

DIREITO ADQUIRIDO: CONCEITO E PONTOS POLÊMICOS NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA

Carolina Gallotti¹

Marina Mezzavilla Verri²

Resumo

Neste estudo, buscamos analisar alguns aspectos do instituto do direito adquirido. Para tanto, procuramos trazer, especialmente, a evolução histórica da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, o conceito de direito adquirido, a disciplina legal a ele referente, bem como os principais pontos polêmicos levantados na doutrina e na jurisprudência.

Palavras-Chaves: lei; irretroatividade; efeitos; direito adquirido; vigência; segurança jurídica.

Introdução

O estudo do direito adquirido situa-se no campo da aplicação da lei no tempo ou do direito intertemporal. Tema dos mais antigos já estudados pelos juristas de todos os tempos e países, mas que ainda mostra-se controvertido no direito

¹ Carolina Gallotti é professora de Direito Processual Civil e Direito Tributário do Instituto Matonense Municipal de Ensino Superior. Mestre em Direito pela UNAERP e Especialista em Direito Tributário pela PUC-Campinas. Advogada.

² Marina Mezzavilla Verri é Mestre em Direito pela UNAERP e Advogada.

moderno. Abre-se espaço para um aparente conflito entre princípios, quais sejam, a segurança jurídica e a necessidade de mudanças na legislação em decorrência das transformações sociais. Daí a necessidade de se estabelecerem regras para a incidência da lei nova.

Quando uma norma torna-se eficaz, ela incide no tempo e produz efeitos imediatos, ou seja, preenchidos os requisitos para que entre em vigor, passa a produzir efeitos a partir de então.

Em relação a ela os fatos podem ensejar três tipos de situações: 1- fatos passados: são aqueles fatos anteriores à lei nova, também chamados de *facta praeterita*, portanto, inteiramente regulados pela lei velha; 2- fatos futuros: são fatos que vêm a ocorrer do presente para o futuro, portanto, depois do efeito imediato da lei nova, também chamados de *facta futura*, regulados, portanto, pela lei nova; 3- fatos pendentes: são fatos que ocorridos no passado ainda têm efeitos a produzir para o futuro, também chamados de *facta pendentia*.

A importância deste tema se revela quanto ao estudo dos efeitos da lei nova em face dos fatos pendentes. Certamente ela não colhe a parte que ocorreu no passado, mas necessário saber se ela poderá atingir a que virá no futuro, ou seja, tendo-se adquirido um direito sob a égide de lei velha, este poderá continuar a produzir efeitos, agora sob a luz da nova lei?

1 Direito Adquirido. Evolução Histórica

Na antiguidade, tem-se notícia de que o problema da irretroatividade das leis não era posto e enfrentado tal qual em nossos dias, uma vez que imperava a idéia de que as leis eram objeto da vontade divina, não se questionando, assim, as situações passadas.

A preocupação em se preservar as relações jurídicas pretéritas surgiu a partir do momento em que as leis foram vistas como obra dos legisladores e não mais como uma manifestação das divindades.

Foram o direito romano e o direito canônico que contribuíram para a sedimentação do princípio da irretroatividade nos ordenamentos jurídicos modernos, principalmente com a influência de Teodósio e Justiniano.

1.1 Evolução Histórica no Direito Brasileiro

Muito embora inúmeras vezes tratados igualmente, os princípios da irretroatividade e da proteção ao direito adquirido não se confundem.

As Constituições Brasileiras começaram por consagrar o Princípio da Irretroatividade, ao estabelecerem, em regra, a vedação de leis retroativas, para, mais tarde, vedarem a retroatividade da lei nova para atingir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A Constituição Imperial (1824) consagrou o Princípio da Irretroatividade como regra constitucional, ao prescrever, em seu art.179, n.3, que a disposição legal não teria efeito retroativo.

A Constituição de 1891, nos mesmos moldes da anterior, dispôs que, dentre os atos vedados aos Estados e à União estabelecidos no art.11, incluía-se no n.III, o de “prescrever leis retroativas”.

A Lei de Introdução que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1917 previa a proteção ao direito adquirido em seu artigo 3º e parágrafos³.

Baseado nos elementos trazidos no §1º do artigo 3º, que procurava dar uma definição de direito adquirido, CLÓVIS BEVILÁQUA formulou o seguinte

³ “art. 3º. A lei não prejudicará, em caso algum, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, ou a coisa julgada.
§1º. Consideram-se adquiridos, assim, os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem.

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

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

conceito, citado por Serpa Lopes⁴: “um bem jurídico, criado por um fato capaz de produzi-lo, segundo as prescrições da lei, então vigente, e que, de acordo com os preceitos da mesma lei, entrou para o patrimônio do titular.”

A definição trazida pelo §1º do art.3º foi bastante criticada à época, por entenderem alguns juristas como Dallari, que as disposições eram lacunosas e traziam dificuldades de entendimento ao intérprete.

Na noção de direito adquirido, incluíam-se igualmente o direito subordinado a termo prefixo ou a condição preestabelecida.

O direito subordinado a termo ou a condição preestabelecida, apesar de ter seu exercício dependente ou diferido ao vencimento daquele ou ao implemento desta, eram protegidos da lei nova, ou seja, à ineficácia da lei nova, uma vez que se *considerava* adquirido o direito para fins de irretroatividade da lei, não só o direito efetivamente adquirido, mas também aquele cujo começo tenha termo prefixo ou condição preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem.

A Carta de 1926 manteve o mesmo critério da anterior.

A partir da Constituição de 1934 houve uma alteração na matéria, uma vez que o legislador deixou de dispor especificamente sobre a irretroatividade das leis, e passou a dispor sobre a clássica trilogia formada pela coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido. Dispunha o art.113, n.3, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

Quanto à Constituição de 1937, o legislador constituinte omitiu o princípio da irretroatividade. Rompendo com uma tradição histórica, não trouxe expressamente qualquer preceito sobre a irretroatividade das leis.

Durante a vigência desta Carta Constitucional foi promulgado o Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que trazia em seu artigo 6º: “a lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em

⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil. Vol.I, 2a ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p.196.

contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito”.

As demais Constituições (Constituição de 1946, art.141, §3º; Constituição 1967, art. 150, § 3º e EC 1/69, art.153, § 3º) mantiveram a proteção do Direito Adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

Comentando a evolução, nas nossas Constituições, do imperativo do respeito ao direito adquirido, José Eduardo Martins Cardozo pondera que “(...) as Constituições Brasileiras de 1934, 1946, 1967 e 1988, ao contrário do que costuma afirmar a maior parte dos juristas pátrios, não consagram o princípio da irretroatividade das leis, ou mesmo o da retroatividade dos novos diplomas legislativos. Tais textos se limitaram apenas a anunciar o Princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, deixando à legislação infraconstitucional a tarefa de disciplinar os demais aspectos da matéria que remanescem sem solução. Onde ser possível afirmar, sem qualquer dificuldade, que a definição da irretroatividade ou da retroatividade da lei nova como regra, ao menos dentre nós, é questão passível de ser fixada, ou mesmo alterada, pelo próprio legislador ordinário.”⁵

Nova redação ao artigo 6º da Lei de Introdução foi dada pela Lei 3.238, de 1 de agosto de 1957, para adaptá-la ao texto constitucional de 1988, o que será visto adiante.

⁵ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da Retroatividade da Lei*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, 312.

2 Disciplina Legal

Em nosso atual ordenamento jurídico encontramos a proteção constitucional ao direito adquirido no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal⁶.

Em nível infraconstitucional, a Lei de Introdução ao Código Civil dispôs sobre o direito adquirido, em seu artigo 6º⁷, trazendo, ao arripio de parte da doutrina, um conceito de direito adquirido em seu parágrafo 2º. Isso porque, alguns juristas, como Celso Ribeiro Bastos, criticam o fato de normas infraconstitucionais definirem termos constitucionais, em especial quando são utilizados para assegurar direitos e garantias individuais, como no caso.

3 Conceito de Direito Adquirido

Em nosso ordenamento não há definição constitucional de direito adquirido, o que se mostra acertado, por não ser tarefa da Lei Maior trazer em seu bojo definições de termos jurídicos.

Não obstante o parágrafo 2º do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil ter trazido um conceito de direito adquirido, é pacífico na doutrina que esta definição é pouco útil para se conhecer seus exatos limites.

⁶ “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;”

⁷ “Art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

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

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

§ 3º. Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Redação dada ao artigo pela Lei nº 3.238, de 01.08.1957)

Sabe-se que conceituar é algo perigoso e a definição de direito adquirido até os atuais dias é um desafio entre os juristas.

A respeito escreveu Ovídio Bernardi⁸: “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”.

Ainda discorre José Eduardo Martins Cardozo: “Sem exagero, poderíamos dizer que aproximadamente uma centena de formulações conceituais diversas se tornaram públicas através dos tempos e, em muitos casos, sem qualquer possibilidade de harmonização de aspectos havidos como essenciais. Ainda hoje, assim, a exata definição do que sejam “direitos adquiridos” consiste em um dos principais problemas daqueles que optam por trilhar este peculiar campo de abordagem teórica do fenômeno da intertemporalidade jurídica.”⁹

Outro problema levantado em torno do conceito de direito adquirido é a crítica de juristas, já anteriormente mencionada, quanto a possibilidade ou não da lei infraconstitucional “regulamentar” conceitos constitucionais, em especial aqueles utilizados para a proteção de direitos e garantias individuais, sob pena de, nesta tarefa, eventualmente causarem o amesquinamento do conceito ou a redução de sua dimensão constitucional.

Celso Ribeiro Bastos comenta a questão nos seguintes termos: “O visto, aqui, relativamente ao direito à igualdade, à isonomia, é aplicável, também, à noção de direito adquirido. Quando o constituinte quis protegê-lo contra as investidas do legislador é porque pressupôs que a expressão “direito adquirido”, de *per si*,

⁸ BERNARDI, Ovídio. O direito adquirido e seu problema conceitual. RT, 284:21.

⁹ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da Retroatividade da Lei*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, 113.

trouxesse um teor de significação não passível de ser restringido pelo legislador ordinário.

Não haveria nexos lógicos em se tutelar o direito adquirido, mas, simultaneamente, deixar-se exclusivamente à lei comum o papel de dizer quando o direito adquirido ocorre.

Em síntese, este existe, ou deixa de existir, segundo critérios que não remanescem ao alcance da norma subconstitucional interferir, ao menos para reduzir a sua dimensão constitucional.”¹⁰

Sobre o conceito trazido no parágrafo 2º do artigo 6º, Manoel Gonçalves Ferreira Filho faz a seguinte crítica: “Trata-se de uma noção larga, larguíssima. Ela identifica direito adquirido a todo direito subjetivo (meramente) existente. Sim, porque direito que pode desde logo ser exercido, ou que apenas dependa de termo ou condição prefixada, é todo e qualquer direito existente. Em consequência, todo direito subjetivo existente, de qualquer natureza, seria um direito adquirido (o que o indicaria para a proteção constitucional)”¹¹.

O conceito proposto pelo autor Limongi França é aquele que trata o direito adquirido como a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto¹².

Analisando o §2º do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, na parte “(...) como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado(...)”, temos que para Limongi França, termo é o instante ou dia certo a partir do qual deve começar ou no qual deve extinguir-se a eficácia de um ato jurídico. Já quanto à segunda parte do parágrafo do mesmo artigo – “(...) *condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem*”- o conceito de condição está no artigo 114 do

¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988, Volume 2*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.188.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Poder Constituinte e Direito Adquirido*. Publicada na Revista Direito Mackenzie nº 1/2002.

¹² FRANÇA. R. Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 214.

Código Civil, condição é a cláusula que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto.¹³

Para Celso Ribeiro Bastos: “O direito adquirido consiste na faculdade de continuar a extraírem-se efeitos de um ato contrário aos previstos pela lei atualmente em vigor, ou, se preferirmos, continuar-se a gozar dos efeitos de uma lei pretérita mesmo depois de ter ela sido revogada”.¹⁴

Reynaldo Porchat, citado por Celso Ribeiro Bastos, cita as cinco características para a determinação da ocorrência do direito adquirido, quais sejam: 1) um fato aquisitivo, idôneo a produzir efeitos sob a égide da lei vigente; 2) uma lei vigente no momento em que o fato se realize; 3) capacidade legal do agente; 4) ter o direito entrado a fazer parte do patrimônio do indivíduo ou tê-lo constituído na posse de um estado civil definitivo; 5) não ter sido exigido ainda ou consumado esse direito, isto é, não ter sido ainda realizado em todos os seus efeitos.¹⁵

Para José Eduardo Martins Cardozo, “a regra do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, nada mais é do que um princípio que assegura a sobrevivência da lei velha ou, em outras palavras, a ultratividade desta. Com efeito, nestas hipóteses, mesmo após o término de sua vigência, a lei revogada continua a disciplinar tais situações ao longo do próprio período de vigência da lei nova. O direito antigo “sobrevive”, em última instância, ante a impossibilidade do novo diploma vir a prejudicar estas realidades pré-constituídas.”¹⁶

Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina: “Dele deflui que para a lei um direito para ser considerado adquirido deve apresentar dois caracteres. O primeiro é estarem preenchidos, ou cumpridos, todos os requisitos que a lei exige. O segundo é ocorrer uma das hipóteses seguintes: a) o direito já poder ser exercido; ou b) ter

¹³ FRANÇA. R. Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 230/231.

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.193.

¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.194.

¹⁶ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da Retroatividade da Lei*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, 326.

ele termo inicial de exercício prefixado; ou c) estar sujeito à condição que não pode ser alterada por outra pessoa..”¹⁷

Alexandre de Moraes ensina que, “De difícil conceituação, o direito denomina-se adquirido quando consolidada sua integração ao patrimônio do respectivo titular, em virtude da consubstanciação do fator aquisitivo (requisitos legais e de fato) previsto na legislação. Como salienta Limongi França, ‘a diferença entre a expectativa de direito e direito adquirido está na existência, em relação a este, de fato aquisitivo específico já configurado por completo.’”¹⁸

Limongi França chama a atenção para a diferenciação que se estabelece entre expectativa de direito e direito adquirido. A primeira é a faculdade jurídica abstrata ou em vias de concretizar-se, cuja perfeição está na dependência de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico.¹⁹

4 O Direito Adquirido como Cláusula Pétreia

A regra do artigo 5º, inciso XXXVI, por tratar-se de garantia individual, caracteriza-se como cláusula pétreia, não podendo, portanto, ser objeto de projeto de lei que pretenda alterá-la.

“Note-se que a proibição de lei que prejudique o direito adquirido está, na Constituição vigente, entre os “Direitos e garantias fundamentais”, que enuncia seu Título II, mais precisamente, no capítulo I deste, intitulado “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, no qual se insere o artigo 5º. Tal aspecto merece ser apontado, porque esta Carta Magna inclui “os direitos e garantias individuais” entre as normas que não podem ser abolidas por Emenda. Leia-se o artigo 60, § 4º: “Não

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Anotações sobre o direito adquirido do ângulo constitucional*. Publicada na Revista da Faculdade de Direito da UNG Vol. 1 - 1999, pág. 197.

¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005, p.299.

¹⁹ FRANÇA. R. Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. São Paulo, Saraiva, 1998, 226.

será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais". Assim, a garantia que é o direito adquirido, fica, a seu turno, garantida contra a sua extinção por parte do Poder reformador."²⁰

5 Pontos Polêmicos na Doutrina e na Jurisprudência

5.1 Direito Adquirido e Poder Constituinte

5.1.1 Direito Adquirido e Norma Constitucional Originária

Os direitos adquiridos sob a égide de uma Constituição anterior devem ser respeitados pela nova Constituição, ou pelo novo ordenamento jurídico, ou a nova norma constitucional pode ser retroativa para atingir o direito adquirido em face de ordenamento a ela anterior?

A questão é enfrentada pela doutrina e jurisprudência.

Celso Ribeiro Bastos levanta a seguinte pergunta: "alguém que gozasse do benefício de uma vantagem auferida debaixo da Lei Maior precedente poderia continuar a percebê-la debaixo da nova, ainda que esta já não consagre a permissibilidade para a criação de novas vantagens do tipo?"²¹

Continua o mesmo autor ensinando que, no caso, para que cessassem os direitos adquiridos sob o ordenamento anterior, seria necessário que o novo ordenamento expressamente os fizesse cessar ou ainda que suprimisse todo o instituto no seio do qual o direito adquirido se embutia, como, por exemplo,

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Anotações sobre o direito adquirido do ângulo constitucional*. Publicada na Revista da Faculdade de Direito da UNG Vol. 1 - 1999, pág. 197.

²¹ BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.191.

cessariam os direitos decorrentes de um contrato de locação no caso de a nova ordem jurídica suprimir o direito de propriedade.²²

Sobre o mesmo dilema ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “A irretroatividade da norma é um princípio e como tal pode sofrer exceções. É o que se põe relativamente à norma constitucional originária. Embora essa possua, em regra geral, eficácia apenas para o futuro, não colhendo os facta praeterita, pode fazê-lo, pode ter retroeficácia, para usar da terminologia de PONTES DE MIRANDA. Pode ter essa eficácia retroativa pela boa razão de que não é adstrita ao respeito do direito anterior. Ela é a nova base do ordenamento jurídico, motivo por que o direito a ela anterior só continua em vigor, na verdade recobra vigência, por efeito de uma recepção. Conseqüência disso é poder ela atingir os facta praeterita, mudando-lhes o sentido jurídico, anulando-os *ex tunc*, extinguindo-lhes os efeitos, etc. Portanto, contra ela não prevalecem nem o princípio da irretroatividade nem o do respeito aos direitos adquiridos. Evidentemente, podendo o mais, pode o menos. Ou seja, colher os facta pendencia, extinguindo-lhes os efeitos do presente para o futuro.”²³

No entanto, para ele, a retroeficácia da nova norma constitucional não é presumida. “Pode a norma originária ter retroeficácia. Pode tê-la, não a tem necessariamente. A presunção, aliás, é não ter retroeficácia. Assim, apenas quando resulta de modo suficientemente clara a intenção de colher os fatos passados, é que se deve interpretar como retroativa uma nova norma constitucional originária. É neste sentido a lição de PONTES DE MIRANDA (1970, p. 392): ‘As Constituições não têm, de ordinário, retroeficácia, porque estejam adstritas a isso’”²⁴.

Sobre a inexistência de direito adquirido em face de norma constitucional originária já decidiu o STF que “a supremacia jurídica das normas inscritas na Carta

²² BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.191.

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Poder Constituinte e Direito Adquirido*. Publicada na Revista Direito Mackenzie nº 1/2002.

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Poder Constituinte e Direito Adquirido*. Publicada na Revista Direito Mackenzie nº 1/2002.

Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas no próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido.”²⁵

5.1.2 Direito Adquirido e Poder Constituinte Derivado

Sabe-se que é característica do nosso ordenamento jurídico estar constantemente sofrendo mudanças constitucionais, o que se dá por meio de emendas. Por este motivo, necessário se faz saber se a norma constitucional derivada, ou seja, aquela emanada do legislador constituinte derivado, pode ter eficácia retroativa, a fim de alcançar o direito adquirido.

O assunto não se encontra sedimentado.

Parte dos estudiosos entende que as emendas constitucionais sofrem limitação imposta pela Constituição Originária, sendo assim, não poderiam dispor de modo a prejudicar o direito adquirido, se este foi protegido pelo constituinte originário.

É o que entende Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Outra, bem outra, é a eficácia da norma “derivada”. Esta possui igualmente efeito imediato. Poderá ter eficácia retroativa? Isto depende de uma preliminar. Se a Constituição proíbe a retroatividade, ou garante o direito adquirido, a norma derivada não pode colher a estes, nem ter efeito retroativo.

Fruto de um Poder adstrito às limitações e condicionamentos postos pela Constituição, obviamente tem de observar o que esta preceitua quanto aos pontos assinalados: irretroatividade ou respeito aos direitos adquiridos. Claro está que jamais se pode pressupor a retroatividade da norma derivada.”²⁶

Outros, todavia, pregam, no que tange ao direito adquirido firmado no artigo 5º, inciso XXXVI, da CF, que estão a ele vinculados os magistrados, as

²⁵ STF – Pleno – Adin. nº 248/RJ – Rel Ministro Celso de Mello – Diário da Justiça, Seção I, 8 abr. 1994, p.7.222.

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Poder Constituinte e Direito Adquirido*. Publicada na Revista Direito Mackenzie nº 1/2002.

autoridades administrativas e o próprio legislador, restando como único excluído o legislador constitucional, o qual poderia expressamente prejudicar o direito adquirido por meio de normas com efeito retroativo.

Para José Eduardo Martins Cardozo, “Em síntese: o que veda nossa lei maior é que futuras emendas constitucionais venham a estabelecer a possibilidade de que tenha a nossa legislação infra-constitucional poderes para prejudicar direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada. Não proíbe, ao revés, nenhuma perspectiva, que o próprio legislador constitucional, por via de emendas, tenha tais prerrogativas.”²⁷

Entende Alexandre de Moraes que “o mesmo não ocorre em relação às normas constitucionais derivadas, nascentes de emendas constitucionais, cujo processo legislativo deve respeitar, entre outras normas, as chamadas limitações expressas materiais, conhecidas como cláusulas pétreas. Entre elas, a previsão do art.60, §4º, da Constituição Federal (direitos e garantias individuais), especificamente, o art. 5º, XXXVI (direito adquirido).”²⁸

5.1.3 Direito adquirido contra a Constituição

Fala a doutrina ainda sobre a impossibilidade de se formar direito adquirido em ofensa à Constituição, podendo esta inclusive excepcionar alguns casos, negando-lhes a possibilidade de ensejar a formação de direito adquirido.

Para José Eduardo Martins Cardozo, “(...) tem sido voz corrente entre nós a idéia de que a Constituição não está obrigada a respeitar “direitos adquiridos”, ou quaisquer das demais realidades enunciadas no art. 5º., XXXVI, da atual Constituição. Afinal, negada a existência de qualquer poder jurídico acima do estatal, não haveria como se recusar a possibilidade de uma norma de igual hierarquia

²⁷ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da Retroatividade da Lei*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, 314.

²⁸ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005, p.299.

excepcionar aquilo que ora consagrou como regra. Aliás, a própria Constituição de 1988 nos dá, embora em matéria pertinente ao direito administrativo, importante exemplo de exceção ao princípio consagrado no seu referido art.5º., XXXVI. Ao disciplinar os vencimentos dos servidores públicos, apesar de consagrar de forma inovadora o princípio da irredutibilidade de vencimentos (art.37, XV e art. 39, parágrafo 2º c/c art. 7º., VI), afirma no art. 17 do Ato das Disposições Transitórias, *in verbis*: ‘os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos ao limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.’ Reconhece, portanto, o próprio texto constitucional, de forma plena, a impossibilidade de sobrevivência do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, contra o texto expresso de norma constitucional em contrário.”²⁹

Sobre a inexistência de direito adquirido em face de norma constitucional originária já decidiu o STF que “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.”³⁰

5.2 O direito adquirido e normas de direito público

Divergem os juristas quanto a existir ou inexistir direito adquirido em matéria de direito público³¹, em razão da prevalência do interesse do Estado, ou seja, da supremacia da ordem pública sobre o interesse individual.

²⁹ CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da Retroatividade da Lei*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, 312/313.

³⁰ STF – Pleno – Adin. nº 248/RJ – Rel Ministro Celso de Mello – Diário da Justiça, Seção I, 8 abr. 1994, p.7.222.

³¹ Licença de Construção e direito adquirido : STF – “Não fere direito adquirido decisão que, no curso de processamento de pedido de licença de construção em projeto de loteamento, estabelece novas regras de ocupação do solo. Com esse entendimento, a Turma deu provimento a recurso extraordinário para cassar mandado de segurança concedido ao fundamento de que a recorrida estaria imune a novas exigências do poder público em lei superveniente. Precedente citado: RE

Geovany Jevaux, ao comentar o problema das normas de direito público, explica que “A regra da irretroatividade das leis geralmente tem nas leis de direito público uma exceção aceita na doutrina. Leis dessa índole são aquelas que disciplinam matérias de interesse do Estado. Apesar das motivações deste tratamento estarem na raiz de duas teorias políticas, conforme a sua invocação ocorra no interesse do próprio Estado (razões de estado) ou de toda a coletividade (autodeterminação ou princípio da maioria), em média aquela exceção é tratada como um fundamento eminentemente jurídico, forjado no âmbito do estado social ou protetor, que é o da “prevalência do interesse público sobre o privado”, uma cantilena que priva o assunto de qualquer reflexão crítica, impede qualquer solução mais sensata e propicia o arbítrio estatal sobre o indivíduo.”³²

Manoel Gonçalves Ferreira Filho cita que, “Sem propriamente dissentir de Gabba, o civilista italiano de Ruggiero dá à noção de direito adquirido uma extensão menor. Resume-o o professor Vicente Ráo: "O fato já verificado, considerado em si e em seus efeitos futuros, deve ser governado pela lei em vigor ao tempo em que se verificou, mas só em certas matérias, que são principalmente aquelas nas quais predomina a vontade individual e o interesse dos indivíduos; nas matérias, porém, nas quais predomina o interesse do Estado e a ordem pública, ocorre a aplicação imediata da lei nova.”³³

O Ministro Teori Albino Zavascki, em voto proferido em Mandado de Segurança MS 8499-DF, entendeu que todos os novos preceitos normativos infraconstitucionais, sejam eles de direito privado ou público, não de preservar os direitos adquiridos.”³⁴

85.002-SP (RTJ 79/1016)” (STF – 1a T. – RE 212.780/RJ – Rel. Min. Ilmar Galvão, decisão: 27-4-1999. Informativo STF, n. 147)

³² JEVEAUX, Geovany. *Direito Adquirido Processual*. Revista de Processo número 136, 89.

³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Anotações sobre o direito adquirido do ângulo constitucional*. Publicada na Revista da Faculdade de Direito da UNG Vol. 1 - 1999, pág. 197.

³⁴ “A Constituição, como se sabe, impôs as seguintes limitações ao legislador, no que se refere à criação de leis e à sua incidência no tempo: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" (art. 5º, XXXVI). Trata-se de norma de sobredireito, editada com a finalidade de nortear a produção de outras normas, tendo por destinatário direto, conseqüentemente, o próprio legislador infraconstitucional. Tal limitação diz respeito não apenas ao poder de legislar sobre direito privado, mas também ao de editar normas de direito

Carlos Ayres Brito, no sentido da inexistência de direito adquirido frente a normas que resguardam o interesse público aponta: “(...) Uma coisa a lembrar: 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**. Razão pela qual os seus titulares nunca deixam de ser eventuais titulares. Titulares sempre em estado de precariedade. Por exemplo, o proprietário de um bem de produção jamais pode se eximir de normas legais quanto a certos modos de pôr o seu bem a render e quanto à fiscalização do Poder Público sobre esses modos econômicos de exercício de direito. Diga-se o mesmo do uso de um automóvel em via pública. Ou quanto à detenção de certas competências administrativas perante o administrado. Ou no que tange à localização de um estabelecimento mercantil, ou industrial, se se modificam as leis de zoneamento do respectivo Município. Ou ao fato de servidores públicos se encontrarem sob determinado regime de trabalho. (...)”³⁵

“O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN 493, relatada pelo Ministro Moreira Alves, firmou o seguinte entendimento: ‘o disposto no art.5º, XXXVI, da Constituição Federal, se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva’(RTJ 143/724)”.³⁶

público. Todas os novos preceitos normativos infraconstitucionais, seja qual seja a matéria que versarem, devem estrita obediência à cláusula limitativa do art. 5º, inciso XXXVI da Constituição. Portanto, também as normas de direito tributário, e especialmente, as que tratam de isenções, hão de preservar os direitos adquiridos.”

(STJ – MS 8499-DF, rel. p/acórdão Min. Castro Meira, j. 26.02.2004 – DJU 07.06.2004, trecho do voto do Min. Teori Albino Zavascki).

³⁵ BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria Da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 115/116).

³⁶ STF- Ag. Inst. nº 200767-2/RS- Rel. Ministro Sidney Sanches, Diário da justiça, Seção I, 23.jun.1997, p.29.006.

5.3 Direito Adquirido Processual

Por fim, cumpre-nos analisar o instituto do direito adquirido em relação às normas processuais, ou seja, a complexa questão do chamado direito adquirido processual.

Para tanto, começamos considerando a respeitável concepção de Galeno Lacerda para quem há o **direito adquirido processual**^{37 38}, ou seja, aquele originário de fatos jurídicos processuais, o que encontra amparo no art. 158 do Código de Processo Civil. Pondera, ainda, que existe um direito adquirido à prova, ao recurso, do mesmo modo que existe direito adquirido frente aos institutos jurídicos da posse e do domínio, p. ex, vinculados ao direito material. Ressalta que, na seara processual, o direito adquirido sofre os temperamentos decorrentes da sua própria natureza, ou seja, de integrar o ramo do direito público, segundo a amplitude da sua indisponibilidade. Contudo, alerta o mestre, que a “(...) **lei nova não pode atingir situações processuais já constituídas ou extintas sob o império da lei antiga,**

³⁷ RECURSO – PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO – CONVERSÃO – LEI Nº 9.957/00 – DIREITO INTERTEMPORAL – 1. É próprio da norma processual a incidência imediata, não se podendo, por conseguinte, descartar totalmente a aplicação da Lei nº 9.957/00 aos processos pendentes ao tempo em que passou a vigor (artigo 1211 do CPC). 2. Contudo, a aplicação do procedimento sumaríssimo aos processos em curso deve gizar-se pelo fato de ter havido ou não a citação do demandado, sob pena de infringência aos princípios constitucionais que resguardam o direito adquirido processual das partes e o devido processo legal (CF/88, artigo 5º, incisos XXXVI e LIV). 3. Consumada a citação em data anterior ao advento da Lei nº 9.957/00, é defeso ao juízo proceder à conversão do rito processual, de ordinário para sumaríssimo, máxime em sede recursal, pois se cuida de ritos incompatíveis entre si, e não é concebível, sem ferir a boa e lógica ordem legal dos atos do processo, mesclarem-se procedimentos ditados para causas de natureza absolutamente diversa. 4. Recurso de revista de que se conhece, por violação aos artigos 5º, incisos XXXVI e LV, da Constituição Federal, e 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e a que se dá provimento para, anulando o acórdão regional, por vício procedimental infringente de Lei, determinar o retorno dos autos ao TRT de origem, a fim de que outro seja proferido, com a adoção do rito ordinário. (TST – RR 181 – 1ª T. – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 29.08.2003)

³⁸ PROCESSO CIVIL – DIREITO INTERTEMPORAL – CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NAS AÇÕES RELATIVAS AO FGTS – DIREITO ADQUIRIDO PROCESSUAL – ART. 29-C DA MP Nº 2.164-40/2001 – 1. O disposto no art. 29-C da MP nº 2.164-40, publicada no D.O.U de 27.07.2001, somente incidirá nas ações ajuizadas a partir de 27.07.2001, sob pena de violação ao art. 5º, XXXVI, da CF/88. 2. Agravo conhecido e desprovido. (TRF 4ª R. – AG-AC 2002.70.00.037415-4 – PR – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – DJU 21.01.2004 – p. 629) JCF.5

*isto é, não pode ferir os direitos processuais adquiridos. O princípio constitucional de amparo a esses direitos possui, aqui, também, plena e integral vigência”.*³⁹

Este tema foi analisado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ – REsp. nº 642.838-SP, rel. desig.Min. Teori Albino Zavascki, j. 02.09.2004 – DJU 12.11.2004), em Recurso Especial, no qual se alegava, justamente, a violação ao direito adquirido sob a ótica processual haja vista as alterações originárias da Lei 10.352/01 e a remessa obrigatória.

Segundo a posição do ministro Teori Albino Zavascki: “O direito intertemporal, em matéria de processo, está submetido à regra básica segundo a qual a lei nova tem aplicação imediata, alcançando os processos em curso, **mas sem prejudicar direitos processuais já adquiridos**. É regra que se aplica, não apenas em relação aos recursos, mas em relação a direito originário de qualquer outro ato processual, inclusive, portanto, ao que decorre, para a Fazenda Pública, do reexame obrigatório das sentenças (CPC, art. 475)” – destaques nossos.

A posição de Galeno Lacerda⁴⁰ é clara: os recursos interpostos sob a égide da lei antiga, ainda não apreciados, devem sê-lo nos termos das regras antigas, ainda que modificadas pela legislação posterior.⁴¹

Esta posição autoriza uma única conclusão: o requisito da repercussão somente pode ser exigido após a regulamentação do instituto através de lei ordinária

³⁹ LACERDA, Galeno. *O Novo Direito Processual e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 13.

⁴⁰ LACERDA, Galeno. *O Novo Direito Processual e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p.69.

⁴¹ DISSÍDIO COLETIVO – RECURSO DE OFÍCIO – PRAZO EM DOBRO – AUTARQUIA CRIADA POSTERIORMENTE AO ACÓRDÃO NORMATIVO – 1. Ditam a admissibilidade do recurso os pressupostos legais existentes ao tempo da prolação da sentença, sob pena de ofensa ao direito adquirido processual da parte. 2. Acórdão normativo proferido em desfavor de suscitada que, ao tempo em que publicado, ostentava natureza jurídica de empresa pública. A ulterior transformação em autarquia estadual, já consumada à época do recurso ordinário, não lhe assegura prazo em dobro e tampouco recurso de ofício. 3. Recurso ordinário voluntário não conhecido, por intempestividade. Recurso de ofício não conhecido porque incabível. (TST – RXOFRODC 747930 – SDC – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 09.11.2001 – p. 624)

e para os acórdãos prolatados posteriormente, sob pena de violação ao um **direito adquirido processual**.^{42 43}

Ressalte-se que, como bem observado pelo Ministro Teori Albino Zavasscki em seu voto parcialmente transcrito acima, tal entendimento se aplica em relação a direito originário de qualquer ato processual.

Geovany Jevaux cita que “a doutrina processual mais recente menciona três teorias acerca da incidência da lei nova sobre os processos findos, em curso ou por se iniciar. Trata-se das teorias da unidade, das fases processuais e do isolamento dos atos, de que fala Moacyr Amaral dos Santos. Pela primeira, o processo é encarado como um sistema unitário de atos, devendo ser regido inteiramente por uma única lei, ou a velha ou a nova, conforme dispuser esta última. Pela segunda, o processo se desenvolve por fases, definidas por postulação, saneamento, instrução, decisão e recursos, de modo que a lei velha prevalece durante uma dessas fases, se ainda não terminada, aplicando-se a lei nova, para a fase ainda não iniciada. Pela última, o processo não é desconsiderado como uma unidade, mas os seus atos são havidos como independentes, de tal forma que a lei nova deve respeitá-los, assim como os seus efeitos, incidindo apenas sobre os atos ainda por ocorrer.”⁴⁴

⁴² AGRAVO DE INSTRUMENTO PROTOCOLIZADO EM DATA COINCIDENTE COM A DA PUBLICAÇÃO DA LEI Nº 9756/98 QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 897 DA CLT – TRASLADO DE PEÇAS – A Lei nº 9756/98, que deu nova redação ao art. 897 da CLT, é aplicável apenas aos Agravos de Instrumentos interpostos de despachos proferidos depois de 18-12-98, data da publicação da lei referida. As condições de admissibilidade e os pressupostos processuais recursais regulam-se pela lei do tempo em que proferida a decisão recorrida, em observância ao princípio do direito adquirido processual. O Agravo estava regularmente formado. Embargos providos. (TST – EAIRR 532221 – SBDI 1 – Rel. Min. Rider Nogueira de Brito – DJU 05.10.2001 – p. 555) JCLT.897

⁴³ EMPRESA EM REGIME DE LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL – PENHORA ANTERIOR À DATA DA DELIBERAÇÃO EM ASSEMBLÉIA DE ACIONISTAS – BEM NÃO INTEGRANTE DA MASSA LIQUIDANDA – 1. A desconstituição de penhora de bem de empresa em regime de liquidação extrajudicial esbarra no direito adquirido processual do exeqüente à execução quando a constrição ocorreu ao tempo em que não havia obstáculo legal algum para que se consumasse a penhora, porque procedida anteriormente à publicação da liquidação extrajudicial decidida em assembleia de acionista, sendo irrelevante o fato de que a praça e o leilão tenham sido designados após a instituição do regime. No caso, o bem não integra a massa liquidanda. 2. Recurso ordinário conhecido, mas desprovido. (TST – ROMS 413510 – SBDI 2 – Rel. Min. Francisco Fausto – DJU 10.11.2000 – p. 534)

⁴⁴ JEVEAUX, Geovany. *Direito Adquirido Processual*. Revista de Processo número 136, 94.

O autor ainda faz a seguinte consideração sobre o direito adquirido no processo coletivo: “Quando o processo é pensado em termos coletivos ou difusos, ao contrário, a tendência é a de sobrepor os interesses tutelados em detrimento de posições individuais, como, por exemplo, a desistência do direito de agir ou o abandono do processo na ação popular, quando o seu exercício não é aceito sob o exclusivo arbítrio omissivo do autor, determinando-se ao Ministério Público e facultando-se a outros cidadãos que assumam a posição ativa (art. 9º da Lei 4.717/65).”⁴⁵

6 Conclusão

Concluimos, em face da demonstrada divergência de opiniões da doutrina e da jurisprudência, que o tema, mesmo que antigo, suscita dúvidas, seja quanto a dificuldade de se chegar a um conceito pacífico e satisfatório, seja em relação aos demais pontos práticos que o envolvem.

Procuramos realizar um breve estudo, de forma a contribuir de alguma maneira, ainda que ínfima, para a disseminação, entendimento e discussão do assunto, tamanha a sua importância na sociedade moderna, tendo em vista estar em destaque um dos valores mais relevantes do nosso ordenamento, qual seja, a segurança e estabilidade das situações já consolidadas.

Afora esses pensamentos, pudemos chegar a algumas pequenas e pontuais conclusões, quais sejam:

1) o direito, para que se considere adquirido, não obstante deva integrar o patrimônio do indivíduo, não necessita ter cunho patrimonial, ou seja, econômico, sendo possível que integre o seu patrimônio moral.

2) A proteção ao direito adquirido, inserida entre os Direitos e Garantias Individuais e Coletivas, impõe limitação expressa material ao Constituinte derivado,

⁴⁵ JEVEAUX, Geovany. *Direito Adquirido Processual*. Revista de Processo número 136, 99.

importando dizer que constitui cláusula pétrea, e, portanto, não pode ser alterada nem sequer abolida por meio de Emendas.

3) A obrigatoriedade de respeito ao direito adquirido não se impõe ao legislador constituinte originário, o qual não sofre limitações materiais, sendo característica da norma constitucional deste tipo ser originária, ilimitada e incondicional.

4) Outra é a situação do legislador constituinte derivado, que, para elaborar Emendas deve respeitar as limitações impostas pela Carta Constitucional, entre elas, a regra do artigo 5º, inciso XXXVI da CF/1988.

5) A norma constitucional originária pode trazer exceções à formação do direito adquirido, o que não pode ser feito por meio de Emendas. Nestas situações, não se forma direito adquirido contra texto constitucional.

6) O direito adquirido deve ser respeitado, não se devendo fazer distinção entre normas de direito público, de direito privado, nem sequer de leis atinentes ao processo, até mesmo diante da dificuldade de se precisar quais matérias são realmente de interesse público, e nem sempre o interesse do Estado se confunde com o interesse público. Como já ressaltou a doutrina citada, não há interesse público maior a justificar essa proteção do que o interesse dos indivíduos em se sentirem protegidos e seguros, em terem suas situações jurídicas consolidadas resguardadas do alcance de leis modificativas posteriores.

7 Referências Bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria Da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Da Retroatividade da Lei**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Anotações sobre o direito adquirido do ângulo constitucional**. Publicada na Revista da Faculdade de Direito da UNG Vol. 1 – 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Poder Constituinte e Direito Adquirido**. Publicada na Revista Direito Mackenzie nº 1/2002.

FRANÇA. R. Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. São Paulo: Saraiva, 1998.

JEVEAUX, Geovany. **Direito Adquirido Processual**. Revista de Processo número 136.

LACERDA, Galeno. **O Novo Direito Processual e os feitos pendentes**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**. Vol.I, 2a ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

NORONHA, Fernando. **Indispensável reequacionamento das questões fundamentais de direito intertemporal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 94, julho/2005.