

O princípio do direito adquirido no direito constitucional

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

SUMÁRIO

Introdução. I — O princípio do direito adquirido. II — A sucessividade das normas fundamentais e a aplicação do princípio do direito adquirido no direito constitucional. III — O princípio do direito adquirido e a Constituição Brasileira. Bibliografia.

Introdução

Há institutos e princípios jurídicos que, conquanto se incluam na teoria geral do direito, receberam atenção quase exclusiva, ou muito especial, na esfera doutrinária do direito privado, passando a ser, por essa influência jusprivativista, aplicadas segundo os parâmetros cultivados por esta rama do direito.

Todavia, o seu emprego naquela seara jurídica distingue-se, substancialmente, do trato que devem receber no campo do direito público, especialmente no direito constitucional.

Dentre estes salienta-se o princípio do direito adquirido, que se pode constituir, nesta seara jurídica, não numa expressão de ordem a garantir direitos, mas uma dicção de inércia a estagnar a dinâmica jurídica das normas fundamentais.

Mister é, pois, que a sua absorção neste domínio tenha tratamento específico, adequado a seus princípios e características, a fim de que não se imobilize o evoluir inestancável que marca, singularmente, o processo constitucional.

O direito constitucional — tomado em seu sentido objetivo, vale dizer, como o conjunto de normas fundamentais, que delinea a essência jurídica de uma sociedade política estatal — capta da sociedade a característica do movimento. Como essa, e seguindo-lhe o desempenho permanente, o direito constitucional é ativo e mutante. Deve ser estável, sem ser inerte; deve ser equilíbrio, sem ser ineficaz; deve considerar o passado, sem emperrar o futuro.

Por isso, o princípio do direito adquirido não pode ser absorvido em sua concepção privatista e segundo esta aplicada ao direito constitucional.

O que teria sido de um dos mais célebres atos constitucionais da história brasileira — a Lei Áurea, de 1888 — se se tivesse oposto à sua promulgação o princípio do direito adquirido?

Há, pois, de se tomar aquele princípio num sentido adequado ao direito constitucional democrático, no qual a autenticidade do processo político e da eficácia jurídica fica a depender da possibilidade de se atribuir eficiência e legitimidade às determinações normativas.

I — O princípio do direito adquirido

Não constitui tarefa fácil conhecer-se a essência da expressão “direito adquirido” (1). A matéria tangencia a questão da irretroatividade das leis, que daria eficiência ao objetivo da segurança jurídica. Como a segurança jurídica é prestigiada e realizada diferentemente, conforme a situação fática sobre a qual deva se aplicar a norma jurídica, tem-se difundido, doutrinariamente, que a análise do conceito de “direito adquirido” estaria engastada no exame de cada caso concreto. Então, somente em causas específicas se poderia conhecer da essência do princípio do direito adquirido e, inclusive, detectar-lhe os elementos básicos.

Preocupado em não franquear o emprego indisciplinado deste princípio, cuida o legislador brasileiro, na esteira do exemplo encontrado nos sistemas alienígenas, de fixar alguns pilares do conceito que lhe deve modelar a aplicação.

Assim, o art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, com a redação dada pela Lei n.º 3.238, de 1.º de agosto de 1957) reza que:

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

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

§ 2.º — Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo

(1) Leciona SAN TIAGO DANTAS: “... quase todos conceituam o direito adquirido de um modo um pouco diverso, isto porque, em primeiro lugar, é difícil, a não ser em alguns exemplos, dizer quando os fatos idôneos para a produção de determinado direito estão todos reunidos, e, em segundo lugar, esta expressão ‘entrados definitivamente no nosso patrimônio’ é das mais sutis que se podem representar, porque a única coisa que entra definitivamente para um patrimônio é algum bem ou valor que se lhe tenha incorporado, ao passo que os direitos, muitas vezes, já representam benefícios e ainda se tem dúvida se estão definitivamente incorporados ao nosso patrimônio no sentido atribuído por GABBA a estas expressões.” (*Programa de Direito Civil*, Rio, Ed. Rio, 1977, t. I, p. 115.)

Identicamente assevera PLANIOL que “Personne n’a jamais pu donner une définition satisfaisante du droit acquis” (*Droit Civil*, Paris, t. I, nº 221).

começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem.

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

O conceito de direito adquirido, pois, oferecido pela lei brasileira, repousa em dado filosófico⁽²⁾ e subjetivo, tomados pelo legislador como vertente e diretriz de sua criação jurídica. De um lado, o elemento determinante é o da limitação temporal da norma, que não evolue para alterar situações jurídicas pretéritas perfeitas e, de outro, o elemento que define a perfeição e a demonstra é o titular do direito ou alguém que por ele atue.

Ao aplicador da norma, contudo, a questão passa a ser mais complexa e mais grave que os termos singelos encontrados na norma supratranscrita, porquanto se cuida de saber quando a situação de fato ensejadora da aplicação da regra ter-se-ia completado, a fim de saber constituído, ou não, o direito, vale dizer, quando adentrou — se ocorreu tal circunstância — o patrimônio de seu titular.

É que se estabeleceu, na doutrina e na jurisprudência, que a situação jurídica que já se tenha aperfeiçoado sob o império de uma lei não pode ser desconstituída, ou atingida, em seus efeitos típicos, pelo advento de uma nova regra de direito. Urge, pois, saber quando o ciclo de aperfeiçoamento da situação juridicamente cuidada completou-se, excetuando-se, a partir de tal implemento, o tratamento legal superveniente e, principalmente, conhecer-se quais os efeitos típicos que não podem ser atingidos pelo regramento posterior e quais os que podem ser estancados, sem comprometimento ou agressão — ou pela não aplicação — do princípio do direito adquirido.

Célebre é a elaboração de GABBA sobre esta matéria, o qual, fundado na formulação inicial de LASSALE, expõe que “È acquisito ogni diritto, che a è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo, in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benchè l'occasione di farlo valere non siasi presentata prima dell'attuazione di una legge sotto l'impero della quale accade il fatto da cui trae origine, entrò immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acquistato”⁽³⁾.

Em virtude da incidência do princípio do direito adquirido, o novo e diverso tratamento normativo que se dê a uma matéria prevalece, pois, na perspectiva da doutrina ainda hoje acatada jurisprudencialmente no Brasil sobre o tema, apenas sobre as situações não aperfeiçoadas ao influxo da regra anterior. Entre o momento de incidência de uma norma jurídica e a superveniente sobre o tema podem ocorrer, contudo, circunstâncias que

(2) Cf. DANTAS, San Tiago. — *Op. cit.*, p. 110.

(3) *Retratività delle Leggi*, vol. I, pp. 175 e segs. *apud* LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro*. Rio, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929, vol. I, p. 96.

tenham gerado a denominada "expectativa de direito", que, em verdade, significa inexistência de direito, ou situação de mera possibilidade jurídica. Tratando-as como "meras expectativas", conceitua-as RUGGIERO como "... as esperanças de aquisição de um direito fundadas na norma vigente e ainda não concretizadas em direito por falta de alguns dos elementos objetivos reclamados pela norma..."⁽⁴⁾.

Segundo as idéias dominantes sobre o assunto na doutrina, a lei nova, embora tenha feito nascer alguma esperança de vir a se completar segundo a norma anterior, não se aperfeiçoou, não estando, portanto, em condições de serem captados, por aquele que seria o seu titular, os efeitos que dela lhe adviriam.

Logo, ainda conforme a doutrina prevalente sobre o tema, não se cuidaria aqui de pesquisar-se sobre a aplicação, ou não, do princípio em foco à espécie, porque inexistente direito constituído nos termos da norma anterior, mas uma mera — e destruída — possibilidade de que viesse a sê-lo.

O princípio do direito adquirido fundamenta-se na irretroatividade das leis, a qual encontra, como um de seus limites, exatamente a ocorrência daquele.

Tem-se assentado na teoria do direito que, em princípio, a lei não retroage, a dizer, a norma jurídica não atinge a situação completada sob a égide da regra anteriormente vigente.

A irretroatividade das leis embasa-se na busca de segurança jurídica, conforme acima salientado, devendo esta garantia de estabilidade envolver as relações jurídicas de modo a impedir o seu comprometimento que ocorreria se o advento de lei nova atingisse situações precedentemente formadas.

Nesse sentido, preleciona KOHLER, citado por CLÓVIS BEVILAQUA: "toda a nossa cultura exige certa firmeza de relações, sem o que seríamos lançados nos braços da dissolução; todo o nosso impulso, para estabelecer a ordem jurídica e nela viver, repousa na consideração de que as nossas criações jurídicas têm de perdurar"⁽⁵⁾.

Esta busca de segurança jurídica traduziu-se na impossibilidade de retroagirem as leis para atingir situações preteritamente constituídas, firmando-se, basicamente, assim, o princípio do direito adquirido.

O legislador, como o intérprete, deve ter critério jurídico definido, com fulcro no qual se apresente solução para o conflito decorrente da sucessividade das normas, não sendo compatível com a desejada estabilidade das relações jurídicas a carência de firmeza dos princípios aplicáveis às situações tratadas pelo direito.

(4) RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo, Saraiva, 1971, vol. I, p. 153.

(5) BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio, Ed. Francisco Alves, 1976, p. 25. Cf. também DANTAS, San Tiago — *Op. cit.*, p. 110.

Daí a necessidade de se assentar que o fundamento de um direito alegado não pode ter outra vertente que a ordem jurídica vigente, entendendo-se esta como o conjunto de normas jurídicas aplicáveis em determinado momento histórico. A disposição que não mais se dote de vigor jurídico não se compreende na ordem jurídica positiva atual, única com força vinculante obrigatória atual, e, de conseguinte, não constitui supêdâneo de qualquer pretensão à aquisição de direitos.

Como, na forma antes mencionada, direitos anteriormente adquiridos podem ter os seus efeitos deflagrados, ou ainda emitidos, sob o pálio da norma anterior na vigência da nova regra, a questão da validade temporal da norma se coloca de modo acintoso e demanda solução suficiente.

As legislações, como o faz a brasileira, em geral preocupam-se em orientar o próprio legislador e o intérprete de leis, de modo a estabelecer limitações à sua atuação normativa e explicativa.

Note-se que o princípio da irretroatividade das leis é acolhido, em alguns ordenamentos, como regra de hermenêutica, não se colocando, taxativa e expressamente, em preceito legal, como ocorre no direito pátrio.

Nesse, a matéria vem regida pela própria Constituição, o que ocorre desde os primeiros momentos do Estado brasileiro.

Assim, o art. 179, da Constituição de 1824, dispunha em seus itens 1.º, 2.º e 3.º:

“Art. 179 — ...

§ 1.º — Nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

§ 2.º — Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública.

§ 3.º — A sua disposição não terá efeito retroativo...”.

Em escólios sobre a “garantia de não retroatividade das leis” insculpida no dispositivo em epígrafe assim lavra PIMENTA BUENO: “A lei que, instituindo uma obrigação ou penalidade, fizesse com que ela retrogradasse, e fosse dominar os fatos ocorridos antes de sua promulgação e publicidade legal, aniquilaria toda a idéia de segurança e liberdade. Nenhum homem poderia em dia algum asseverar que deixaria de ser perseguido, pois que qualquer dos atos de sua vida anterior poderia ser erigido em delito.

O sagrado princípio da não retroatividade da lei deve ser respeitado ainda mesmo no caso de interpretação...” (6).

Pelos termos postos no Texto Constitucional do Império, verifica-se que, neste particular, a preocupação — de menos enfatizada pelos herme-

(6) BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio, Min. da Justiça e Negócios Interiores, 1958. p. 334.

neutas — era mais com a liberdade que com outros bens objetos de tutela e cuidado jurídicos, porquanto poderia ela ser arbitrariamente cerceada pela elaboração de norma jurídica advinda após a prática de algum ato.

A Constituição de 1891 não tratou da matéria na parte relativa aos direitos individuais, referindo-se ao tema na forma de uma vedação imposta à União e aos Estados:

“Art. 11 — ...

§ 3.º — É vedado aos Estados como à União ... prescrever leis retroativas...”.

Sob a égide dessa Carta, o tema veio a ser objeto de norma infraconstitucional (Lei da Introdução ao Código Civil que, pela vez primeira, minudenciou os termos da irretroatividade, versando sobre o princípio do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada).

A Constituição de 1934 introduziu, em seu art. 113, item 3, o preceito que prevalece até o presente no sistema constitucional brasileiro e pelo qual se adota a seguinte formulação:

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

A Carta de 1937, desimportante no quadro do constitucionalismo brasileiro pela sua inaplicação, não contemplou regra de teor idêntico àquele que, referente ao princípio em foco, se albergava na Lei Magna de 34.

Havia coerência nesta postura do autor do documento, chamado de Constituição, e imposto em 1937: o direito não tinha a finalidade de estruturar a sociedade estatal, nem resguardá-la da eventual vontade do detentor do poder no Estado. Antes, o direito positivou-se no sentido de resguardar a figura do governante da vontade da sociedade, logo a regra da irretroatividade e seus contornos, incluindo-se o princípio do direito adquirido, destoava do quadro político imposto.

A Constituição de 1946 retornou ao figurino constitucional de 1934, retornando o princípio do direito adquirido à sede constitucional.

A regra manteve-se na Carta de 1967 (art. 150, § 3.º), imaginando-se que teria aplicação idêntica à que recebera a norma no sistema precedente.

Bem que com o mesmo fundamento que alicerçava a positivação de igual preceito na Constituição de 46, não teve o dispositivo antes referido aplicabilidade plena no tormentoso período histórico que se seguiu à outorga da Carta de 67.

Em efeito, o advento do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, comprovou a existência de norma eficiente superior àquela contida no documento constitucional, atingindo-se, pelas regras postas naquele ato, situações pretéritas a seu advento, e fixando-se nele, expressamente,

que a sua aplicação se daria “sem as limitações previstas na Constituição...” (arts. 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 10 e 11) (7).

A Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, repetiu a fórmula principiológica em seu texto (art. 153, § 3.º), vindo a ser, afinal, mais uma vez acolhida a disposição na Constituição de 5 de outubro de 1988 (art. 5.º, XXXVI). Entretanto, o princípio do direito adquirido, conquanto mantido como um dos esteios do sistema constitucional, recebeu tratamento específico e diferenciado quanto à sua incidência sobre situações cuidadas pelos próprios constituintes, vale dizer, sobre matérias incluídas na órbita constitucional positiva e que sucede a tratamento distinto oferecido anteriormente à superveniência do novo texto magno (*).

Nota-se desta breve análise da inclusão do princípio do direito adquirido nos textos constitucionais pátrios, a uma, que o teor do dispositivo não sofreu mudanças essenciais em seus dizeres, conquanto isso não signifique não ter ele se alterado em sua interpretação e aplicação jurisprudencial; e, a duas, que o mandamento traz uma única dicção para o legislador e para o aplicador da norma, o que não quer significar que em qualquer área do sistema jurídico a eficácia do princípio seja idêntica.

No presente estudo, interessa-nos sobremaneira a efetividade do princípio do direito adquirido na seara constitucional, da qual emana, ou não, a orientação principiológica que contingencia a conduta do legislador infraconstitucional e do aplicador da norma jurídica.

II — *A sucessividade das normas fundamentais e a aplicação do princípio do direito adquirido no direito constitucional*

Toda norma que estabelece fundamentos da sociedade estatal é constitucional, vale dizer, estratifica juridicamente um comportamento social ou institucional e sobre ele firma, ou reafirma, estruturas que modelam, ou remodelam, a sociedade estatal.

Toda norma constitucional emana de um poder superior ao poder constituído, seja aquele o poder constituinte originário ou o instituído e ainda que esse seja exercido, por força de definição exposta na Carta Magna, pelos órgãos legislativos ordinários, dotados, naquele momento e excepcionalmente, de vigor constituinte limitado.

(7) O desacato às limitações à retroatividade das leis, uma das quais é o princípio do direito adquirido, é, historicamente, encontrado em regimes políticos anti-democráticos, como ocorreu, *verbi gratia*, em França, durante a ocupação alemã, e na Argentina, durante o regime autoritário imposto na década passada, quando fatos pretéritos foram julgados segundo normas posteriormente editadas e que passaram a tipificá-los como criminosos. Note-se, entretanto, que nestas hipóteses o alvo é a liberdade individual, em qualquer de suas manifestações e não vantagens obtidas através de normas infraconstitucionais e que são sempre modificáveis, consoante se verá abaixo.

(*) Cf. p. 17.

A elaboração e promulgação da norma constitucional têm manifestação e eficácia distintos do regramento jurídico ordinário pela sua fonte e natureza especiais.

Em efeito, a fonte da manifestação constituinte é soberana e, no regime democrático, parâmetro ideal no momento contemporâneo, popular.

A natureza definidora da norma constitucional é a sua fundamentalidade. A norma jurídica magna traz a marca da essencialidade que caracteriza a sua disposição. Esta qualidade de fundamento tem o duplo sentido de ser, de uma parte, a base sobre a qual se alicerça o edifício normativo jurídico, o qual se estrutura, se condiciona e se valida na exata conformidade com esse primeiro pilar do sistema. A norma constitucional é, pois, o centro do qual emana a validade do ordenamento que se lhe segue, somente nele se acolhendo o preceito que seja com ela compatível e coerente. De outra parte, a fundamentalidade da norma constitucional expressa-se na feição soberanamente inovadora e descomprometida com o direito positivo que lhe antecede. É norma fundamental, assim, por definir o momento primário da criação jurídica estatal, sem peias contraditórias no direito anterior, significando o seu surgimento o começo de uma etapa nova no processo constitucional de um povo.

A norma constitucional constrói, de modo inédito, portanto, uma situação jurídica, condicionando, então, originariamente, uma situação social fática subsumida a ela.

Circunstância alguma, anteriormente curada pelo Direito Constitucional Positivo, e posta diversamente pela norma constitucional inaugurada, tem força jurídica para manter-se sob o exclusivo argumento de sua preexistência validada e consolidada antecedentemente, pois não subsiste fato social contrário ao direito, e não subsiste norma de direito sem fundamento atual e autônomo.

Daí por que em alguns momentos a doutrina, inclusive a que aprezoava e divulgava com rigor a vigência do princípio do direito adquirido, chegou a ser taxativa ao ponderar que "les lois constitutionnelles, les lois d'organisation et de compétence judiciaire, les lois qui règlent la capacité des personnes ne donnent aucun droit acquis" (8).

De igual forma, Ihering, célebre iniciador da doutrina do direito adquirido, na titulação oferecida por DUGUIT, esclarece que, em se tratando de leis administrativas ou criminais, "elles nous protègent, mais non dans la forme d'un droit qui appartient en propre" (9).

Observação que merece ser relevada, neste passo, é o da função da norma constitucional, que é a de construir as bases jurídicas da sociedade estatal segundo as tendências, necessidades e interesses ancilares ao povo.

(8) AUBRY et RAU — "Droit Civil" apud DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs, 1927, t. I, p. 228.

(9) Idem, *ibidem*.

A função serviente à realização das aspirações sociais é permanente, integrando o próprio caráter de fundamentalidade da norma, razão pela qual há de estar nela contida, sempre a possibilidade de adequar-se aos novos rumos, tendências e necessidades surgidos no grupo social.

Daí por que a norma constitucional é relativamente mutável, a dizer, o próprio sistema jurídico adota instrumentos que propiciam a adequação do ordenamento constitucional às novas tendências sócio-políticas através de modificações que se introduzam sem a ruptura ou a necessidade de substituição integral do sistema.

A função da Constituição — delimitadora das bases estatais e definidora dos parâmetros normativos do comportamento político da sociedade — cumpre-se, é certo, segundo padrões diversos e conformes ao estágio de amadurecimento do povo.

Assim, enquanto o atendimento da função da norma constitucional faz-se, em Estados altamente desenvolvidos politicamente, através da captação do momento social e de sua inserção na norma, vale dizer, a norma constitucional reflete a realidade sócio-política, nos Estados de baixo nível de desenvolvimento político a função da norma é de criar novos parâmetros jurídicos que, inclusive, propiciem, pela instituição de novas bases das relações sócio-econômicas, novo direcionamento das idéias e interesses da sociedade.

O cumprimento das funções precípua da norma constitucional exige, pela sua natureza mutante da realidade sócio-política, a efetividade de sua observância, a aplicabilidade plena e imediata de seus ditames.

A força superior da norma constitucional decorre da soberania do titular do Poder Constituinte, no qual se encontra o único elemento validador do ordenamento jurídico. Logo, a partir de sua vigência, a norma constitucional impõe-se, ainda que com eficácia limitada pelos seus próprios termos e condições, mas com tal império que nada que se lhe contraste pode ser resgatado no mundo jurídico, qualquer que seja a sua origem ou conteúdo.

Estas observações conduzem-nos ao problema da alegação de direito adquirido em face da sucessividade das normas constitucionais.

A promulgação de uma norma constitucional tem o duplo efeito de determinar, desde o momento inicial de sua vigência, uma nova ordem e de desfazer a força vinculante e obrigatória da que se lhe antecede, quer dizer, rompe-se uma estrutura jurídica posta e inicia-se um novo tratamento jurídico do tema a partir de então.

Nesta transmutação da norma e do próprio valor que por ela se substancia, exsurge a questão relativa à aplicação, ou não, do princípio do direito adquirido.

É certo que a norma constitucional, como, de resto, toda e qualquer regra entronizada na ordem jurídica, não repristina, a dizer, não retrograda.

não se aplica ao passado, nem deveria atingir situações completadas, efetivadas e consumadas sob a égide da regra anterior. A retroatividade das leis, especialmente quando concerne aos direitos individuais, relevo dado à liberdade, conduz ao arbítrio, à insegurança, ao abuso dos governantes, como luminariamente exprime PONTES DE MIRANDA: "a irretroatividade defende o povo; a retroatividade expõe-no à prepotência" (10).

Isto não significa, contudo, que a positivação de uma norma constitucional esbarre em óbice jurídico contido na preexistência de outra norma como entrave intransponível porquanto tenha esta anteriormente produzido efeitos, que se considerassem indestrutíveis. Entendimento como esse levaria à impossibilidade de se dar eficiência e atendimento à própria função da norma constitucional, que, então, não poderia ser sequer buscada, quando a matéria já tivesse sido objeto, em algum momento histórico anterior, de tratamento normativo.

Este que seria o substrato doutrinário do princípio do direito adquirido — a existência de direito anterior com fulcro no qual determinada situação adentrou o patrimônio de alguém — encontra, no direito constitucional, dois obstáculos insuperáveis: o primeiro é o de que nem todo bem pode adentrar um patrimônio particular, especialmente quando o elemento definidor da vantagem ou benefício do seu titular for decorrente de um bem ou valor primariamente titularizado pelo povo; neste caso, o gozo de uma situação não decorre de um direito primariamente detido pelo particular, mas da harmonia entre os valores da sociedade, resguardados na forma, e o benefício do particular, que, secundariamente, também é protegido pelo sistema jurídico. A segunda barreira impeditiva da aceitação, no âmbito da rama jurídica constitucional, daquela explicação tão singela do acatamento do direito adquirido repousa na circunstância de que o direito adentra o patrimônio do indivíduo segundo uma base legal validada pela norma fundamental. Quando perde vigência a norma fundamental validadora, desconstitucionaliza-se a norma jurídica incompatível ou desconforme àquela, porque este desvio impede a sua recepção na ordem jurídica constituída e sob cujo pálio somente prevalece o que persista coerente com o espírito, conteúdo e forma do novo regramento.

Destarte, o direito constituído sob a égide de valores desacolhidos e de normas desfeitas não subsiste, quando do advento da nova ordem constitucional, senão se a situação jurídica subsumida ao ordenamento anterior tiver produzido os seus efeitos e estes tiverem se consumado ainda na vigência daquela, porquanto, então, se trataria de direito consumado.

Sendo fundamental a norma constitucional, é ela fonte de validade de todas as regras que se lhe seguem em hierarquia, logo, a que com ela descombina não colhe o fulcro legitimador, sem o qual ela não se mantém, tampouco se admitindo que as situações que nela se fundem possam prevalecer.

(10) MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. "Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969", Rio, Forense, 1967, t. V, p. 20.

A partir, pois, da vigência da norma constitucional, cessam os efeitos de qualquer outra norma que se lhe anteceda e que dela se distinga, bem como as situações que nestas se embasem e que ainda não tinham consumado quando do advento da nova regra fundamental.

Contra a eficácia plena e imediata da norma constitucional não se pode alegar direito adquirido, vez que ela é o ato criador de uma nova ordem, não se estancando diante de qualquer situação anteriormente forjada, mesmo aquela que se cunhou e se aperfeiçoou sobre a base constitucional decaída.

Releva observar que ao constituinte originário não é defeso sequer retroagir e desconstituir efeitos de normas antes vigentes, pois a irretroatividade das leis tem como fundamento primário a norma constitucional. O autor desta, contudo, não depara com a vedação, porque a soberania do titular do Poder Constituinte originário firma-se sobre a liberdade de construção do presente sem as peias jurídicas da ordem antecedente. A irretroatividade das leis nasce, no direito positivo, com a norma constitucional que o acolhe e expressa. De idêntica forma, o princípio do direito adquirido — manifestação que matiza, enfatiza e limita a aplicação daquela regra — inspira-se na decisão constituinte soberana que o adota. Não se impõe como um pressuposto do sistema constitucional posto. Por óbvio. O primeiro momento do direito positivo é o da Constituição. Nada se lhe pressupõe legalmente e o direito adquirido não é mais que uma opção legal de um sistema jurídico.

A manutenção de direitos constituídos sob a ordem constitucional substituída decorre do princípio da recepção, não da aplicação do princípio do direito adquirido a este ramo do direito. Por isso, a manutenção de uma situação constituída, quando do advento de uma norma constitucional nova, depende da adequação do seu conteúdo à finalidade e à função buscada pela modificação constitucional, pois a permanência daquela situação ou do direito adquirido tem que valer-se do novo fundamento constitucional, sem o que tudo quanto antes fora juridicamente obtido não se sustenta, não é recebido pela nova ordem. Aliás, não é outra a função da norma constitucional, consoante acima enfatizado, senão desmanchar uma ordem incoerente com as recessidades, interesses e tendências valoradas do grupo social. é dizer, ilegítima, e transformá-la, constituindo diversamente o edifício jurídico. Constituição não reforma, constituição transforma, pois o seu conteúdo guarda a base do alicerce institucional. Por isso mesmo a norma constitucional não se compadece, não se compõe com regra ou situação contrária ou incompatível com o seu espírito, expressão e forma.

A transformação promovida pela norma constitucional é originária, no sentido de promover o momento inicial de uma fase constitucional de um povo, e ilimitada, no sentido de não se condicionar pelas regras jurídicas postas anteriormente ou estagnar-se diante dos efeitos por ela produzidos.

A transformação normativa fundamental atinge exatamente as situações que, positivadas de uma maneira, contrariem os legítimos interesses e tendências do povo. Logo, se o princípio do direito adquirido fosse aplicado ao Direito Constitucional, ele teria o condão de ser supraconstitucional e de ser impeditivo da natureza fundamental da norma constitucional e não mera opção do sistema e preceito por ele validado e dirigido ao legislador infraconstitucional.

A alegação do direito adquirido, a fazer resguardar situações normativas ou efeitos de normas anteriores a uma nova estrutura constitucional, tornaria falsa a categorização da norma constitucional como momento normativo originário e soberano, como tornaria inócuas as tentativas de se cumprir, efetivamente, a função constitucional de dar nova estrutura e dinâmica à sociedade estatal.

Pudesse o princípio do direito adquirido ter aplicação autônoma na órbita jurídica, mormente no ramo constitucional, e estar-se-ia em face de uma reversão dos valores acolhidos no regime democrático, sob cujo ideal se tem a ótica do Estado contemporâneo. É que a norma constitucional — como, de regra, a norma de direito público — visa a proteção do interesse público imediato, realizando, mediatamente, a proteção do interesse individual, porquanto na efetividade da proteção do interesse público os interesses individuais da maioria do grupo social estarão atendidos.

Contrariamente, o princípio do direito adquirido visa a proteção do interesse individual imediatamente, tentando assegurar a ordem jurídica, ao acolher tal princípio a efetividade do interesse público na esteira do atendimento daquele.

Todavia, a busca de proteção de interesse individual somente pode subsistir e receber garantia jurídica, quando não se impuser, em caráter primário, supremo e incontestável, à segurança jurídica do grupo, vislumbrada esta engajadamente, a saber, apurada em cada momento histórico.

O que tem marcado o conceito do princípio do direito adquirido é o elemento subjetivo, conforme antes realçado. Define-se, geralmente, o direito adquirido como aquele que entrou no patrimônio de um *titular*, dele não mais podendo ser retirado.

Ocorre que a norma constitucional traz em sua essência a titularidade do soberano na sociedade, contra a qual não prevalecem valores particulares, interesses singulares ou direitos individualizados: a supremacia é do interesse público, tomado em seu aspecto de legitimador exclusivo da ordem jurídica.

Em verdade, a norma constitucional compromete-se a realizar a revolução política por meio da racionalização do processo jurídico. Como última etapa de uma evolução política em uma sociedade, a norma constitucional aperfeiçoa a mudança estrutural e, construindo a base do Direito Positivo

sob o enfoque legitimador de uma nova ordem, desfaz o que a nível social ou individual subsistia anteriormente e que desconectou-se com as necessidades e aspirações da sociedade. Desconsidera-se, então, o que, vigente anteriormente, divergia das novas diretrizes e ditames sociais, políticos e econômicos e que recebem roupagem jurídica nova e assentada ao modelo histórico da sociedade ⁽¹¹⁾.

A aplicação do princípio do direito adquirido pode vir contido e garantido, dentro de determinados critérios, no sistema constitucional, mas jamais antevirá ao ordenamento fundamental, nem servirá para inadmitir ou embaraçar a plena eficácia da norma constitucional quando por ela não puder ser recebida. O princípio do direito adquirido não tem os contornos, sequer o fundamento da teoria da recepção, com fulcro na qual situações anteriormente formadas podem produzir efeitos sob a égide da nova ordem constitucional.

O respaldo jurídico do princípio do direito adquirido, se vier e como vier a se conter no sistema constitucional posto, será encontrado neste mesmo sistema, não como antecedente ou obrigação anterior imposta ao constituinte. Não há explicação jusnaturalista que o absorva ou absolva o seu uso.

Enquanto a irretroatividade das leis serve à garantia dos direitos individuais e sociais, cumprindo a função da norma que se positiva para reger o presente e o futuro, o princípio do direito adquirido tangencia a projeção atual e futura, sob a égide de uma nova ordem jurídica constituída, dos efeitos de um sistema jurídico passado e desconstituído e que emperraria, se aceito, a mudança da sociedade sedimentada segundo o direito novo, fazendo, com tal entrave, subsistirem, em verdade, duas ordens paralelas e, às vezes, contrárias, o que acarretaria a insegurança jurídica e a disfunção do Direito Constitucional.

Coisas distintas são os fatos passados, normados e consumados no tempo passado e os fatos passados, mas cujos efeitos são contínuos, persis-

(11) Ensina Kelsen que: "Con el auxilio de la idea de la prioridad del derecho subjetivo frente al objetivo, créese poder afirmar como proposición jurídica el principio de que el Estado tiene la obligación de proteger no sólo la propiedad, sino, en general, todos los derechos 'bien adquiridos', es decir, adquiridos jurídicamente; que tiene que guardarse, por tanto, de invadir ese dominio, no estando autorizado ni para desconocer ni para mermar dichos derechos. ... en el concepto de los 'derechos bien adquiridos' el centro de gravedad radica únicamente en la idea de una conservación de las clases poseedoras, protegidas por el manto del derecho subjetivo."

En esta tendencia a mantener el poderío económico de una clase poseedora radica el sentido político del dogma (completamente jusnaturalista) de la obligación del Estado de respetar los derechos bien adquiridos. Originariamente, se aplicó a la protección de la burguesía privada de derechos políticos, contra los monarcas absolutos; y así se explica que la teoría haya sido aplicada únicamente a los derechos privados, a los patrimoniales de modo especial, pero no a los derechos políticos, públicos."

tindo sob o efeito da lei nova. A lei nova não invade o passado, como o passado não entrava a lei nova. Como a norma constitucional, e aquelas categorias por ela expressamente fixadas, cuidam de matéria embasadora do novo modelo sócio-estatal no presente, pode ocorrer de ter ela que desfazer situações antecedentemente formadas para possibilitar a realização do presente transformado. Daí por que a ordem da nova lei constitucional pode retroagir, como o podem aquelas que ela especialmente fixe, como ocorre, hoje, no Brasil, com a lei penal. Em efeito, determina a Constituição da República, em seu art. 5.º, item XL: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". Nota-se que, na hipótese descrita na regra constitucional, o próprio legislador infra-constitucional, que em princípio se limitará pela irretroatividade das leis, recebe da Constituição uma possibilidade expressa permitidora da retroação.

III — O princípio do direito adquirido e a Constituição Brasileira

A Constituição Brasileira adotou, no art. 5.º, XXXVI, o princípio do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito como balizas intransponíveis de atuação do legislador infraconstitucional.

Repetiu-se, assim, a fórmula acolhida tradicionalmente nos documentos legais pátrios, determinando-se ao legislador o limite negativo a seu comportamento legislativo.

Segundo a lapidar lição de PONTES DE MIRANDA, "as questões de direito intertemporal têm de levar em consideração a existência, a validade e a eficácia das regras jurídicas" (12). Tomando-se estes elementos apontados pelo insigne jurista como base de análise da norma constitucional enfocada, tem-se que o ato jurídico perfeito é conceito do plano da existência; a coisa julgada é conceito do plano da validade (13); e o direito adquirido é conceito do plano da eficácia.

Saliente-se que o preceito contido no art. 5.º, XXXVI, da Constituição da República, é direito fundamental do indivíduo, oponível ao legislador infraconstitucional. Todavia, o advento da ordem constitucional, que obriga, desta forma, o legislador, não configura trava sob cujo jugo se limitasse o próprio constituinte.

Esse, ao elaborar a transformação constitucional, mudando as bases sócio-políticas e econômicas da sociedade estatal brasileira, não se circuncreveu à contextura do passado, no qual direitos tinham sido adquiridos pelos particulares, algumas vezes, porém, além e contra o supremo e legítimo interesse do povo.

(12) MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de — Op. cit., t. V, p. 68.

(13) Na preleção do mestre, a coisa julgada é conceito do plano da eficácia "mas, não do plano de eficácia dos fatos jurídicos que se podem articular na *res deducta*, e sim do plano de eficácia da sentença" (Idem, *ibidem*).

Preferimos considerar, entretanto, a coisa julgada conceito do plano da validade, por ser a sentença manifestação que expõe, na hipótese examinada, a validade de uma norma e o seu efeito num caso específico.

Manteve-se, pois, no texto constitucional vigente, como princípio do sistema jurídico, o respeito legislativo ao direito adquirido, que não pode ser desacatado pelo legislador infraconstitucional, cuidando, porém, o constituinte: a) de resguardar, expressamente, a eficácia de alguns direitos adquiridos sob a égide da ordem constitucional decaída; b) de desconstituir alguns efeitos de situações aperfeiçoadas anteriormente à vigência do novo sistema e, finalmente, c) de permitir que alguns direitos e pretensões, cujos efeitos já tivessem iniciado a ser produzidos sob o pálio da ordem anterior, e desde que não contrariassem os novos valores, princípios e regras acolhidos como sustentadores da ordem positivada, pudessem ser recebidos e, destarte, subsistissem, para tanto devendo-se, contudo, analisar os efeitos concretos de cada situação definida e a possibilidade real de ser a norma embasadora da mesma recebida pelo novo sistema e mantida, então, a sua eficácia sobre aquela situação concreta.

Tem-se como exemplo da primeira hipótese — garantia expressa de direito cujo suporte fático tenha ocorrido na vigência da ordem constitucional substituída pela nova Carta Magna — o mandamento expresso, *verbi gratia*, nos §§ 1.º e 2.º do art. 17 das Disposições Transitórias, nos quais o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de médicos e profissionais de saúde que estivessem, na data da promulgação da Lei Maior, sendo exercidos, respectivamente, por aqueles profissionais, na administração pública direta ou indireta, ficou assegurado, porquanto o desempenho se iniciara sob o pálio de ordem jurídica que o permitia e, conquanto o novo sistema não acolha essa acumulação como válida, o suporte fático de incidência da norma constitucional anterior irradiara os seus efeitos continuamente e a eficácia não se acabara com o advento do novo sistema, donde a eleição política do constituinte em permitir o prosseguimento da expansão eficaz da situação antecedentemente constituinte.

Diversamente, estanca a nova Constituição, expressamente, os efeitos de situação anteriormente completada, *verbi gratia*, quando, no *caput* dos arts. 17 e 18 das Disposições Transitórias daquela Lei Maior, determina, no primeiro daqueles dispositivos, a imediata redução dos “vencimentos, remuneração, vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria, que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição. . . não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título” e, no segundo preceito indicado, afirma a extinção dos efeitos jurídicos “de qualquer ato legislativo ou administrativo, lavrado a partir da instalação da Assembléia Nacional Constituinte que tenha por objeto a concessão de estabilidade a servidor admitido sem concurso público, da administração direta ou indireta, inclusive das fundações instituídas e mantidas pelo poder público. . .”.

Note-se que nesta última hipótese a determinação constitucional retroage para alcançar efeitos ilegítimos deflagrados antes da vigência da norma constitucional. Não se há falar aqui, contudo, em arbítrio ou coação, pois

a prepotência e a imoralidade pública que o ditame constitucional buscou sanear continham-se na atuação pretérita e em seus efeitos produzidos à revelia dos interesses da sociedade brasileira.

A inclusão do princípio do direito adquirido no corpo das normas constitucionais não sustenta a alegação de que todas as situações que se antecedem ao advento da nova Constituição não se subsumem às novas diretrizes e preceitos jurídicos, nem têm que ser, necessariamente, respeitados em seu conteúdo, em sua forma e quanto a seu titular, a despeito de contrariarem o novo regramento fundamental da sociedade política brasileira.

Nem seria tão simples a colocação de que as pretensões não podem ser albergadas e garantidas sob a nova ordem constitucional, por não se terem consumados os seus efeitos próprios na vigência do sistema decaído. Se o fato jurídico realizou a integração da pretensão concebida com a norma anterior, e esta puder ser recebida pelo novo sistema constitucional, poderá a situação ser acolhida e respeitada na vigência desta.

Não se admite, contudo, que o acolhimento da alegação do princípio do direito adquirido, contraposto à nova ordem constitucional, sirva de sustentáculo a tal pretensão. Mediante a análise de suporte fático descrito concretamente, do preceito normativo que sobre ele incidiu e da possibilidade de ser ele recebido pelo novo sistema, é que a questão poderá receber tratamento adequado à natureza do direito constitucional.

O princípio do direito adquirido não pode constituir entrave às mudanças da sociedade através dos comandos jurídicos próprios e legítimos, não pode petrificar uma situação fática ou jurídica, fazendo do direito, não um instrumento assegurador da dinâmica social civilizada, mas um engenho de manutenção de situações irremediáveis e privilegiadoras de pessoas e grupos em detrimento do todo social.

BIBLIOGRAFIA

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio, Ed. Rio, 1977.

DABIN, Jean. *Le Droit Subjectif*. Paris, Deloz, 1952.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio, Ed. Rio, 1971.

DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie Editeurs, 1927.

KELSEN, Hans. *Teoria General del Estado*. México, Ed. Nacional, 1979.

LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro*. Rio, Jacintho Ribello dos Santos, 1929.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. Rio, Forense, 1977.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios de Direito Administrativo*. Rio, Forense, 1977.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo, Saraiva, 1971.