

# A Constituição

Poder constituinte originário, poder constituinte derivado, direitos subjetivos, direitos adquiridos

LLEWELLYN DAVIES A. MEDINA

## SUMÁRIO

*1. Introdução: sobre a publicização dos direitos. 2. Estudo do vínculo intersubjetivo da relação jurídica: o direito reduzido à sua unidade. 3. Os chamados direitos adquiridos: uma espécie de direito subjetivo. 4. A legitimação e a supremacia da Constituição: fundamento dos direitos subjetivos. 5. O poder constituinte: originário e derivado. Sobre o fundamento da ordem jurídica. 6. Conclusões: sobre os direitos adquiridos contra a Constituição.*

### 1. Introdução: sobre a publicização dos direitos

Os institutos de direito público vêm sendo delineados a partir de seu desmembramento do direito privado, sem dúvida a fonte primária de onde emanam.

No plano da teoria geral da relação jurídica, por exemplo, a referência ainda vem do direito privado, que teoriza em torno dos sujeitos da relação jurídica; da garantia estatal; do vínculo intersubjetivo que liga os referidos sujeitos da relação jurídica.

Daí se extraem os conceitos de direito subjetivo; de direito potestativo; de faculdade jurídica; de poder/dever jurídico<sup>1</sup>.

A fundamentação privatística para a conceituação de institutos de direitos públicos é sobremaneira conhecida. Vide, por exemplo, as teorias contratualistas, que estão presentes em determinados estágios de quase todos os institutos de direito público. Clássica é a conceituação de Rousseau para justificar o vínculo que liga o cidadão ao Estado, quando a

<sup>1</sup> Para um estudo da Teoria Geral da Relação Jurídica, ver ANDRADE, Manuel A. D. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Livraria Almeida, 1974. 2 v.

sociedade passa do estado de natureza para o estado civil<sup>2</sup>.

Assim é que, tendo em vista uma conceitualização que o direito público apropriou do direito privado, interessa ao presente estudo a definição de direito subjetivo, que Ruggiero conceitua como sendo

“o poder da vontade do homem, de agir na perseguição de interesses próprios, de acordo com a norma jurídica”<sup>3</sup>.

O presente trabalho deixa de lado os chamados interesses difusos e coletivos, ainda objeto de construção doutrinária, a despeito de terem sido acolhidos no bojo da Constituição de 1988, que os refere ao disciplinar as atribuições institucionais do Ministério Público (art. 129, III).

Mas a passagem dos direitos da esfera privatística para a pública é tão evidente que não se pode deixar de referir estudo recente de Bobbio, estabelecendo três fases de desenvolvimento do direito do homem:

“os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os

<sup>2</sup> A passagem do estado de natureza para o estado civil determina no homem uma mudança muito notável, substituindo na sua conduta o instinto pela justiça e dando às suas ações a moralidade que antes lhe faltava. É só então que, tomando a voz do dever o lugar do impulso físico, e o direito o lugar do apetite, o homem, até aí levando em consideração apenas sua pessoa, vê-se forçado a agir baseando-se em outros princípios e a consultar a razão antes de ouvir suas inclinações. Embora nesse estado se prive de muitas vantagens que frui da natureza, ganha outras de igual monta; que faculdades se exercem e se desenvolvem, suas idéias se alargam, seus sentimentos se enobrecem, toda sua alma se eleva a tal ponto, que, se os abusos dessa nova não o degradassem freqüentemente a uma condição inferior àquela donde saiu, deveria sem cessar bendizer o instante feliz que dela o arrancou para sempre e fez de um animal estúpido e limitado, um ser inteligente e um homem... O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quanto a aventura pode alcançar. O que ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui. (*Do contrato social*. Nova Cultura, 1991. p. 36.)

<sup>3</sup> *Instituições do direito civil*. Saraiva, 1971. v. 10, p. 181.

quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como conseqüência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado”<sup>4</sup>.

Como se vê, a teoria jurídica está ainda presa a conceitos formulados na órbita do direito privado, pelo que não se pode deixar de referir a teoria da relação jurídica e de sua insuficiência para o fim que será dado quanto aos chamados direitos adquiridos em face da Constituição.

## 2. Estudo do vínculo intersubjetivo da relação jurídica: o direito reduzido à sua unidade

O direito é relação essencialmente intersubjetiva, no sentido de que somente pode haver relação jurídica e, em conseqüência, direito onde haja, pelo menos, dois sujeitos que se relacionem reciprocamente. Por isso é que se diz que, enquanto Robinson Crusoe não encontrou Sexta-Feira, não havia a possibilidade da prática de relação jurídica na ilha onde o personagem de Daniel Defoe foi dar com o costado como naufrago<sup>5,6</sup>.

Quando o direito romano definia a obrigação como sendo um vínculo jurídico *obligatio est iuris vinculum quo necessitate*

<sup>4</sup> *A era do direito*. Ed. Campus, 1992. p. 32-33.

<sup>5</sup> É criticável a posição de Orlando Gomes, em seu curso de Direito Civil, quando admite a possibilidade de relação jurídica entre pessoa e coisa. V. *Introdução ao Direito Civil*. Forense, 1974. p. 118.

<sup>6</sup> Entretanto, Bobbio antevê a possibilidade de, no futuro, até mesmo os animais virem a ser sujeitos de direito, verbis: “Olhando para o futuro, já podemos antever a extensão da esfera do direito à vida das gerações futuras, cuja sobrevivência é ameaçada pelo crescimento desmesurado de armas cada vez mais destrutivas, assim como a novos sujeitos, como os animais, que a moralidade comum sempre considerou apenas como objetos, ou, no máximo, como sujeitos passivos, sem direitos”. Op. cit. p. 63.

*adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*, ali já se falava de uma ligação entre os sujeitos de dada relação jurídica.

É a natureza do vínculo que fixa a natureza do direito; se subjetivo; se potestativo; se mera faculdade jurídica; se poder/dever jurídico.

Pode-se falar em direito potestativo quando o vínculo cria um poder para determinado sujeito da relação jurídica, que pode atuar livremente, enquanto ao outro sujeito cabe apenas esperar, suportar a ação do titular do direito potestativo. Veja-se, por exemplo, o que ocorre com o prazo recursal. Quando um dos sujeitos da relação jurídica processual recebe a decisão que lhe é desfavorável, passa a ter o direito potestativo de, no prazo de tantos dias, recorrer daquela decisão. Ao mesmo tempo, a parte vencedora nada pode fazer, a não ser, passivamente, esperar que o prazo transcorra, aguardando assim que a parte perdedora recorra ou deixe de recorrer, exercitando o direito potestativo de que é titular.

Já a faculdade jurídica cria para o sujeito da relação jurídica uma mera opção, que pode ou não ser exercida, sem que na hipótese de omitir-se decorra qualquer consequência em seu desfavor. Tome-se por exemplo o art. 301 do Código de Processo Penal, segundo o qual

“Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

Como se vê, se qualquer do povo deixar de prender quem estiver em flagrante delito, nenhuma consequência advirá em seu desfavor, pois o mesmo está sujeito a mera faculdade jurídica, que pode ou não ser exercida, a seu próprio talante.

Adiante, vê-se ainda que o vínculo a ligar os sujeitos da relação jurídica pode ser de natureza tal que crie em favor do titular mais deveres do que direitos. É o que ocorre, por exemplo, com o pátrio poder. O titular o exerce não em seu próprio benefício, senão em favor do destinatário, sendo certo que o pátrio poder cria mais deveres, mais encargos do que benefícios para o titular.

Deixei para o fim a consideração em torno do direito subjetivo, embora dele já tenha dado acima a definição de Ruggiero. O direito subjetivo tem características tais que, ao tempo em que cria um poder de exigir por parte do titular, faz nascer um dever de prestar por parte

do outro sujeito da relação jurídica – o devedor. É o que se chama adequadamente de dever jurídico. Direito subjetivo e dever jurídico são como que as faces de uma mesma moeda, pelo que não se pode falar de um sem que ao outro se refira. Não pode existir o direito subjetivo sem o correspondente dever jurídico.

Deve-se fazer um parêntesis para referir-se a uma questão que é encontrada diariamente na doutrina e na jurisprudência e que, entretanto, muitas vezes, não é resolvida. Refiro-me à distinção entre prescrição e decadência, que confusamente é tratada. Assim é que, segundo boa doutrina, a prescrição dirá sempre sobre a perda de um direito subjetivo em razão do seu não-exercício em determinado prazo. A decadência dirá respeito sempre à perda de um direito potestativo em razão, igualmente, do seu não-exercício em determinado prazo. Ambos os institutos são de direito material e nada têm que ver com o exercício do direito de ação, como corriqueiramente se diz; a propósito, ver Moreira Pimentel<sup>7</sup>.

### 3. Os chamados direitos adquiridos: uma espécie de direito subjetivo

Visto o conceito de direito subjetivo, pode-se abordar o tema ora em estudo, qual seja, o da existência de direitos adquiridos (enquanto direitos subjetivos) em face da Constituição.

A questão tornou-se relevante, nos últimos dias, com a propalada reforma da Previdência, sendo certo que as notícias recebidas através dos meios de comunicação dizem, quase sempre, que tal reforma não respeitaria os direitos adquiridos, pois não há direitos adquiridos contra a Constituição.

A Constituição de 24.3.1824 nada disciplina sobre os chamados direitos adquiridos. Seu art. 179, III, ao elencar os então chamados “direitos civis”, limita-se a estabelecer que nenhuma lei terá efeito retroativo.

A Constituição da República Velha (24.2.91), na mesma ótica, estabelece que é vedado aos Estados, como à União, prescrever leis retroativas (art. 11 § 3º), nada dispondo sobre os chamados direitos adquiridos, sendo certo que na seção relativa à declaração de

<sup>7</sup> *Comentários ao Código de Processo Civil*. Revista dos Tribunais, 1979. v. 3, p. 221.

direitos (arts. 77 e seguintes) nenhum dispositivo veio regular a questão que ora se comenta.

Silenciou a Emenda Constitucional de 3.9.1926, a despeito de ter dado nova redação ao citado art. 72 da Constituição de 1891.

Pela primeira vez, ganha *status* constitucional a questão ora em exame, com o advento da Carta de 16.7.34, que dispõe, no art. 113, § 3º, que

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

Logo, entretanto, a Constituição de 11.11.1937 retirou da esfera constitucional tão importante garantia individual, seguindo o espírito ditatorial com que foi outorgada pelo então ditador Getúlio Vargas.

Cronologicamente, vem a *Lei de Introdução ao Código Civil* (Decreto-Lei nº 4.657, de 4.9.42) que, ainda na vigência da Constituição de 1937, revigora o princípio anteriormente recepcionado pela Constituição de 1934. Assim é que em seu art. 6º estatui que

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

Segue-se a Constituição democrática de 14.9.46, que, em seu art. 141, § 3º, eleva para o foro constitucional tal direito individual ao dispor que

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

Tal redação, *ipsis litteris*, é repetida pela Constituição de 24.1.67 (vide art. 150, § 3º), dispositivo que foi mantido pela Emenda Constitucional nº 1/1969 (vide art. 153 /3º).

Finalmente, a Constituição vigente, de 5.10.88, por sua vez, repete a redação que se tornou clássica:

“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art.5º, XXXVI).

Está, pois, firmemente, enraizado na cultura constitucional brasileira o princípio de que a lei não prejudicará o direito adquirido, subsistindo, entretanto, a indagação de se saber se a Constituição pode desconsiderar direitos adquiridos.

#### 4. A legitimação e a supremacia da Constituição: fundamento dos direitos subjetivos

Considerando-se o aspecto meramente normativo, vindo de Kelsen, legitima-se a Constitui-

ção porque não se funda em nenhuma outra norma. A Constituição é o vértice da pirâmide e legitima as demais normas jurídicas, que são infraconstitucionais. Por sua vez, a Constituição não necessita de outra norma para a legitimar, estando fora do sistema normativo, o que a fundamenta.

Considerando, entretanto, um aspecto de valor, a norma constitucional é hierarquicamente superior porque se funda no poder constituinte, que não é senão o estado de sociedade na linguagem de Rousseau.

O poder constituinte cria o estado de direito, legitima a Constituição e torna esta superior a todas as demais normas que integram dado ordenamento jurídico. É o poder constituinte, ainda, que cria nova ordem jurídica, estabelecendo direitos subjetivos novos e pressupondo, melhor, prevendo empiricamente novas situações fáticas que, se concretizadas (a concreção do suporte fático hipotético a que se refere Pontes de Miranda)<sup>8</sup>, darão surgimento a novas relações jurídicas e, daí, a novos direitos subjetivos.

A teoria do poder constituinte originou-se de Sieyès<sup>9</sup>, quando intuiu que o Terceiro Estado é tudo, ou seja, que todo o poder emana da sociedade civil quando funda uma nova ordem jurídica<sup>10</sup>.

Diz Canotilho que

“as constituições, quando emanadas de um poder constituinte legitimado, que intencionalmente manifesta a vontade de emanar um ato compreendido na esfera desse poder, de acordo com um procedimento específico, são consideradas como fonte formal do direito constitucional”<sup>11</sup>.

E quando é o poder constituinte legitimado? Quando se reúne em observância às normas que o prevêm, que tratam de seu funcionamento e que disciplinam suas decisões. Ou quando resulta da ruptura da ordem jurídica anteriormente vigente, como a revolução, daí resultando uma nova ordem.

Ensina Loewenstein que

<sup>8</sup> *Tratado. Revista dos Tribunais*. 1977. t. 1, parágrafos 22 e 23.

<sup>9</sup> *Que é o terceiro estado?* Ed. Liber Juris, 1986.

<sup>10</sup> *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almeida, 1993. p. 66.

<sup>11</sup> “Todo o poder emana do povo” (art.10, parágrafo único da Constituição de 1988).

“de acuerdo con las teorías soberanas del pueblo y del *pouvoir constituant* originario del pueblo soberano, se ha generalizado, y hasta estereotipado, un procedimiento para la elaboración y la adopción de la constitución escrita: una asamblea nacional o constituyente será elegida por todo el pueblo para esta tarefa específica. Con más frecuencia hoy que en tiempos pasados, se prescribe imperativamente la ratificación final por el pueblo soberano”<sup>12</sup>.

Por isso é que se pode afirmar a impossibilidade de se constituir direito adquirido em face da Constituição. Se há uma nova ordem jurídica, resultante da vontade de todo o povo, como se sobrepor a esta um direito de um cidadão, ainda que legítimo fosse, mas diante da ordem jurídica anterior?

A questão não é assim facilmente respondida. Para que se tenha uma resposta adequada à pergunta inicial é preciso distinguir o poder constituinte originário do poder constituinte derivado.

## 5. O poder constituinte: originário e derivado. Sobre o fundamento da ordem jurídica

Até aqui, enquanto se falou em poder constituinte, o objeto da análise sempre foi aquele que os tratadistas chamam de poder constituinte originário. É o referido por Sieyès, por Canotilho, por Loewenstein, acima. É o afirmado por Rousseau:

“A fim de ordenar o todo ou para dar a melhor forma possível à coisa pública, há várias relações a considerar. Primeiro, a ação do corpo inteiro agindo sobre si mesmo, isto é, a relação do todo com o todo, ou do soberano com o Estado... As leis que regulamentam essa relação recebem o nome de leis políticas e chamam-se também leis fundamentais...”<sup>13</sup>.

Esse poder supremo, essa ação do corpo inteiro da sociedade civil agindo sobre si mesma, é o poder constituinte originário, que, ao disciplinar as relações que regerão a sociedade, funda uma nova ordem, põe fim à ordem até então existente, extingue direitos e

<sup>12</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ariel, 1979, p. 162.

<sup>13</sup> Op. cit. p. 68-69.

faz surgir novos. É mais do que razoável concluir que, diante de tal poder constituinte originário, não pode o cidadão invocar direito adquirido de qualquer natureza.

O poder constituinte, entretanto, pode ser derivado e não resultar da ação do corpo inteiro agindo sobre si mesmo, mas senão da atuação de um dos poderes do Estado, especialmente o poder legislativo.

É que, diante da complexidade do Estado moderno e da necessidade da certeza das normas jurídicas, a disciplinarem hipotéticas situações de fato, e considerando a complexidade da convocação do poder constituinte originário, a todo o momento – mormente sabendo-se que o poder constituinte originário nada tem que ver com o poder legislativo –, houve por bem o titular da ordem constitucional prever determinadas hipóteses em que suas normas – observados procedimentos próprios – pudessem ser alteradas.

Aí surge o poder constituinte derivado, que é menos do que o poder constituinte originário, que é diferente do poder legislativo, que detém competência para criar normas constitucionais por delegação do poder constituinte originário.

E, diante da limitação com que atua o poder constituinte derivado, que pressupõe um poder constituinte originário, que pressupõe dada ordem jurídica legitimamente fundada, vê-se que há limites para a atuação do poder constituinte derivado. Se há limites para sua atuação – vide as chamadas cláusulas pétreas da Constituição (art. 60, § 4º) –, é razoável concluir que o poder constituinte derivado não detém competência para dispor de forma tal que contrarie direitos subjetivos já constituídos e que são aqueles que integram o patrimônio de seus titulares.

Embora a Constituição não ressalve, no art. 60, § 4º, citado, os direitos adquiridos, e na verdade não poderia ressaltar, porque estão desde sua origem excluídos da competência do poder constituinte derivado, que não pode alterar os fundamentos da ordem jurídica instituída pelo poder constituinte originário, o sistema jurídico/político que vigora entre nós permite concluir que somente o poder constituinte originário, fundando nova ordem, pode dispor diversamente sobre direitos adquiridos, enquanto direitos subjetivos e que já integram o patrimônio do titular. É a lógica do sistema e resulta da natureza das coisas.

## 6. Conclusões: sobre os direitos adquiridos contra a Constituição

Na medida em que os direitos subjetivos surgem em determinada ordem jurídica, criada ou fundada pelo poder constituinte originário (ou pela revolução), não é dado ao poder constituinte derivado, que decorre do poder constituinte originário e que surge depois de constituídos os direitos subjetivos, desconhecer estes, subvertendo a ordem inaugurada pelo poder constituinte originário.

Admitir-se que o poder constituinte derivado possa atuar retroativamente, alterando relações jurídicas já constituídas e que integram

o patrimônio do sujeito de direito, seria contrariar a natureza das coisas, permitindo o surgimento da insegurança e da incerteza no comércio jurídico. Seria contrariar o fundamento e a razão do direito (que existe para assegurar a certeza e a segurança da ordem jurídica).

A conclusão é, pois, no sentido de que somente não há direito adquirido contra a Constituição que resulta da atuação do poder constituinte originário. Sempre que se tratar da atuação do poder constituinte derivado, forçoso é que este respeite e faça cumprir os direitos subjetivos que já integram o patrimônio de cada sujeito de direito – os direitos adquiridos.