. Todavia, isto não quer dizer que ela deva ser imutável, estática, situando-se a par da realidade, sem acompanhar o progresso do mundo e os novos anseios da sociedade a que ela se dirige.

---

<sup>1</sup> VELLOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

A respeito deste assunto, J.J.Canotilho e Vital Moreira explanam:

“A força normativa da Constituição não é incompatível com a sua historicidade e mutabilidade. A sua rigidificação total, bem como a sua impassibilidade perante as transformações sociais, poderia significar a morte da própria Constituição.”<sup>2</sup>

É oportuno frisar que, numa mesma Constituição, há graus diferenciados de rigidez. É de se notar que alguns temas integram o que se chama núcleo imodificável, a base de sustentação da Constituição, como, no caso do Brasil, o art. 60, §4º, da Carta Magna. Portanto, os direitos e garantias individuais elencados no referido artigo não podem ser abolidos através de Emenda, tornando-se evidente a impossibilidade de o Poder de Reforma violar tal preceito, por consistir em cláusula pétrea.

As chamadas Emendas Constitucionais são oriundas do Poder Constituinte Derivado ou Poder Reformador, e estão sujeitas a controle de constitucionalidade.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXVI, assegura que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A finalidade dessas garantias constitucionais é impedir a retroatividade das leis, para que uma situação jurídica consolidada não seja alcançada por efeitos lesivos que delas decorram. Há uma clara preocupação com a segurança jurídica, que é um dos princípios basilares que norteiam o ordenamento jurídico ora vigente.

Há de se ressaltar que um direito adquirido constitucionalmente, emanado, pois, do Poder Constituinte originário, deve ser respeitado pela reforma constitucional, haja vista ser esta limitada, explícita e implicitamente, pela Constituição, como será oportunamente demonstrado.

No que tange ao Poder Constituinte, este pode ser definido como o poder de elaborar uma Constituição e nela estabelecer mecanismos de preservação. Os

---

<sup>2</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: 1991.

primeiros escritos desta matéria foram anteriores à deflagração da Revolução Francesa. O abade Emmanuel Sieyès foi quem introduziu as lições iniciais a respeito da teoria que se formava, por meio do panfleto *Qu'est-ce que le tiers état?*. Entretanto, conforme adverte o ilustre Paulo Bonavides: "*Cumprido, todavia não confundir o Poder Constituinte com a sua teoria.*"<sup>3</sup>

O primeiro sempre existiu em toda a sociedade política, sendo certo que a teorização com fito de legitimá-lo ocorreu, tão-somente, no final do século XVIII, com o advento do Estado Liberal (vitórias das revoluções burguesas e fim do Absolutismo), mais precisamente a partir do livro panfletário acima mencionado sobre o *Terceiro Estado*. É pertinente assinalar que essa teorização ocorreu juntamente com o aparecimento das primeiras constituições escritas.

A doutrina clássica de Sieyès estabelece que o Poder Constituinte pode ser originário ou primário e instituído ou derivado. O primeiro é inicial, incondicionado, autônomo e juridicamente ilimitado. Inicial em virtude de que não existe, antes dele, nem de fato nem de direito, qualquer outro poder. Incondicionado por não ser submisso a qualquer regra. Finalmente, é autônomo em razão de competir, tão-somente a ele, a decisão da necessidade, do modo e de quando elaborar uma Constituição e outorgá-la à Nação.

A título de elucidação, deve-se pontuar que, no atinente à ilimitação jurídica conferida ao poder constituinte originário, há, marcadamente, uma conotação positivista, consoante ensinamento trazido pelo mestre Pinto Ferreira:

"Ele não se acha submetido a nenhum preceito anterior do direito positivo, autolimitando a sua própria vontade ao estabelecer as normas reguladoras da atividade estatal."<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª edição. Malheiros, 2004.

<sup>4</sup> FERREIRA, Luis Pinto. *Princípios Gerais do direito constitucional moderno*. 6ª edição São Paulo: Saraiva, 1983.

Sob a ótica jusnaturalista, o aludido mestre ressalta que o poder constituinte originário estaria jungido às exigências do bem comum, à pressão social do grupo, aos valores jurídicos ideais ou mesmo à opinião pública que o concebeu. A Democracia, por exemplo, é um princípio político que precede a instituição de uma nova ordem constitucional, e que, em nenhuma hipótese, deve ser preterido, por consistir no alicerce do exercício do poder constituinte. Na doutrina portuguesa, o notável Jorge Miranda assevera com brilhantismo:

“O poder constituinte é, logicamente, anterior e superior aos poderes ditos constituídos- na tricotomia clássica, o legislativo, o executivo e o judicial.(...). Daqui não decorre, porém, que o poder constituinte equivalha a poder soberano absoluto e que signifique capacidade de emprestar à Constituição todo e qualquer conteúdo, sem atender a quaisquer princípios, valores e condições. Não é poder soberano absoluto- tal como o povo não dispõe de um poder absoluto sobre a Constituição-e isso tanto à luz de uma visão jusnaturalista ou na perspectiva do Estado de Direito como na perspectiva da localização histórica concreta em que se tem de pronunciar o órgão nele investido.O poder constituinte está sujeito a limites.”<sup>5</sup>

Ora, pode-se dizer, sem receio de incidir em erro, embasado no que foi acima exposto, que o poder constituinte originário sofre limitações de ordem cultural, social, econômica, política e histórica.

O princípio da separação dos poderes - com fulcro constitucional no art. 60, §4º, III - e que, representa também uma cláusula pétrea, não podendo, destarte, sofrer quaisquer ingerências do Poder de Reforma – está estritamente correlacionado com o Poder Constituinte, vez que este representa um poder supremo e inicial, que estabelece as bases e as estruturas de um novo Estado. Conclui-se então que, para se efetivar a divisão e a repartição de competências das novas funções estatais, há necessidade de um poder maior e, sobretudo, anterior aos que estão sendo formados, uma vez que é exatamente esse Poder Constituinte que dá origem a toda a estrutura governamental.

---

<sup>5</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

No que tange aos poderes constituídos, pode-se afirmar que estes sofrem limitações jurídicas, vez que são restritos e condicionados, de modo que as atribuições e organizações pertinentes aos mesmos são estabelecidas conforme o texto constitucional. A inobservância desses limites macula uma norma com o vício da inconstitucionalidade. No Brasil, o poder de reforma constitucional foi outorgado ao Congresso Nacional.

É corrente a divisão de Poder Constituinte em originário e derivado. Entretanto, esses poderes são fundamentalmente diversos. Percebe-se que há, portanto, uma impropriedade técnica ao denominar o Poder de Reforma como um “Poder Constituinte” Derivado, vez que as características inerentes ao Poder Constituinte propriamente dito não se encontram presentes no exercício de reforma de uma Constituição.

J.J.Gomes Canotilho manifesta o seguinte entendimento:

“o poder de revisão constitucional é, conseqüentemente, um poder constituído tal como o poder legislativo”<sup>6</sup>.

Em Ivo Dantas, a linha de raciocínio é semelhante:

“...confundem-se os conceitos de Poder Constituinte e de Poder de Reforma, este último, às vezes, impropriamente denominado de Poder Constituinte Derivado e contraposto ao Poder Constituinte Originário.”<sup>7</sup>

É de se notar que o Poder de Reforma está condicionado aos balizamentos jurídicos previamente estabelecidos constitucionalmente, o que justifica o controle de constitucionalidade que pode ser exercido sobre ele. É oportuno frisar que o Poder de Reforma só existe conforme estabelece a Constituição, que não o limita, mas o cria com determinada extensão. Sob este prisma, melhor do que falar em “limites” é

---

<sup>6</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

<sup>7</sup> DANTAS, Ivo. **Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen, 1997.

falar em requisitos ou condições de exercício de um poder que é congenitamente limitado.

## 1.2 Titularidade do poder constituinte

Quanto à titularidade do Poder Constituinte, pode-se dizer que varia de acordo com a ideologia dominante em cada época e com o regime de governo adotado. Para os países adeptos do regime autocrático, o titular será uma minoria (um monarca, p.ex). Em sentido inverso, o Poder Constituinte pertencerá ao povo onde o regime democrático é adotado.

No Brasil, que já vivenciou os dois tipos de regime, a titularidade do poder pertence ao povo, tendo sido exercido, durante a elaboração da Constituição Federal de 1988, através de uma Assembléia Constituinte. Deveras, esse ente coletivo é o instrumento através do qual se materializa o Poder Constituinte, sendo os seus membros normalmente escolhidos pelo povo.

A respeito do assunto, é oportuno transcrever ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“Tal agente, exatamente por não ser o titular do Poder, edita uma obra que vale como Constituição na medida em que conta com a aceitação do titular. Esta aceitação é presumida sempre que o agente é designado pelo titular para estabelecer a Constituição, como ocorre quando uma Assembléia Constituinte é eleita. Ou é aferida posteriormente, seja expressamente quando a Constituição é sujeita à manifestação direta do povo (*referendum*) ou tacitamente quando posta em prática vem a ganhar eficácia”<sup>8</sup>.

Quanto à titularidade do Poder Constituinte, é oportuna a diferenciação que se faz entre o titular deste e entre o titular do Poder de Reforma. Frise-se que a maciça maioria da doutrina afirma ser o povo o titular dos dois poderes. Realmente, numa acepção ampla, poder-se-ia asseverar que o povo é o titular de ambos os

---

<sup>8</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993

Poderes. Contudo, numa análise mais específica, assegura-se que a titularidade do poder originário incumbe ao povo-nação, na medida em que ao povo-população pertence o poder reformador. Frise-se que isso é observado sob uma óptica democrática.

Povo-nação é o povo analisado como uma unidade política soberana. No que atine ao povo-população, este é composto por um conjunto de indivíduos (individualmente considerados) que habitam um território em certo momento. Maurício Antônio Ribeiro Lopes aduz com propriedade acerca do povo-nação:

"[...] Designa o povo como unidade política com capacidade de realizar e com a consciência de sua singularidade política e vontade de existência política: por outro lado, o povo, enquanto não existir como nação, não passará de mera associação de homens unidos com alguma forma de coincidência étnica ou cultural, mas não necessariamente política."<sup>9</sup>

Portanto, a partir dos conhecimentos elementares da Ciência Política, é sabido que os elementos que compõe um Estado são: o povo, o território e a soberania. A noção de povo tem de estar correlacionada à soberania para que se possa conceber a idéia da instituição de um Poder Constituinte, haja vista a imprescindibilidade de unidade do povo, ou seja, de uma objetividade que o transforme em nação. E esta transformação ocorre tão-somente quando do surgimento da soberania.

Acaso restasse alguma dúvida acerca da relevância deste tema, revelar-se-ia de fácil deslinde a solução deste problema. Se não houvesse uma diferenciação da palavra *povo*, e se tomasse este como titular tanto do poder de reforma como do poder constituinte, haveria plausibilidade em se pretender que um direito adquirido sucumbisse a uma Emenda, por exemplo. Ora, acaso fosse o mesmo povo criador e reformador, o raciocínio lógico seria: quem pode mais, pode menos! Então, se ao

---

<sup>9</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Poder Constituinte Reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

povo, indistintamente, fosse conferido os dois poderes, ele poderia reformar o que bem entendesse, uma vez que foi o criador de tudo.

Canotilho<sup>10</sup> incrementa o raciocínio acerca do Poder Constituinte quando fala da superação do paradoxo da democracia. Segundo esse autor, tal paradoxo residiria no questionamento acerca das limitações impostas (cláusulas pétreas) às sociedades vindouras pelo Poder Constituinte, que estaria, portanto, eivado de um caráter antidemocrático.

A resposta a essa indagação é negativa, na medida em que se reconhece que a elaboração da Constituição é obra do povo-nação, que incorpora os valores consagrados durante várias gerações e que tem interesses maiores e mais estáveis, revelando aí o caráter intertemporal desse poder originário.

É de bom alvitre salientar que, no Brasil, o Poder de Reforma é exercido através do Congresso Nacional.

“Controle jurisdicional do processo parlamentar de reforma constitucional e de elaboração das leis. Legitimidade ativa dos membros do poder legislativo. A questão das limitações jurídicas ao poder de reforma constitucional outorgado ao Congresso Nacional. (...) 'O processo parlamentar de reforma constitucional, embora passível de controle jurisdicional, há de considerar, unicamente, para efeito de aferição de sua compatibilidade com preceitos revestidos de maior grau de positividade jurídica, as normas de parâmetro que definem, em caráter subordinante, as limitações formais, as limitações circunstanciais e, em especial, as limitações materiais, cuja eficácia restritiva condiciona o exercício, pelo Congresso Nacional, de seu poder reformador.’” (MS 24.465, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15/09/03)

Entretanto, não se pode olvidar que, muitas vezes, tal poder conferido a esses representantes do povo é usurpado por eles, que se beneficiam da máquina governamental para obter êxito em seus projetos e ambições pessoais.

É interessante perceber que o tema da presente monografia está estritamente correlacionado com uma problemática latente no Brasil, que é a corrupção e o uso

<sup>10</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra, 1991.

da máquina pública com fins de satisfação de interesses individuais. Muitas vezes, as decisões tomadas no âmbito do Judiciário atendem aos interesses dos mais poderosos, de uma minoria que detém o poderio econômico, o que, indubitavelmente, culmina no questionamento acerca da legitimidade desses Poderes. Isso representa uma ameaça ao postulado da segurança jurídica que norteia o ordenamento jurídico pátrio.

### 1.3 Espécies de Poder de Reforma

No ordenamento jurídico pátrio, dá-se o nome de Reforma Constitucional à possibilidade de se proceder a uma modificação na Carta Política. Essa Reforma reparte-se em duas fases distintas, quais sejam:

a) A da revisão propriamente dita, já concluída, de acordo com o art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, consignado na Constituição de 1988:

*“A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sentido unicameral.”*

Por conseguinte, a revisão já ocorreu, inclusive com resultados decepcionantes, vez que, tendo sido mal empreendida, apresentou apenas seis modificações no texto constitucional, esgotando-se a eficácia do art. 3º do ADCT. Esse tipo de reforma constitucional, por meio de revisão, tem o objetivo de promover uma atualização do texto constitucional. Porém, não será mais possível de ser realizada no Brasil. Destarte, a Carta Magna só poderá ser alterada pelo processo adiante realçado:

b) O processo de Emenda, que vem previsto no art. 59 e regulado no art. 60 da Constituição.

**“Art. 59:** O processo legislativo compreende a elaboração de:  
I) emendas à Constituição”.(...)

**“Art. 60:** A Constituição só 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.

Existem três formatos de Emendas: aditivas, supressivas e substitutivas. A nossa Constituição só admite as do tipo aditivas, ou seja, a que favoreça o indivíduo, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, esposado a seguir:

“O princípio insculpido no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição (**garantia do direito adquirido**) não impede a edição, pelo Estado, de norma retroativa (lei ou decreto) em benefício do particular.” (RE 184.099, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 18/04/97)

Impende fazer aqui um detalhamento deste processo, visto que, até o presente momento, já foram promulgadas 52 (cinquenta e duas) Emendas, o que representa um risco à segurança jurídica, por se verificar que não são raras as vezes em que os direitos e garantias fundamentais (onde estão inseridos os direitos individuais, tal como o direito adquirido) sucumbem a um tratamento de menosprezo e negligência por parte das autoridades governantes.

### 1.3.1. Limitações ao Poder de Reforma

Na Constituição Federal de 1988, há quatro espécies de limitações à alteração do texto constitucional. São elas: formais, materiais, circunstanciais e temporais. No Brasil, não existem limitações temporais, que se caracterizam por estabelecer um prazo de carência no qual a Constituição não pode ser emendada.

As limitações formais são atinentes às solenidades e aos requisitos formais que devem ser verificados para que uma proposta de emenda siga sem vicissitudes. Caso haja inobservância dessas limitações, a emenda padecerá de inconstitucionalidade formal. São exemplos dessas limitações os incisos I, II e III do art. 60, bem como os parágrafos 2º, 3º e 5º do mesmo artigo, adiante esposados.

É interessante assinalar que, por ocasião da iniciativa congressional, é necessário que apenas que um terço, no mínimo, de Deputados ou um terço, no mínimo, de Senadores subscrevam o projeto. Verifica-se, deste modo, que não se exige a assinatura de um terço da Câmara dos Deputados acrescido a um terço do Senado Federal. Em regra, uma proposta de emenda começa a tramitar na Câmara dos Deputados. A ordem só se inverte quando o Senado Federal propõe a emenda.

Após um exame de admissibilidade, 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 (art.60, §2º). Isso significa que o projeto de emenda somente será aprovado se, em cada turno, alcançar, no mínimo, o *quorum* exigido constitucionalmente. A emenda é a única espécie normativa que só é aprovada em dois turnos.

No que atine à promulgação de uma emenda, dar-se-á pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. (art. 60, §3º).

O art. 60, §5º, estabelece que a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa, que, por seu turno, corresponde a um ano. Impende esclarecer que proposta rejeitada é aquela que alcançou um número maior de votos contrários do que de votos favoráveis, e proposta prejudicada é a que não obteve o *quorum* mínimo para aprovação, qual seja de três quintos.

Na Carta Política, há limites circunstanciais, ou seja, ocasiões excepcionais em que fica obstado o processo de emenda. Verifica-se esse fenômeno na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (art. 60, §1º). Esses

limites são postos com vistas a proteger a sociedade em situações em que os direitos consagrados poderiam ser restringidos.

Com o escopo de se proceder a um exame mais minucioso do objeto do presente estudo, é que se passa a analisar o art. 60, §4º, da Constituição de 1988, onde estão elencadas as tão famosas cláusulas pétreas (que consistem nos limites materiais expressos ao processo de reforma constitucional), nas quais se inclui o direito adquirido, na condição de garantia individual. Essas limitações são denominadas de materiais, podendo ser expressas ou implícitas.

Consoante o núcleo inalterável, não poderá ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e, finalmente, os direitos e garantias individuais. Estes, por seu turno, representam o caráter democrático da atual Carta Política, vez que protegem o indivíduo contra o arbítrio do poder estatal. Registre-se que estas são as limitações materiais expressas.

Essa vedação abrange toda e qualquer tentativa propensa a modificar, alterar ou restringir quaisquer elementos constantes dessas cláusulas.

As limitações implícitas, mencionadas alhures, são normas de conteúdo principiológico. A respeito deste assunto, Nelson de Souza Sampaio<sup>11</sup> destaca três limitações tácitas, quais sejam: (1) *“as concernentes ao titular do poder constituinte”*, vez que não se pode consentir que um processo de reforma altere a titularidade do poder que institui o próprio poder reformador. (2) *“as referentes ao titular do poder reformador”*, haja vista ser um disparate a possibilidade de transferência dessa titularidade. (3) *“as relativas ao processo da própria emenda”*, uma vez que seria

---

<sup>11</sup> SAMPAIO, Néilson de Souza. **O poder de reforma constitucional**. Salvador: Progresso, 1954.

bem aceita uma proposta que visasse dificultar seu processo. Do contrário, qualquer tentativa que vise abrandar o mesmo seria inteiramente rechaçada.

O objeto da presente monografia é, especificamente, o respeito que as Emendas Constitucionais devem ao direito adquirido, haja vista que qualquer desrespeito implica a mácula destas com o vício da inconstitucionalidade.

Acerca dos limites materiais à Constituição, mais precisamente, do necessário acatamento que o poder de reforma deve ao direito adquirido, verifica-se que as opiniões doutrinárias são divergentes, e as orientações adotadas pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, têm sido, por vezes, desfavoráveis à garantia do direito adquirido.

É mister salientar a lição do magistério de Alexandre de Moraes, que assegura ser:

“implicitamente irreformável a norma constitucional que prevê as limitações expressas(CF, art..60), pois, se diferente fosse, a proibição expressa poderia desaparecer, para só, posteriormente, desaparecer, por exemplo, as cláusulas pétreas.”<sup>12</sup>

Essa linha de raciocínio é a adotada nesta monografia. Por outro lado, pode-se citar o nobre jurista Jorge Miranda<sup>13</sup>, defensor da idéia de uma dupla revisão, que consiste na possibilidade de o legislador alterar (eliminar), *a priori*, a vedação existente em relação à modificação das cláusulas pétreas, para, só em seguida, proceder à alteração das referidas cláusulas; estas, já sem o caráter pétreo. Conforme o autor, não se pode, contudo, desviar dos princípios que regem e que proporcionam a unidade do ordenamento jurídico.

Com a devida vênia a esse grande mestre e jurista, esse entendimento é um claro equívoco, pelo menos na realidade brasileira, uma vez que se isso fosse

---

<sup>12</sup> MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. Atlas; 2000

<sup>13</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

admitido, a rigidez constitucional e a conseqüente segurança jurídica do ordenamento seriam inteiramente abaladas. Seguem, adiante, explicações acerca do instituto direito adquirido.

### Umungi França escreveu que o direito adquirido:

É a conseqüência de uma lei por ela criada ou por alteração de lei, que sobrevém depois de criada, e que não pode ser destruída.

### Adverte-se que há exceção de direito adquirido em matéria de:

1. Direito de propriedade: quando a lei altera a natureza da coisa, o direito adquirido não se aplica. Exemplo: a desapropriação de bens para fins de utilidade pública.

2. Direito de sucessão: quando a lei altera a ordem de sucessão, o direito adquirido não se aplica. Exemplo: a alteração da ordem de sucessão em caso de morte sem testamento.

3. Direito de família: quando a lei altera a capacidade de testar, o direito adquirido não se aplica. Exemplo: a alteração da capacidade de testar em caso de casamento.

### Umungi França escreveu que o direito adquirido:

É a conseqüência de uma lei por ela criada ou por alteração de lei, que sobrevém depois de criada, e que não pode ser destruída.

### Podemos considerar que esta definição de direito adquirido:

É a conseqüência de uma lei por ela criada ou por alteração de lei, que sobrevém depois de criada, e que não pode ser destruída.

É a conseqüência de uma lei por ela criada ou por alteração de lei, que sobrevém depois de criada, e que não pode ser destruída.

É a conseqüência de uma lei por ela criada ou por alteração de lei, que sobrevém depois de criada, e que não pode ser destruída.

É a conseqüência de uma lei por ela criada ou por alteração de lei, que sobrevém depois de criada, e que não pode ser destruída.

## 2. DIREITO ADQUIRIDO

Definir um instituto é tarefa árdua, porém necessária a fim de que se possa aprofundar o estudo sobre o mesmo, delineando, assim, seus contornos. Acerca da conceituação do direito adquirido, é com maestria que Caio Mário da Silva Pereira pontua:

"Direito adquirido, in genere, abrange 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 ao arbítrio de outrem. São os direitos definitivamente incorporados ao patrimônio do seu titular, sejam os já realizados, sejam os que simplesmente dependem de um prazo para seu exercício, sejam ainda os subordinados a uma condição inalterável ao arbítrio de outrem. A lei nova não pode atingi-los, sem retroatividade."<sup>14</sup>

Limongi França assevera que o direito adquirido:

"É a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência da lei nova sobre o mesmo objeto."<sup>15</sup>

Acrescenta-se, ainda, a acepção de Ovídio Bernardi neste tocante:

"[...] Todos nós sabemos o que seja direito adquirido. Qualquer homem de relativa sensatez jurídica sabe o que ele seja. Mas, na hora de defini-lo, os obstáculos se apresentam. O direito adquirido é um instituto de direito natural, está na ordem das coisas, e, por isso, todo homem pode compreendê-lo, diante das circunstâncias concretas. Mas porque ele pode desdobrar-se numa série infinita de casos, como a superfície cromática de um prisma, é que se torna refratário a qualquer conceituação jurídica ou técnica."<sup>16</sup>

Vale destacar que o direito adquirido não está conceituado na Carta Constitucional Brasileira, que se limita a garanti-lo.

Pode-se assegurar que esta categoria de direitos caracteriza-se por se configurar imediatamente após o preenchimento dos seus pré-requisitos, restando

<sup>14</sup> PEREIRA, Caio M. da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

<sup>15</sup> FRANÇA, R. Limongi. *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998

<sup>16</sup> BERNARDI, Ovídio apud BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: Arts. 5º a 17. 2º v.* São Paulo: Saraiva, 1989.

evidente que é defeso a ato normativo, administrativo ou judicial a tentativa de sua abolição, o que feriria o princípio basilar da segurança jurídica insculpido no inciso XXXVI do art. 5º da Carta Política, que prescreve:

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:

(...)

XXXVI - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"

É relevante adentrar na questão referente aos destinatários dos direitos e garantias individuais (destacando-se aí, principalmente, **o direito adquirido**) Neste tocante, José Afonso da Silva<sup>17</sup> ensina com primor que: a garantia desses direitos estende-se também às pessoas jurídicas; que somente os brasileiros e estrangeiros residentes são favorecidos com esse preceito legal; que o fato de os estrangeiros não residentes (que estejam regularmente em território brasileiro) não terem o direito subjetivo atinente aos direitos e garantias individuais, não implica que se avenge a hipótese de que estes possam ser vítimas de quaisquer abusos; haja vista a existência de normas jurídicas, inclusive de Direito Internacional (tratados sobre direitos humanos, por exemplo, dos quais o Brasil seja signatário) que delimitam os direitos e a condição jurídica deles no país. Podem-se mencionar ainda os regramentos que protegem esses estrangeiros pela singela condição de ser humano.

---

<sup>17</sup>SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

Saindo desse parêntese que se abriu acerca dos destinatários, é importante citar a conceituação esposada no §2º do Art. 6º da Lei de Introdução do Código Civil (Decreto-lei nº 4.657/42):

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

(...)

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

A esse respeito, a lição de Carvalho Santos é esclarecedora:

"Se o exercício depende de termo prefixo, o direito já é adquirido, sendo evidente, pois, que no sistema do código não é adquirido somente o direito que já se incorporou ao patrimônio individual. O prazo ou termo, de fato, não prejudica a aquisição do direito, que já se verificou, sendo seu único efeito protelar o exercício deste direito"<sup>18</sup>

É oportuno trazer à baila ensinamento de Reis Friele, ilustre magistrado federal, ao afirmar que:

"A acepção básica da denominação Direito Adquirido encontra berço na fundamental questão da irretroatividade das leis. E vai além, caracteriza como adquirido todo direito oriundo de ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, por já se ter definitivamente incorporado ao patrimônio jurídico do indivíduo".<sup>19</sup>

A observação acima é de uma absoluta perspicácia, vez que elucida que o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, pelo fato de gerarem direitos adquiridos, encontram-se sob o manto protetor destes. Destarte, o direito proveniente de um ato jurídico perfeito, praticado consoante as normas então vigentes, não poderá ser atingido por nova lei; da mesma maneira que um direito adquirido judicialmente por meio da coisa julgada não pode ser malferido por regramento novo.

<sup>18</sup> Código Civil Brasileiro Interpretado, Freitas Bastos, 14ª ed. Vol, I, 1986

<sup>19</sup> Lições Objetivas de Direito Constitucional, 1999, Saraiva

Não é inteiramente acertado reduzir o entendimento do instituto *sub examine* à questão de retroatividade das leis. Afigura-se relevante enfatizar ensinamento do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o direito adquirido:

*"Não se resolve com a simples noção de irretroatividade de lei, pois não se coloca a questão de seu retorno sobre o pretérito. Trata-se, isto sim, da sobrevivência dos efeitos da lei antiga, vale dizer, da persistência de seus efeitos em casos concretos, durante o império da nova lei. Cogita-se de hipótese em que situação produzida no passado, sem consumação nele, deve ter efeitos perduráveis no tempo, permitindo que eles atravessem incólumes o domínio das leis posteriores. Não há, pois, a rigor, questão de retroatividade. Pelo contrário: há sustação dos efeitos, isto é, da incidência da nova lei sobre situações concretas dantes ocorridas, cujos efeitos se deseja pôr a salvo, a fim de que não sejam perturbados pela sucessão normativa"*<sup>20</sup>

Procedendo-se a um retrospecto das nossas Constituições, atesta-se que, excetuando a Carta de 1937, o direito adquirido, que despontou como instituto jurídico de Direito privado, sempre foi regulamentado, de certa maneira, no Brasil. Ingressou na esfera do Direito Público quando adquiriu o *status* de princípio constitucional.

Urge frisar que há duas fases quanto ao tratamento constitucional da matéria em apreço. Na primeira, segundo anotação de Raul Machado Horta<sup>21</sup>, o direito adquirido era um mero princípio-reflexo da irretroatividade, que, por sua vez, estava previsto na Constituição. Posteriormente, o direito adquirido passou a ser disciplinado por legislação ordinária. Foi o que se observou nas Constituições de 1824 e de 1891. Na fase ulterior, a irretroatividade foi incorporada pelo direito adquirido, que foi elevado à categoria de princípio constitucional, segundo se pode comprovar da análise das Cartas de 1934, 1946, 1967/69 e de 1988, estando, nesta última, consagrado no art. 5º, inciso XXXVI.

<sup>20</sup> *Revista de Direito Público*, nº 96.

<sup>21</sup> HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

Enfim, para a configuração de um direito adquirido, é imprescindível que exista um fato ou um ato (na maioria das vezes, jurídicos) idôneo a dar ensejo ao direito, e que este já esteja definitivamente incorporado ao patrimônio jurídico (moral ou material) do seu titular. A idoneidade dos atos ou fatos corresponde ao preenchimento dos requisitos estabelecidos na lei ou na própria Constituição.

Em virtude de essa incorporação ser indispensável é que se justifica o fato de um agente público não ter direito adquirido a regime jurídico, uma vez que é dada ao Estado a prerrogativa de proceder a uma nova feitura dos termos que se acham dentro do seu âmbito de atuação; o que implica a impossibilidade de ser incorporado ao patrimônio de um dado agente público seu regime jurídico.

"A Administração Pública, observados os limites ditados pela Constituição Federal, atua de modo discricionário ao instituir o regime jurídico de seus agentes e ao elaborar novos Planos de Carreira, não podendo o servidor a ela estatutariamente vinculado invocar direito **adquirido** para reivindicar enquadramento diverso daquele determinado pelo Poder Público, com fundamento em norma de caráter legal." (RE 116.683, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 13/03/92).

Carlos Ayres Britto é quem explana o assunto com a excelência de sempre

"[...] certas situações jurídicas ativas são incompatíveis com a figura do direito adquirido porque têm a particularidade de nascer **mais condicionadas pelos interesses da sociedade do que condicionando tais interesses** [...]", é possível concluir que não há direito adquirido a regime jurídico porque este está condicionado pelos interesses da sociedade, já que não se pode proibir o Estado de modificar as normas que regem sua atuação. De outro lado, a percepção das retribuições pecuniárias dos agentes públicos, uma vez que visam, precipuamente, a garantir o sustento do agente público e de sua família, estão condicionando os interesses da sociedade. **É por isso que o regime jurídico não se incorpora ao patrimônio dos agentes públicos e não se constitui em direito adquirido e a percepção de suas (dos agentes públicos) retribuições pecuniárias sim.**"<sup>22</sup>

## 2.1 Diferenças entre direito adquirido, direito subjetivo e expectativa de direito

<sup>22</sup> BRITTO, Ayres Carlos. *Teoria da Constituição*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

A fim de que não paire nenhuma dúvida sobre o assunto em discussão, cumpre fazer a correlação entre direito subjetivo e direito adquirido. José Afonso da Silva adverte:

“Para compreendermos um pouco melhor o que seja o direito adquirido, cumpre lembrar o que se disse acima sobre o *direito subjetivo*: é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente. Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada (direito consumado, direito satisfeito, extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava). (...) Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em *direito adquirido*, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se no seu patrimônio, para ser exercido quando convier. A lei nova não pode prejudicá-lo, só pelo fato de o titular não o ter exercido antes.”<sup>23</sup>

Assim, não há possibilidade de se confundir esses institutos, quais sejam direito subjetivo, direito adquirido e direito consumado. Direito subjetivo é aquele garantido por normas jurídicas e exercitável conforme a vontade do titular.

É de se ter em mente que quem tem o direito não fica obrigado a exercitá-lo, uma vez que sua aquisição não pressupõe seu exercício. Saliente-se, portanto, que o não-exercício não configura razão para que uma lei nova lese o direito adquirido do titular.

Caso sobrevenha legislação nova, e se verifique que o direito do titular não consistia em direito subjetivo, e sim numa expectativa de direito, esta não se transforma em direito adquirido por ocasião da nova lei, visto que esta não incide sobre situação objetiva constituída sob o império da lei antiga. Conforme ensinamento de Maria Helena Diniz, “a expectativa de direito é a mera possibilidade ou esperança de adquirir um direito.”<sup>24</sup> Enfim, expectativa de direito é algo que antecede à sua aquisição, não podendo ser posterior a esta.

<sup>23</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>24</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 1º Vol. Editora Saraiva. 2002

Isso significa que um *detentor* (não se pode falar em titularidade) de um direito em formação, e que, por conseguinte ainda não satisfaz todos os elementos imprescindíveis à constituição da chamada *situação jurídica definitiva*, possui apenas uma expectativa de direito, que não é oponível a outrem, ou seja, não tem a característica da exigibilidade na via jurisdicional.

É de se notar que o direito adquirido é uma expressão clara e verdadeira do princípio da segurança jurídica, com fulcro no art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988. À expectativa de direito, inversamente, não é atribuída nenhuma garantia ou segurança.

Quando se fala em respeito ao direito adquirido, pressupõe-se que este tem que ser observado pelo Poder Público, quaisquer que sejam as funções que este esteja desempenhando. É relevante observar que apenas as normas constitucionais originárias, fruto do Poder Constituinte originário, não estão adstritas à observância de eventuais direitos adquiridos anteriormente, uma vez que, consoante entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal:

“A supremacia jurídica das normas inscritas na Carta Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas no próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido.” (ADI 248, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 08/04/94).

As normas constitucionais originárias possuem uma primazia em relação às demais em decorrência do fato de serem obra do Poder Constituinte originário, que, como foi visto anteriormente, é inicial, autônomo e incondicionado. Destarte, este Poder irrompe, inaugura uma nova ordem jurídica, não havendo razão lógica que embase a defesa de direitos anteriormente adquiridos à nova ordem constitucional.

É imperioso realçar que, as demais espécies normativas - incluindo-se aí as normas constitucionais de emenda, que são frutos do Poder de Reforma - estão vinculadas aos aludidos direitos em face dos limites materiais existentes. Rechaçam-

se, de pronto, quaisquer tentativas advindas do Poder Público em modificar, suprimir ou alterar esses direitos, de modo que os mesmos sejam malferidos.

## 2.2 O significado do vocábulo *Lei* na Constituição Federal de 1988

É oportuno registrar que grande parte da polêmica gerada em torno do direito adquirido – se este deve ou não prevalecer perante as Emendas - advém da interpretação que se dá ao dispositivo constitucional que reza sobre a impossibilidade de o direito adquirido ser prejudicado por lei.

A discussão reside exatamente no vocábulo *Lei*. Daí, formam-se duas correntes, basicamente. Uma defende que o termo *lei* é adotado em sentido amplo, *lato sensu*, englobando todas as espécies normativas, incluindo as Emendas Constitucionais. Por consectário lógico, o direito adquirido estaria albergado de qualquer ameaça advinda do Poder Reformador.

A outra corrente, que defende posicionamento contrário, argumenta que a expressão *Lei* está sendo usada em sentido estrito; logo, estariam excluídas as normas constitucionais de emenda. Partindo desse raciocínio, o direito adquirido estaria sujeito às mudanças eventualmente pretendidas por este tipo de norma reformadora. Assim se manifesta Pinto Ferreira:

“[...]o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, embora imunes à ação legislativa ordinária, que não poderá afetá-los, mostram-se irrelevantes em face da inquestionável supremacia formal e material das regras constitucionais.”<sup>25</sup>

A corrente adotada neste trabalho é a primeira, tendo em vista todas as explanações aqui colocadas acerca do Poder Constituinte e do Direito Adquirido. Ademais, não há propósito em se problematizar o aludido dispositivo constitucional, vez que o intérprete deve proceder a um processo cognitivo da norma, levando em

<sup>25</sup> FERREIRA, Pinto *apud* SILVÉRIO, Paulo Roberto Mendonça. **O Instituto Jurídico dos direitos adquiridos e a cláusula pétreia dos direitos e garantias individuais**. Revista de Informação Legislativa. 128/69

consideração todo o ordenamento jurídico, o cunho sociológico e as finalidades almeçadas por este. Enfim, revelam-se pobres as interpretações literais, quando realizadas fora do contexto do universo jurídico.

Cabe reiterar que o Poder de reforma é um poder constituído, limitado, tendo seus contornos traçados pelo legislador originário. Conseqüentemente, se fosse permitida a ingerência desse Poder sobre o direito adquirido, admitir-se-ia que, na vigência de uma mesma ordem jurídica, sem que tenha existido nenhum processo revolucionário de mudança, a própria Carta Magna, através de emenda, esvaziasse o conteúdo de uma norma que ela mesma estabeleceu. Seria incoerente, destarte, a violação de um direito protegido pelo próprio Texto Constitucional.

### **2.3 A prevalência do direito adquirido face às normas constitucionais**

É de grande valia o estudo realizado por Carlos Ayres Britto e Valmir Pontes, onde defendem com brilhantismo o direito adquirido ante as Emendas.

No artigo, os aludidos autores citam Paulo Modesto, que é partidário da opinião:

“O direito adquirido, por conseguinte, ao contrario do que alguns órgãos de imprensa teimam em dizer, não é garantia dirigida ao poder constituinte, originário ou reformado. É garantia do cidadão frente ao legislador infraconstitucional, utilizável para impedir a eficácia derogatória da lei nova em face de situações jurídicas constituídas no passado por leis ordinárias ou leis complementares.”<sup>26</sup>

Esse pensamento é considerado equivocado pelos autores, que, em outra linha de raciocínio, defendem que a razão de o legislador não ter inserido as Emendas na disposição literal do texto constitucional foi porque o direito ali consignado é unicamente o referido por lei. Asseveram com sabedoria que:

---

<sup>26</sup> BRITTO, Carlos Ayres e FILHO, Valmir Pontes. **Direito Adquirido contra as Emendas Constitucionais.**

“Há direito adquirido, sim, contra as emendas constitucionais. O que não há é direito adquirido contra a Constituição, tal como originariamente posta [...]”.

[...]

“Ora, bem, se o princípio constitucional da segurança abarca o direito que se adquire por simples disposição legal, quanto mais o direito que se adquire por disposição nuclearmente constitucional. Ou, por outra, se a Constituição recusasse aos direitos por ela mesma conferidos a cota de segurança que decididamente emprestou aos direitos obtidos por lei, estaria a hierarquizar os direitos adquiridos em constitucionais e legais, para privilegiar estes últimos.”<sup>27</sup>

Note-se que eles partem de outra lógica, admitindo a interpretação literal do texto e abstraindo da problemática referente ao vocábulo *Lei*. Ao que parece, eles enfrentam os adeptos da tese de que o direito adquirido seria sobrepujado ante as Emendas, partindo do mesmo pressuposto que eles, qual seja de que a Constituição só se dirige ao legislador infraconstitucional. Demonstram, contudo, com absoluto primor, que ainda assim não se poderia admitir a sucumbência do direito adquirido, vez que estaria consolidada a inversão de hierarquia em desfavor das normas constitucionais.

Portanto, os eminentes juristas, bem como a doutrina de um modo geral, não negam o poder das emendas de lesionarem certos direitos subjetivos – pois há essa possibilidade – desde que estes não estejam inseridos no rol dos expressamente nominados “direitos e garantias individuais”, haja vista que estes, uma vez adquiridos, não podem ser prejudicados por reforma constitucional. Veja-se entendimento do STF:

“As cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou a emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.” (ADI 815, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 10/05/96)

<sup>27</sup> BRITTO, Carlos Ayres e FILHO, Valmir Pontes. *Direito Adquirido contra as Emendas Constitucionais*.

Quanto à jurisprudência, é pertinente asseverar que esta oscila demasiadamente. Ora o Supremo manifesta um entendimento no sentido de salvaguardar a Constituição, protegendo, destarte, o direito adquirido; ora este, a quem incumbe zelar pelo texto constitucional, exara opinião em sentido inverso, e que põe em cheque o princípio da segurança jurídica.

Esse fenômeno ocorre em virtude das pressões políticas existentes, que almejam a concretização dos diferentes interesses dos governantes, que procuram moldar a Constituição de acordo com os seus planos de administração. Daí a repulsa que aqui se manifesta contra essas injunções que ferem completamente o princípio da separação dos poderes e o princípio da segurança jurídica. Ilustra-se adiante o que está sendo afirmado:

"Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. A verificação, no caso concreto, da existência, ou não, do direito **adquirido**, situa-se no campo infraconstitucional." (RE 273.910-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 07/05/04)

"As normas constitucionais federais é que, por terem aplicação imediata, alcançam os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima), e se expressamente o declararem podem alcançar até fatos consumados no passado (retroatividades média e máxima). Não assim, porém, as normas constitucionais estaduais que estão sujeitas à vedação do artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna Federal, inclusive a concernente à retroatividade mínima que ocorre com a aplicação imediata delas." (AI 258.337-AgR, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 04/08/00)

"O Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que é admissível a Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional, quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária (art. 60, § 4º, da CF). Precedente: ADI 939 (RTJ 151/755)." (ADI 1.946-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 14/09/01)

"[...]de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege." (ADI 2.024-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 01/12/00)

"Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de constituinte derivado, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada

inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição. A Emenda Constitucional n. 3, de 17/03/1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o IPMF, incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica o art. 150, III, *b* e VI, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, § 2º, art. 60, § 4º, inciso IV e art. 150, III, *b* da Constituição)." (ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18/03/94)

## 2.4 Diferenças entre direitos e garantias.

É imprescindível elucidar a diferença existente entre direitos e garantias. Paulo Bonavides traz, em sua obra, ensinamento precioso de Rui Barbosa:

"A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre *direitos e garantias*, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adúltera o sentido natural das palavras. *Direito* é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos. *Garantia* ou *segurança* de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil."<sup>28</sup>

Relevante é, outrossim, o ensinamento do abalizado jurista Jorge Miranda, a respeito do tema em apreço:

"Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*."<sup>29</sup>

Diante dos ensinamentos acima, pode-se inferir que direito adquirido não é igual à garantia do direito adquirido. José Afonso da Silva ensina: "[...] os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens."<sup>30</sup>

<sup>28</sup> BARBOSA, Rui apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª edição Malheiros.

<sup>29</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Editora Forense: Rio de Janeiro. 2005.

<sup>30</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

Essa diferenciação é salutar na medida em que não deixa dúvidas de que tanto a garantia quanto o direito constituem cláusulas pétreas. Afinal, a garantia somente encontra razão de ser se assegurar a fruição eficaz do direito. Ao retirar a substância da norma, tem-se o esvaziamento da garantia. No dizer de Carlos Ayres Britto:

“Em diferentes palavras, ao proibir a discussão de emenda *tendente* a abolir as cláusulas pétreas, a Lei Maior desta Terra de Santa Cruz preveniu-se contra a mutilação *indireta* dos valores jurídicos subtraídos à ação reformista do Congresso Nacional, vedou o artifício de ‘se comer por dentro’ ou de se ‘roer as entranhas’ de tais valores, inaceitando fórmula legislativa de relativização daquilo que somente é idêntico a si mesmo na medida em que absolutamente intocado (e relativização só pode significar toda medida legislativa de tocabilidade nos elementos conceituais de cada cláusula pétrea, dispersos pelo assoalho da Constituição) [...]”<sup>31</sup>

## 2.5 Classificação dos direitos e garantias

Acerca de uma classificação das garantias individuais, o mais apropriado é seguir o pensamento do constitucionalista José Afonso da Silva, que assevera não ser isso tão relevante. O melhor é reuni-los em grupos de acordo com seu objeto. Por conseguinte, estes se dividem em: legalidade (princípio da legalidade), remédios constitucionais e estabilidade dos direitos subjetivos e proteção judiciária (direito à segurança).

No que tange à classificação dos direitos individuais, feita também pelo autor acima mencionado, urge agrupá-los, em princípio, em três grandes grupos: (1) direitos individuais expressos, (2) direitos individuais implícitos e (3) direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil.

---

<sup>31</sup> BRITTO, Carlos Ayres. As cláusulas pétreas e sua função de revelar e garantir a identidade da Constituição. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Perspectivas do Direito Público: Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

Os dois primeiros grupos subdividem-se ainda em: direito à vida; direito à intimidade; direito de igualdade; direito de liberdade e direito de propriedade. Torna-se indispensável registrar que cada categoria dessa divisão feita (que não é absoluta, registre-se) tem inúmeros desdobramentos que, obviamente, não são objetos de estudo da presente monografia.

Interessante analisar a categoria representada pelos direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil. Ocorre que, esses tratados, ao entrarem na ordem jurídica pátria, têm, normalmente, força de lei ordinária, não podendo, portanto atingir o núcleo intocável das cláusulas pétreas. Isso é inquestionável e está em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. (...)." (RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22/11/02)

Acrescente-se que na Emenda Constitucional nº45/2004, foi incluído no art. 5º da Carta Constitucional o §3º, que dispõe que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que obtiverem a aprovação em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Assim, em decorrência da semelhança do processo legislativo das Emendas, serão equivalentes a elas.

## **2.6 Leis de Ordem Pública e a Questão do Interesse Coletivo**

Há prevalência do direito adquirido até mesmo sobre as leis de ordem pública, consideradas como as que definem e fixam as diretrizes principiológicas num

determinado Estado e que, pelo cunho de preservação que ostentam, são imprescindíveis à manutenção da ordem na vida social, consoante as regras do direito. No julgamento da ADIn 493, o Ministro Relator Moreira Alves exarou o seguinte entendimento:

**O disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. ADI 493, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 04/09/92)**

José Afonso da Silva<sup>32</sup> acrescenta que há os defensores da sucumbência do direito adquirido em relação à lei de ordem pública ou de direito público. Entretanto, o autor adverte sobre a ponderação que deve ser feita em relação à questão do direito adquirido em face do interesse coletivo. Nesses termos, a doutrina majoritária defende a preeminência do interesse geral sobre o particular. Basta pensar nas questões consumeiristas como exemplo, onde o interesse dos consumidores traduz-se num interesse coletivo - resguardado pela Lei 8.078/90 (Código do Consumidor) e pela Constituição<sup>33</sup> - e que, deste modo, deveria prevalecer a interesses individuais ou particulares.

O princípio da segurança jurídica é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito; no entanto, não é um princípio absoluto, como nenhum o é. Não está se admitindo aqui uma relativização deste postulado, com uma conseqüente abertura para as reformas e um esvaziamento das cláusulas pétreas, como muitos pretendem. Não se trata disso. Ocorre que, a ordem não pode prevalecer sobre a justiça. Nestes casos, e em alguns outros - que serão analisados sob uma visão principiológica em capítulo próprio - quando clamar o interesse coletivo, o instituto do direito adquirido será minorado, visto que, às vezes, nem mesmo poderá ser

---

<sup>32</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>33</sup> Constituição Federal de 1988. Art. 5º, XXXII – “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

considerado como direito adquirido, posto ilegítimo. A esse respeito, reitera-se ensinamento de Carlos Ayres Britto :

"[...] certas situações jurídicas ativas são incompatíveis com a figura do direito adquirido porque têm a particularidade de nascer **mais condicionadas pelos interesses da sociedade do que condicionando tais interesses [...]**", é possível concluir que não há direito adquirido a regime jurídico porque este está condicionado pelos interesses da sociedade, já que não se pode proibir o Estado de modificar as normas que regem sua atuação. De outro lado, a percepção das retribuições pecuniárias dos agentes públicos, uma vez que visam, precipuamente, a garantir o sustento do agente público e de sua família, estão condicionando os interesses da sociedade. **É por isso que o regime jurídico não se incorpora ao patrimônio dos agentes públicos e não se constitui em direito adquirido e a percepção de suas (dos agentes públicos) retribuições pecuniárias sim.**"<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> BRITTO, Ayres Carlos. *Teoria da Constituição*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

### 3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ATINENTES AO DIREITO ADQUIRIDO

É imprescindível fazer uma breve abordagem de alguns dos princípios que são verdadeiros alicerces do Estado Democrático de Direito, e que, desta feita, regem o ordenamento jurídico pátrio. São eles: o princípio da separação dos poderes; o princípio da segurança jurídica; o princípio da unidade da Constituição; o princípio da irretroatividade e o princípio da juridicidade (legalidade) e o princípio da supremacia do interesse público (conjugado com o princípio da isonomia e com o princípio da moralidade).

#### 3.1 Princípio da Separação dos Poderes

O princípio da separação dos poderes é um dos pilares do Estado de Direito. Este é caracterizado como o Estado onde há limitação de poderes. Montesquieu e Locke foram os precursores e idealizadores desse princípio.

Este postulado tem uma repercussão direta com o assunto deste trabalho científico, uma vez que restringe o âmbito de atuação dos Poderes, ou melhor, das funções estatais. São elas: Judiciária, Executiva e Legislativa. Como foi visto outrora, ao Congresso Nacional incumbe o exercício do Poder de Reforma. Entretanto, não é dado ao mesmo a legitimidade de modificar o núcleo pétreo constitucionalmente consagrado. Frise-se que, dentro deste, está o direito adquirido.

#### 3.2 Princípio da Segurança Jurídica

O princípio da segurança jurídica tem fulcro constitucional no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988. Ali, a Carta Magna deixa consignado que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Isto posto,

verifica-se que num Estado Democrático de Direito, é imprescindível que se preserve a rigidez constitucional, atribuindo às relações jurídicas e sociais uma cota de estabilidade e confiança.

Portanto, no tocante ao direito adquirido, pode-se asseverar que este foi resguardado pelo poder constituinte com o fito de proteger a esfera moral e patrimonial das pessoas contra os eventuais excessos cometidos pelo Estado.

### **3.3 Princípio da unidade da Constituição**

Há a necessidade, ante as diferentes interpretações que possam ser dadas ao Texto Constitucional (diante da subjetividade que envolve o processo de cognição e interpretação), de considerar a parte levando em conta o todo. Isso quer dizer que, diante de um aparente conflito de normas constitucionais, deve-se ter em mente a unidade da Constituição. O princípio da proporcionalidade está estritamente correlacionado com o da unidade. Ao ser aplicado, ele prova que a Carta Magna é una, e que o conflito debelado é apenas aparente, solucionando o problema ao fazer o sopesamento (espécie da dosimetria, ponderação de interesses) dos princípios diante do caso concreto. Existem três requisitos para a aplicação da regra da proporcionalidade, quais sejam o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade propriamente dita. Assim, havendo um direito adquirido em ameaça e ao mesmo tempo em conflito com outra norma constitucional, há que se aplicar a proporcionalidade no caso concreto.

### **3.4 Princípio da irretroatividade e o da juridicidade.**

Quanto ao princípio da irretroatividade das leis, este representa a garantia de que a lei não retroagirá para alcançar de maneira prejudicial uma situação jurídica consolidada.

O princípio da juridicidade consiste na necessidade de compatibilizar a lei com a Constituição Federal. Desse postulado decorre a supremacia das normas constitucionais e a impossibilidade de o poder de reforma atingir qualquer direito assegurado constitucionalmente, estando aí incluído o direito adquirido.

### **3.5 Princípio da Supremacia do Interesse Público**

Acerca deste princípio, urge consignar que ele confere destaque aos interesses da sociedade, elevando o interesse geral e minorando, conseqüentemente, os interesses particulares. Os direitos coletivos são um exemplo disso. Ante uma colisão entre um interesse da coletividade e um interesse particular, qual deveria prevalecer? Mais especificamente, admitindo uma hipótese em que um direito adquirido (particular) estivesse em choque com um interesse coletivo (destaque-se aqui o direito dos consumidores, por exemplo), a doutrina majoritária entende que, neste caso específico, o direito adquirido sucumbiria, visto que um dos princípios constitucionais da Administração Pública é o da supremacia do interesse público, o qual tem o cunho de restringir os direitos individuais em prol do interesse geral.

A questão assume um contorno deveras interessante quando analisamos a Emenda nº. 41/2003, que, consoante se verificará no próximo capítulo, incluiu em seu texto norma que determinou a redução nominal das retribuições pecuniárias percebidas pelos agentes públicos em discordância com o novo teto estabelecido na própria Emenda. Nesta situação, não foram poucos os que alegaram ter sofrido

lesão em seu direito adquirido e que pugnam pelo restabelecimento do *status quo* anterior.

Entretanto, neste caso, a posição aqui adotada é pela absoluta constitucionalidade do dispositivo. Isto não infirma o que foi colocado anteriormente. Aqui não se trata de hipótese em que norma advinda do Poder de Reforma esteja ferindo direito adquirido. Ora, não se pode considerar direito adquirido uma norma que, apesar de revestida sob o aparente manto da legalidade, é inteiramente ilegítima, na medida em que privilegia determinados setores da sociedade com um ganho mensal extraordinário. E não se alegue, neste caso, o prejuízo ao sustento dos agentes públicos que tiveram suas retribuições adequadas ao teto, por ser absolutamente ilegítimo e imoral o ganho percebido por estes antes da referida adequação. Aí, cabe o questionamento da legitimidade dos próprios Poderes que atribuíram à referida norma o caráter legal, dado o seu caráter imoral e extrajurídico.

Enquanto milhares de brasileiros percebem o equivalente a um salário mínimo, sustentar a tese de ferimento ao direito adquirido dos considerados *marajás*, é conceber o Direito numa visão reducionista, como se fosse só norma. Nesta situação, é pertinente fazer a conjugação com o princípio da isonomia (representado na máxima de que se deve tratar a todos igualmente, na medida de suas desigualdades) e com o princípio da moralidade, que, apesar da dificuldade de formulação de um conceito, diz respeito à percepção de atos morais e imorais, estando ligado, portanto, aos valores éticos.

## 4. ASPECTOS PRÁTICOS EM RELAÇÃO AO DIREITO ADQUIRIDO

É pertinente ilustrar com exemplos práticos a problemática do direito adquirido para que se possa compreender melhor a proposta deste trabalho científico.

### 4.1 Reforma da Previdência

Assunto polêmico é atinente à edição da Emenda nº 41/2003, que estabeleceu novas regras de aposentadoria e cálculo dos proventos para os servidores que ingressarem no serviço público após 31/12/03. Inobstante os limites desta monografia não possibilitarem o aprofundamento de matéria previdenciária, cabe tecer breves comentários no tocante a duas questões referentes a essa Emenda. Uma será aqui considerada como constitucional e a outra como inconstitucional.

A fim de clarificar a matéria, e defender a posição aqui adotada, repisa-se que, para haver direito adquirido, é imperioso que o direito não tenha sido exercido, pois, se já foi gozado por seu titular, há uma relação jurídica consumada, que não gera questionamento.

Em matéria previdenciária, o fenômeno acontece quando o segurado atende a todos os requisitos necessários para a obtenção de um determinado benefício, sejam eles carências, tempo de serviço, idade mínima etc.

Interessante colacionar entendimento do Supremo Tribunal Federal anterior à Edição da aludida Emenda que respeita o princípio da segurança jurídica em matéria previdenciária:

Ementa: "(...) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal garante aos aposentados direito **adquirido** aos proventos conforme a lei regente ao tempo da reunião dos requisitos da inatividade, ainda quando só requerida após a lei menos favorável. (RE 269.407-AgR, 11/6/2002, 2ª T, Velloso; e RE 243.415, 14/12/1999, 1ª T, Pertence).

Pois bem, a Emenda nº41/2003 dispõe que:

“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.”

Instituiu-se, então, a incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria, de 11% do que exceder o teto do Regime Geral de Previdência Social.

É uma pena que o Supremo não tenha assim se manifestado, na ocasião em que se pugnou pela inconstitucionalidade desse dispositivo, que fere, sobremaneira, o direito dos inativos. Veja-se:

Ementa: “Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito **adquirido** no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta.” (ADI 3.105, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 18/02/05)

Ementa: “No ordenamento jurídico vigente não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito **adquirido** com o aposentamento. (...) Não é inconstitucional o art. 4º, *caput*, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.(...) São inconstitucionais as expressões '*cinquenta por cento do*' e '*sessenta por cento do*', constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda.” (ADI 3.128, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 18/02/05). No mesmo sentido: ADI 3.105, DJ 18/02/05”

Percebe-se, com clareza, que a orientação adotada neste caso conflita diretamente com o entendimento dantes esposado pelo próprio Supremo.

Esclarece-se que, neste tocante, a Emenda nº 41/2003 atingiu a todos, incluindo, desse modo, não só aqueles que já tinham preenchido todos os requisitos necessários para a obtenção de um determinado benefício, como também aqueles que já se encontravam aposentados. Isto é flagrantemente inconstitucional.

Por outro lado, essa Emenda, trilhando o caminho da Emenda Constitucional nº 19/1998, incluiu, no seu art. 9º, norma que permitiu a redução nominal das retribuições pecuniárias percebidas pelos agentes públicos em desacordo com o novo teto estabelecido na própria Emenda.

A Emenda Constitucional nº 41/2003, ao reduzir o teto de retribuição dantes posto, incidiu sobre parte do patrimônio jurídico dos agentes públicos, ferindo seu direito adquirido, sob a justificativa de adequar as situações concretas às novas normas constitucionais.

Ora, submetida a questão à uma interpretação condizente com o princípio da moralidade e o da supremacia do interesse público, anteriormente analisado, defende-se que tais direitos não podem sequer ser considerados como adquiridos, dado o seu caráter ilegítimo, injusto e imoral. Neste momento, há que se transcender a positivação que permeia o pensamento jurídico.

A fim de ilustrar o que está sendo posto, aponta-se ensinamento do nobre jurista Arnaldo Vasconcelos:

“Neste momento originário da positivação, situam-se os inafastáveis compromissos do direito com o humanismo e com a democracia. Estes, vale ressaltar, não decorrem de elementos circunstanciais, simples injunções intermitentes de épocas de maior progresso, mas, sim, e antes de tudo, de

autênticas imposições postas pelo prioritário reconhecimento da dignidade humana.”<sup>35</sup>

Infere-se, em razão do raciocínio adotado, que o Direito deve ser justo, legítimo e jurídico.

## 4.2 Tributos

Em relação à matéria tributária, é oportuno traçar um paralelo com o tema objeto da presente monografia, qual seja o direito adquirido. É pertinente asseverar que, por conta dos limites desta monografia, não se tecerá pormenores neste tópico.

Consoante a diretriz insculpida no art. 5º, XXXVI, anteriormente mencionado, a Carta Política preceitua que aos entes federados fica proibida a cobrança de tributos em relação aos fatos geradores ocorridos antes da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado, consignado no art. 150, III, a:

**Art. 150.** Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

Os princípios constitucionais da irretroatividade, da legalidade e da anterioridade são expressões do princípio da segurança jurídica. Este, por sua vez, é um dos pilares do Estado de Democrático de Direito, e assegura que fatos já consumados não serão atingidos por nova legislação instituidora de tributos.

O assunto, atualmente, mostra-se pacificado na doutrina, na jurisprudência e no exercício das funções legislativas. Afigura-se indispensável o respeito à

---

<sup>35</sup>VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, Humanismo e Democracia*. Malheiros. 1998

segurança jurídica, sendo imperativo que se leve em consideração, ao proceder à interpretação do princípio da irretroatividade das leis (princípio constitucional que rege também as relações tributárias), todos os fatos integrantes do conjunto em que se insere o ato final necessário à concretização da hipótese de incidência tributária. Esta é a orientação dirigida ao aplicador da lei e ao legislador, a quem fica vetado estabelecer norma que tribute fato pretérito ou majorar tributo que, consoante a lei vigente à época, vinculou esse fato.

"O princípio da irretroatividade somente condiciona a atividade jurídica do estado nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, em ordem a inibir a ação do poder público eventualmente configuradora de restrição gravosa (a) ao status libertatis da pessoa (CF, art. 5º, XL), (b) ao status subjectionais do contribuinte em matéria tributária (CF, art. 150, III, a) e (c) a segurança jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 5º, XXXVI). Na medida em que a retroprojeção normativa da lei não gere e nem produza os gravames referidos, nada impede que o Estado edite e prescreva atos normativos com efeito retroativo. As leis, em face do caráter prospectivo de que se revestem, devem, ordinariamente, dispor para o futuro. O sistema jurídico-constitucional brasileiro, contudo, não assentou, como postulado absoluto, incondicional e inderrogável, o princípio da irretroatividade." (ADI 605-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 05/03/93)

A interpretação do princípio da irretroatividade deve estar correlacionada com o princípio da anterioridade, que consiste numa irretroatividade qualificada: enquanto esta impede que a lei nova alcance fatos anteriores a sua vigência, naquela a lei há de preceder o ano em que ocorram os fatos. É oportuno asseverar que a lei que institui ou majora tributos tem eficácia diferenciada e, mesmo estando juridicamente vigente, pode não ser aplicável<sup>36</sup>. Desse modo, mesmo que a lei entre em vigor, sua exigência só poderá ser feita a partir de sua eficácia.

Vale salientar que à lei não são vedadas a interpretação e a possibilidade de redução ou dispensa do pagamento de tributo em relação a fatos pretéritos, subtraindo-os dos efeitos provenientes da lei vigente à época, desde que o faça de

---

<sup>36</sup> Apesar de sua conexão, os tributos excepcionados da regra da anterioridade submetem-se ao princípio da irretroatividade.

maneira expressa. Há que se observar, nesses casos, a observância ao princípio constitucional da isonomia, ao qual está adstrito o legislador.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito adquirido ante as normas provenientes de emenda foi o objeto de estudo deste trabalho científico. Fez-se uma análise do Poder Constituinte, do instituto do direito adquirido, de princípios referentes ao assunto, dos limites para a reforma constitucional e uma breve demonstração de situações onde o questionamento da aludida prevalência pode aparecer.

É oportuno reiterar que a doutrina, em sua grande maioria, defende a primazia do direito adquirido, e, como foi aqui estudado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mostra-se controvertida em relação à matéria.

Nesta monografia, a linha de defesa é no sentido de que o respeito ao direito adquirido deve ser observado, uma vez que o princípio da segurança jurídica é um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

É importante, com este trabalho, fazer um alerta para a ameaça advinda do exercício do Poder Reformador, que age, na maioria das vezes, conforme os interesses políticos que lhes sejam favoráveis. No Brasil, verifica-se que, a rigidez Constitucional está abalada, afinal, em pouco menos de vinte anos de vigência da Carta Magna, esta já conta com cinquenta e duas Emendas. Isso é um absurdo!

Tal fenômeno permeia todo o sistema jurídico, e assim, os brasileiros convivem com a possibilidade das influências ilegítimas e imorais sobre o Parlamento e sobre o Poder Judiciário, que, muitas vezes, mesmos nos órgãos superiores, cede às injunções políticas e aos interesses escusos dos governantes.

Fica então, o registro da crise da ordem constitucional, que se agrava dia a dia no Brasil, em razão das freqüentes agressões perpetradas à Constituição e aos direitos por ela consagrados (o direito adquirido, entre eles, que aqui foi objeto de estudo) realizados pelos Poderes que têm o dever de zelar pelo bem da Nação.

## REFERÊNCIAS

As cláusulas pétreas e sua função de revelar e garantir a identidade da Constituição. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Perspectivas do Direito Público: Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

**Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

**Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98 revista, ampliada e atualizada de acordo com a EC nº 20/98**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

BANDEIRA DE Cf. FRANÇA, R. Limongi. **A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido**. 4. ed. São Paulo: RT, 1994.

BARBOSA, Rui apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Malheiros. 14ª edição.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: Pré-Constitucionalismo. O Estado. Constituição. Arts. 1º a 4º**. 1. v. São Paulo: Saraiva, 1988.

BERNARDI, Ovídio apud BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: Arts. 5º a 17**. 2 v. São Paulo: Saraiva, 1989

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRITTO, Carlos Ayres, PONTES FILHO, Valmir. Direito Adquirido contra as emendas constitucionais. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). **Estudos**

**em homenagem a Geraldo Ataliba 2 – Direito Constitucional e Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 1997.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra. Livraria Almedina, 6ª edição, 1993.

**Código Civil Brasileiro Interpretado,** Freitas Bastos, 14ª ed. Vol, I, 1986

CRETELLA JR., José. **Elementos de Direito Constitucional.** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DANTAS, Ivo. **Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade.** Rio de Janeiro, Lúmen, 2ª edição, 1997

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Constituinte: Assembléia, Processo, Poder.** 2. ed. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo, Saraiva, 1993, 20ª edição.

FERREIRA, Luis Pinto. **Princípios Gerais do direito constitucional moderno.** São Paulo. Saraiva. 6ª edição, 1983.

FERREIRA, Pinto *apud* SILVÉRIO, Paulo Roberto Mendonça. **O Instituto Jurídico dos direitos adquiridos e a cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais.** Revista de Informação Legislativa.

FRANÇA, R. Limongi. **A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

**Lições Objetivas de Direito Constitucional**, 1999, Saraiva

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Poder Constituinte Reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 1º Vol. Editora Saraiva. 2002

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELES, Ramiro de Campos. **A Administração Pública e o servidor público na Constituição Federal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Goiânia: AB, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Reformas: Administrativa, Previdenciária, do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, Rio de Janeiro. 2005.

MODESTO, Paulo. **Reforma Administrativa e Direito ao Regime da Função Pública.**

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Reforma Administrativa: O Estado, o serviço público e o servidor.** 2. ed. atual. rev. e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

**Revista de Direito Público**, nº 96.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O Poder de Reforma Constitucional.** 3. ed. rev. e atual. por Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995.

SILVÉRIO, Paulo Roberto Mendonça. **O Instituto Jurídico dos direitos adquiridos e a cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais.** Revista de Informação Legislativa.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, Humanismo e Democracia.** Malheiros. 1998

VELLOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

## **2. Sítios**

- [www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br)

- [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

- [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)