

DOCTRINA

PODER CONSTITUINTE E DIREITO ADQUIRIDO



Manoel Gonçalves Ferreira Filho*

1 Introdução

1.1 A importância e atualidade do tema

No Brasil, são freqüentes as mudanças constitucionais. Uma decorrem da edição de novas Constituições, outras resultam de Emendas a essas Leis fundamentais. Ora, essas mudanças nas regras quase sempre importam em colisão com direitos adquiridos. Põem, em conseqüência, a questão da sua eficácia quanto a esses direitos, que é complexa e controversa.

Sob a Constituição de 1988, o problema é, por assim dizer, diuturno.¹ Em cerca de treze anos de vigência, foi ela modificada 38 vezes. E as modificações têm sido profundas, o que agrava a controvérsia.

1.2 Plano

Este trabalho propõe-se a traçar as linhas mestras que presidem a essa questão. Começará por tratar genericamente da *eficácia no tempo da norma constitucional*, depois enfrentará o *direito constitucional positivo brasileiro*, para enfim extrair algumas *conclusões*. Não visa, entretanto, senão a trazer uma contribuição para o equacionamento do problema.

* Professor titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor *Honoris Causa* da Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade de Paris. Ex-professor visitante da Faculdade de Direito de Aix-en-Provence (França). Membro da Comissão Executiva da Association Internationale de Droit Constitutionnel – AIDC. Presidente do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

¹ Não é outro o motivo por que, nos últimos anos, examinei o assunto em várias oportunidades. Numa perspectiva mais ampla, publiquei o estudo *Anotações sobre o direito adquirido do ângulo constitucional*, na *Revista da Faculdade de Direito da UnG* (Universidade Guarulhos), Coleção Acadêmica de Direito, 6/199, Síntese, p.197 et seq. Entretanto, as posições expostas no presente trabalho não coincidem exatamente com as anteriormente tomadas, pois o meu pensamento tem constantemente evoluído sobre o assunto.

2 A norma constitucional no tempo

2.1 Espécies de normas constitucionais

Impõe-se logo de início registrar que há duas espécies de normas constitucionais, caso se leve em conta a sua origem. Uma compreende as que são editadas pelo Poder Constituinte propriamente dito ou Poder Constituinte originário – são as normas que se podem designar como *normas constitucionais originárias*; outra, as que são estabelecidas por Emenda à Constituição, provindo do que se chama de Poder Constituinte derivado – são as *normas constitucionais derivadas*.²

2.1.1 O Poder Constituinte originário³

2.1.1.1 Caracteres

Conhecida é a lição da doutrina clássica desenvolvida com **base** no ensinamento de Sieyès. A Constituição é obra de um Poder proveniente diretamente do povo, anterior e diverso dos Poderes que são instituídos pela Lei Magna e atuam segundo seus preceitos. É ele o Poder Constituinte propriamente dito.

Três caracteres marcam a atuação deste Poder.

Em primeiro lugar, a *inicialidade*, pois é ele que origina o ordenamento jurídico, estabelecendo a Constituição que é a sua base. Por isso, o Poder Constituinte é freqüentemente caracterizado de *originário*.

Em segundo, a *ilimitação*. Dando origem ao ordenamento jurídico não é ele limitado pelo direito. Assim, pode dispor substantivamente como houver por bem. É ilimitado quanto ao direito positivo – entenda-se bem. Sieyès considerava-o limitado pelo direito natural, por exemplo. Tal ilimitação é vista como decorrência da soberania, por isso não raro traço em exame é exprimido como a soberania do Poder Constituinte.

O terceiro é o *incondicionamento*. Não está ele preso a fórmulas de expressão preestabelecidas. Sem dúvida, a assembléia constituinte é o modelo recomendável, entretanto, de muitos outros modos pode o Poder Constituinte manifestar-se.

2.1.2 O Poder Constituinte derivado

2.1.2.1 Caracteres

Diametralmente opostos são os traços concernentes ao Poder que emenda a Constituição.

É ele *derivado*, já que provém diretamente da Constituição que o prevê, portanto, deriva ele indiretamente do Poder originário.

² De caráter derivado é também o Poder Constituinte dos Estados-membros nos Estados federais por segregação, como aponto em *O Poder Constituinte* (1999, p.146 et seq.).

³ Ver, por todos, sobre o Poder Constituinte, o livro citado na nota anterior.

Sendo derivado, *é limitado*, ou pode sê-lo,⁴ pela lei fundamental. Sofre, destarte, limitações jurídico-positivas.

Igualmente, *é condicionado*, pois tem de se observar as normas de procedimento postas para reger a sua manifestação.

Trata-se, pois, de um Poder de alterar a ordem constitucional, de acordo com a Constituição, ou seja, respeitando as limitações e procedimentos que esta impõe. Disso resulta que sua obra está sujeita à condição de constitucionalidade e ao controle de constitucionalidade que pode nulificá-la se contradisser a Lei Magna, material ou formalmente.

2.1.2.2 Limitações

O Direito Comparado e o brasileiro mostram que o Poder derivado pode ser limitado de várias formas. Pode ser sujeito a limitações circunstanciais, temporais e, sobretudo, *materiais*.

As mais importantes são essas últimas. Traduzem, para empregar a expressão de Carl Schmitt (s. d., p.23 et seq.), a “decisão de conjunto sobre modo e forma da unidade política” de uma comunidade, que exprime o Poder Constituinte.

São, como queria Pontes de Miranda, o “cerne fixo” da Constituição ou, como pretendia Linares Quintana, formam as “cláusulas pétreas” da Constituição.

Tais pontos materiais, com efeito, são postos fora do alcance do Poder derivado, ficam reservados quanto à sua alteração ao Poder originário.

2.1.3 A incidência no tempo da norma constitucional: aspectos gerais

2.1.3.1 O princípio do efeito imediato

É princípio geral de direito e base do direito intertemporal o efeito imediato da lei.⁵ Isso significa que ela, uma vez perfeita e acabada, preenchidas as providências complementares que a levam ao conhecimento dos que devem cumpri-la, está apta a produzir efeitos, ou seja, *é eficaz*.

Não foge a essa regra a norma constitucional, seja originária, seja derivada.

Como diz Pontes de Miranda (1970, p.392): “As Constituições têm incidência imediata, ou desde o momento em que ela mesma fixou como aquele em que começaria a incidir”.

2.1.3.2 O princípio geral de irretroatividade

Clara inferência do princípio do efeito imediato é a *contrario sensu* o princípio geral de irretroatividade. É este igualmente visto como um princípio geral de direito.

⁴ Conhecida é a tese de que, mesmo inexistindo limites expressos ao Poder de mudar a Constituição, sofre ele limitações implícitas.

⁵ Rubens Limongi França aponta ser um princípio muito antigo que já estava presente no direito visigótico (*Direito Intertemporal*, 1967, p.420).

Consiste em não colher a regra nova o que se deu anteriormente à sua vigência e eficácia. Traduz isto uma importantíssima garantia da segurança jurídica.

2.1.3.3 Os fatos e a lei nova

Aprofunde-se o tema.

Quando uma norma **se** torna eficaz ela incide no tempo e em face dela os fatos de significação jurídica se apresentam em três situações possíveis. Ou são fatos anteriores a ela – *facta præterita*; ou são fatos que vêm a ocorrer do presente para o futuro, portanto, depois de seu efeito imediato – *facta futura*; ou são fatos que ocorridos no passado ainda têm efeitos a produzir para o futuro – *facta pendentia*.

Decorre do efeito imediato necessariamente que a norma nova rege *os facta futura*, jamais os *facta præterita*. Quanto aos *facta pendentia*, certamente ela não colhe a parte que ocorreu no passado, podendo atingir a que virá no futuro.

Equivalente é a situação dos fatos em relação à retroatividade ou irretroatividade da norma. Esta, observada a irretroatividade, não colhe os *facta præterita*, pois do contrário seria retroativa. Atinge sem dificuldade os *facta futura*. Polemiza-se, entretanto, no tocante a seu efeito em face dos *facta pendentia*.

2.1.3.4 A irretroatividade quanto aos facta pendentia

Para a tradição romanística existiria retroatividade mesmo na aplicação da lei nova aos efeitos futuros dos *facta pendentia*, ao contrário do que sustenta a moderna doutrina de Roubier.

É isto apontado pelo professor Moreira Alves (s. d., p.13 et seq.), Ministro do Supremo Tribunal Federal, em importante estudo. Expõe neste a lição de Matos Peixoto, segundo a qual haveria três graus de retroatividade: a *máxima* (ou restitutória), que “restitui as partes ao *statu quo ante*”; a *média*, “quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de atos jurídicos verificados antes dela”; e a *mínima* (temperada ou mitigada), “quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor”.

Isso logicamente importaria em excluir por completo a aplicação da nova lei, mesmo sobre os efeitos futuros dos *facta* constituídos anteriormente a ela.⁶

2.1.4 A questão da retroeficácia da norma constitucional

2.1.4.1 Possibilidade em vista da ilimitação

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 præterita*, pode fazê-lo, pode ter retroeficácia, para usar da terminologia de Pontes de Miranda. Pode ter

⁶ Na verdade, insiste Moreira Alves: “Dúvida não há de que, se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa, porque val interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado” (s. d., p.14).

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.⁷

Conseqüência disso é poder ela atingir os *facta præterita*, 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 pendentia*, extinguindo-lhes os efeitos do presente para o futuro.

2.1.4.2 Possibilidade não 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 claro 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”.

2.1.4.3 A irretroeficácia da norma constitucional derivada

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.

3 O Direito Constitucional Positivo brasileiro

3.1 Aspectos gerais

3.1.1 O Direito Constitucional brasileiro

No que concerne à eficácia da lei no tempo, as duas primeiras Constituições brasileiras consagraram o imperativo da irretroatividade (1824, artigo 179, § 3º; 1891, artigo 11, § 3º). As demais, com exceção da Carta de 1937, a esse propósito omisssa, todas consagraram o respeito ao ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada (1934, artigo 113, § 3º; 1946, artigo 141, § 3º; 1967, artigo 150, § 3º; 1969, artigo 153, § 3º). É o que está no artigo 5º, XXXVI: “A lei não prejudicará o direito

⁷ É a lição de Kelsen que reproduzo em *O Poder Constituinte* (p.97).

adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Arrola este princípio, aliás, entre os direitos e garantias fundamentais.

Desde logo, observa-se não haver rigorosa equivalência entre irretroatividade e respeito aos direitos adquiridos, como se demonstrará mais longe.

3.1.2 O direito adquirido como cláusula pétrea

Ora, estabelece a Lei Magna em vigor limites materiais para a atuação do Poder Constituinte derivado no artigo 60, § 4º. Nesse se lê: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais”.

Extraem muitos daí a intocabilidade absoluta e ampla do direito adquirido, mesmo quanto a seus efeitos. Essa interpretação, contudo, parece excessiva. Mesmo pondo-se de lado a questão do valor das *cláusulas pétreas*,⁸ o texto constitucional proíbe *abolir* o direito, quer dizer, eliminar, não alterar o seu regime.⁹

3.2 Irretroatividade e direito adquirido

3.2.1 Não-equivalência das noções

Confundem-se, mormente na polêmica, as noções de irretroatividade e de respeito aos direitos adquiridos. São elas diferentes – já se advertiu –, o que se torna patente ao fixar-se o conceito de direito adquirido. Este, certamente, é mais do que a mera irretroatividade.

3.2.2 A noção de direito adquirido

3.2.2.1 Noção larga de direito adquirido

Que é um direito adquirido?

Entre nós, é cômodo e simplista invocar um conceito de direito adquirido, como o disposto no artigo 6º, § 2º da Lei de Introdução:

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

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 conseqüência, todo direito subjetivo existente, de qualquer natureza, seria um direito adquirido (o que o indicaria para a proteção constitucional).

⁸ Como está na Declaração de 1793, artigo 28: “Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e modificar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar a suas leis as gerações futuras”.

⁹ A isso se voltará mais adiante. V. n.34.

Claro está que, não se interpretando a Constituição pela lei, mas a lei pela Constituição, se pode discutir se essa amplíssima noção é o conceito constitucional de direito adquirido.

3.2.2.2 A lição de Gabba

Não é esse conceito amplíssimo o que lançou Gabba (1952, p.282). Este, reconhecido como *o primus inter pares* na matéria, ensina:

Adquirido é todo direito resultante de um fato capaz de produzi-lo segundo a lei em vigor ao tempo em que este fato se verificou; embora a ocasião de fazê-lo valer se não haja apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo direito; direito, este, que, de conformidade com a lei sob a qual aquele fato foi praticado, passou, imediatamente, a pertencer ao patrimônio de quem o adquiriu.

Disto se apreende que o direito adquirido, para o mestre italiano, importa numa patrimonialidade. Só abrange direito que tem significação patrimonial ou econômica.

3.2.2.3 A lição de Clóvis

Vale, neste passo, trazer à colação o ensinamento de Clóvis Beviláqua (1953, p.14). Numa fórmula sintética, diz o grande civilista: “Os direitos adquiridos, que as leis devem respeitar, são vantagens individuais, ainda que ligadas ao exercício de funções públicas”.

Trata-se de um conceito amplo – todo direito que acarreta para o seu titular *vantagem* ou *vantagens* pode aceder à categoria de direito adquirido. Mas de qualquer modo se pode excluir desta categoria direitos subjetivos que não configuram *vantagens*, especialmente se, por *vantagens*, for entendido à luz do ensinamento de Gabba *vantagens* de caráter patrimonial ou de significação econômica.

3.2.2.4 Espécies de direitos subjetivos

Os direitos adquiridos – decorrem do exposto – são direitos subjetivos que importam em *vantagem* para o seu titular. Não descabe, no entanto, neste passo, lembrar que há várias espécies de direito subjetivo (Kelsen, 1962, p.277-278). Dentre esses, uns provêm exclusivamente da lei: são *direitos reflexos*; outros, de um negócio jurídico, quer dizer, da interação de vontades no âmbito de lei permissiva – *direitos negociais*. São esses os que defluem, por exemplo, dos contratos, tanto privados quanto administrativos, e de atos que a estes podem ser assimilados e por isso podem ser considerados como quase-negociais.

De outro ângulo, a distinção entre direito reflexo e direito subjetivo negocial coincide com o que apontava Duguit (1928, p.307 et seq.) ao distinguir entre situações jurídicas objetivas e situações jurídicas subjetivas.

3.2.2.5 A autonomia da vontade como fundamento da proteção aos direitos adquiridos

Abona a tese um ponto que nem sempre se leva em consideração. Ou seja,

que, em relação aos direitos adquiridos, intervém um elemento inexistente no que tange aos direitos meramente reflexos. É o fator *autonomia da vontade*.

Realmente, quando no século XVIII se recuperou a noção de direito adquirido, não faltou quem sustentasse ser a proteção deste um imperativo da garantia da autonomia da vontade, sendo ela, por sua vez, lídima expressão da liberdade individual. É essa a posição de Lassalle, que, hoje mais conhecido como rival de Marx nos passos iniciais do socialismo do que como jurista, foi indubitavelmente um dos primeiros a expor sistematicamente a doutrina dos direitos adquiridos. Segundo relata Vicente Ráo (Apud Gabba, 1952, nota 301), entende ele que “o fundamento e o limite da irretroatividade se identificam com a necessidade de se tutelar a liberdade individual”.

Ora, o elemento autonomia da vontade está presente nos atos negociais, pode ser suposto nos quase-negociais, mas certamente não está no caso dos direitos reflexos. Tal diferença justificaria o tratamento desigual em prol dos direitos negociais ou quase-negociais.

De fato, a lei é por assim dizer um dado, independentemente da vontade individual, cuja mudança independe desta porque deve atender ao interesse geral. Não haveria suporte para pretender, como não há, a imutabilidade da lei em nome do interesse particular, mas, ao contrário, tal fundamento existe para justificar a mudança da lei sempre que o bem comum o sugerir.

3.2.2.6 O direito adquirido como direito negocial ou quase-negocial

Cabe sustentar, em razão do exposto, que a noção de direito adquirido não abrange senão os direitos negociais, ou seja, o âmbito das situações jurídicas subjetivas. Levá-la mais longe é certamente abusar do conceito, desnaturando-o, fazendo-o equivalente a direito existente, o que certamente não é da índole da Constituição proteger.

No máximo, a sua abrangência pode ser estendida a direitos assimiláveis aos negociais, *quase-negociais*, como os que outorgam *vantagens* (esperadas) ao servidor público nas suas relações com o Estado. Aqui, pode-se supor o aspecto de autonomia da vontade como determinante da adesão a um quadro legalmente fixado.

3.2.3 Significação da proteção aos direitos adquiridos

3.2.3.1 A proteção ao direito adquirido como um plus

A proteção ao direito adquirido é mais do que a mera irretroatividade – insista-se ainda uma vez. Ela importa, no fundo, numa limitação ao efeito imediato da lei.

A irretroatividade – já se apontou – consiste em não colher os *facta præterita* ou a parte já ocorrida dos *facta pendentia*. Não exclui que a lei nova colha a parte futura desses *facta pendentia*.

Ora, preservar um direito adquirido significa visar a conservar o direito constituído como ele é nos seus efeitos até o esgotamento destes. Assim, ao proteger o

direito constituído, certamente a *voluntas legis* é assegurar que, em relação à parte futura dos *facta pendentia*, a lei nova não tenha incidência. Seguramente visa a impedir, pelo menos, que o direito já perfeito seja extinto. Configura, portanto, um *plus* em relação à mera irretroatividade.

3.3 Eficácia da norma derivada quanto a direitos adquiridos

3.3.1 Vedação de princípio do efeito retroativo

No direito brasileiro, em que o direito adquirido é protegido, a norma constitucional derivada não pode de modo algum ter efeito retroativo. Jamais pode ela colher *facta praeterita* ou a parte passada dos *facta pendentia*. Isso é certamente pacífico.

3.3.2 Exceção para o efeito retroativo não prejudicial

Há, todavia, uma situação a ponderar. O texto constitucional veda à lei *prejudicar* o direito adquirido. Disso decorre que nada impede que a lei acrescente vantagens a direitos adquiridos. Tal caso é semelhante ao da retroeficácia *in melius* em matéria penal que expressamente consagra o artigo 5º, XL, da Constituição.

3.3.3 Eficácia no tocante aos *facta pendentia*

A lógica da proteção ao direito adquirido leva ao princípio de que mesmo em relação à parte futura dos *facta pendentia* estaria excluída a incidência da norma constitucional derivada. É o que genericamente falando se assinalou mais alto. Todavia, *est modus in rebus*.

3.3.4 Conciliação de princípios

A preservação do direito adquirido atende a um valor elevado que a Constituição entendeu salvaguardar, entretanto, também é valor capital a prevalência do interesse público ou geral. E esse prima o interesse particular. Há, portanto, nessa matéria, um conflito ou colisão de normas. Impõe-se por isso a necessidade da conciliação ou ponderação de princípios. Mais especificamente, a conciliação da proteção ao direito adquirido com o interesse geral ou público.

Recusar o direito adquirido quanto à parte futura dos *facta pendentia* é, sem dúvida, tirar sentido à sua proteção. Fazê-lo prevalecer sempre e a todo custo sobre os imperativos do interesse público ou geral é, todavia, negar a reconhecida primazia destes sobre o interesse particular.

A conciliação é possível, porém, ela pode fazer-se, por um lado, na medida em que se rejeite de modo radical a possibilidade de extinção dos efeitos futuros do direito adquirido, mas se admita a restrição ou moderação de tais efeitos. Ou seja, a modificação no seu regime.

Cabe lembrar neste ponto a lição de Alexy (2001, p.125). Segundo ele, uma restrição não afeta o “conteúdo essencial” de um direito, salvo

quando é desproporcionada, quer dizer, não é adequada, não é necessária ou desproporcionada em sentido estrito, ou seja, não se encontra 'numa relação adequada com o peso e a importância do direito fundamental'.¹⁰

Na verdade, a necessidade objetiva, a adequação, a razoabilidade, a proporcionalidade das restrições são inerentes a toda limitação de direito fundamental (Barros, 1996, p.153 et seq.).

3.3.5 Constitucionalidade da orientação

Observe-se que esse entendimento respeita o direito adquirido e atende à *cláusula pétrea* que o protege. Realmente, como se sublinhou mais alto, o artigo 60, § 4º proíbe que seja abolido o direito, não tenha ele modificado o regime. Restringir os efeitos de um direito adquirido não importa aboli-lo, assim não colide com a *cláusula pétrea*.

Claro está que, em casos concretos, há de se mensurar o peso da restrição – e por isso já se apontou dever ela respeitar os princípios de necessidade, razoabilidade e proporcionalidade que se aplicam a toda restrição de direitos fundamentais. Será preciso avaliar se as restrições são de monta a nulificar o direito adquirido, quando então seriam viciadas de inconstitucionalidade.

3.4 A jurisprudência

3.4.1 A constitucionalidade de leis de reconhecida incidência sobre *facta pendentia*

A tese de que o direito adquirido pode ser atingido, nos *facta pendentia*, quanto à parte futura destes, coaduna-se com a jurisprudência de nossos tribunais e especialmente do Supremo Tribunal Federal.

São inumeráveis os casos em que a constitucionalidade de leis tem sido por ela reconhecida quanto a textos que, visando a objetivos econômicos ou sociais, incidem sobre cláusulas de contratos vigentes. Assim, isso várias vezes ocorreu quanto à legislação do inquilinato, quanto ao valor máximo de multas, quanto a fórmulas de correção monetária ou atualização de valores decorrente de depreciação monetária causada pela inflação.

Ora, se tais leis – leis infraconstitucionais – são constitucionais mesmo quando colhem a parte futura de *facta pendentia*, *a fortiori* pode fazê-lo uma Emenda constitucional.

3.4.2 Jurisprudência do STF: preservação de direito adquirido em face de norma constitucional nova

Quanto a este aspecto, existe uma jurisprudência de há muito arraigada. Ela se espelha, sobretudo, no que tange aos direitos de servidor público. Alguns exemplos:

¹⁰ Robert Alexy (2001, p.125), cita Konrad Hesse, *Grundzüge der Verfassungsrechts*.

- O direito preexistente, incorporado ao patrimônio do servidor público, não desaparece pelo simples exercício na vigência de uma Constituição que resguarda o princípio do direito adquirido (*RDA*, 131/45).
- Servidor público. Proventos do cargo superior. Intocabilidade da vantagem deferida anteriormente à proibição constitucional (*RTJ*, 64/462).

3.4.3 *Jurisprudência do STF: alteração de regime do direito adquirido*

Existem, ademais, numerosos acórdãos que exatamente adotam a tese de que a preservação do direito adquirido não exclui a mudança de seu regime por força de norma posterior. É a tese da inexistência de direito adquirido a regime jurídico reiteradamente declarada em numerosos acórdãos (por exemplo, *Lex-JSTF*, 246/67).

Deles é exemplo:

Servidor público, estabilidade financeira. É legítimo que, por lei superveniente, sem ofensa a direito adquirido, o cálculo da vantagem seja desvinculado, para o futuro, dos vencimentos do cargo em comissão outrora ocupado pelo servidor, passando a quantia a ela correspondente a ser reajustada segundo critérios das revisões gerais de remuneração do funcionalismo. Ademais, não havendo “decesso” de remuneração, não cabe a invocação da garantia da irredutibilidade de vencimentos (*Lex-JSTF*, 256/207).

Outro, especificamente relacionado com norma constitucional derivada:

Não há direito adquirido ao regime jurídico observado para o cálculo do montante dos proventos, quando da aposentadoria, se, de forma diversa, preceito constitucional superveniente vem dar nova disciplina à matéria (*RTJ*, 154/225).

3.4.4 *Um caso à parte: o RE n. 94.414-SP*

Merece exame mais detido este acórdão, pois contraria as posições doutrinárias expostas e, mesmo, não parece coadunar-se com as decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, foi ele tido como um *leading case* na matéria (*RTJ*, 114/237).

A ementa deste acórdão assinala: “Não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do Poder Constituinte originário, ou Poder Constituinte derivado”.

O cerne da argumentação¹¹ está na seguinte passagem, em que afirma o Relator:

Se se elabora uma norma constitucional que veda situação anteriormente admitida, quer isso dizer que o Poder Constituinte, originário ou derivado, entende ser essa vedação exigida pelo interesse comum, e, portanto, aplicável de imediato, salvo dis-

¹¹ O eminente relator, o ministro Moreira Alves, fundamenta a sua posição, afirmando: “Essas assertivas (de Pontes de Miranda e outros acerca da retroatividade da norma constitucional) se coadunam com a natureza mesma das coisas”. Mas, como já se viu, a opinião de Pontes de Miranda (1970, p.392) não arrima a tese enunciada na ementa (v. supra n.7). Houve nisso manifesto engano.

posição expressa em contrário. Por isso, os efeitos futuros de fatos passados são atingidos pelo novo preceito constitucional, respeitados apenas – exceto se a Constituição expressamente declarar o contrário – os efeitos que ocorrem antes da vigência do novo texto constitucional. Assim, se o dispositivo constitucional novo proíbe a participação – até então admitida – de funcionários da arrecadação tributária, não estão estes obrigados a devolver as percentagens recebidas antes de o novo texto constitucional entrar em vigor, mas não podem recebê-las depois da vigência do preceito constitucional proibitivo que alegando a existência de direito adquirido.

[...]

Em outras palavras, a Constituição, ao aplicar-se de imediato, não desfaz os efeitos passados de fatos (salvo se expressamente estabelecer o contrário), mas alcança os efeitos futuros de fatos a ela anteriores (exceto se os ressaltar de modo inequívoco).

Analisando a decisão, registra-se, em primeiro lugar, que está nela posta como princípio a retroatividade da norma constitucional.

Em segundo lugar, funda-se ela na tese da retroatividade das normas de ordem pública, que em artigo posterior o ilustre professor repudiou (Alves, s. d., p.13 et seq.). Com efeito, como assinala Roubier (1960, p.83): “O princípio da irretroatividade constitui uma das bases da própria noção de ordem pública”. E acrescenta, “A idéia de ordem pública não pode ser posta em oposição com o princípio de não-retroatividade da lei, por este motivo decisivo de que, numa ordem jurídica fundada sobre a lei, a não-retroatividade é uma das colunas da ordem pública”.

Em terceiro lugar, ela inverte a presunção. De fato, enquanto normalmente se ensina que, na dúvida ou no silêncio da Constituição, prevalece a irretroatividade, nela está que, na dúvida ou no silêncio da Lei Magna, prevalece a retroatividade.

Isso é certamente ilógico. Realmente, num sistema jurídico que não apenas parte do princípio geral da irretroatividade mas o consagra, na própria Constituição, a presunção há de ser exatamente o contrário do que aponta o voto. Ou seja, a lei constitucional não alcança os efeitos futuros dos atos a ela anteriores, salvo se claramente o determina. Do contrário, há de ser interpretada como atingindo apenas os *facta futura*.

A esse propósito cabe citar o ministro Carlos Mário Velloso:

Se a própria Constituição consigna o princípio da não-retroatividade, seria uma contradição consigo mesmo se aceitasse para todo o ordenamento jurídico a idéia do respeito às situações jurídicas constituídas e, simultaneamente, atentasse contra este conceito.¹²

Em quarto lugar, nela está igualmente posto como princípio o efeito imediato da norma constitucional. De fato, afirma-se que esta norma “alcança dos efeitos

¹² *Funcionário Público. Aposentadoria. Direito Adquirido, em RDP 21/178.*

futuros de fatos a ela anteriores”, ou seja, a parte posterior dos *facta pendentia*. Isso é efeito imediato, não efeito retroativo, embora, numa terminologia comum conquanto cientificamente incorreta, se diga ser isto *efeito retroativo*, ou *retroeficácia* ou *retroatividade mínima*, segundo acima se mostrou.

Em quinto lugar, o acórdão ignora a diferença entre Poder Constituinte originário e Poder Constituinte derivado, entre a força de um ato constituinte que inicia a ordem jurídica positiva e a de um ato que modifica a lei fundamental, devendo, em consequência, respeitar a sua índole e os seus princípios.

4 Observações finais

4.1 Resumo das posições assumidas

Ainda que correndo o risco da simplificação excessiva, cumpre formular uma síntese conclusiva:

1. A norma constitucional, seja originária, seja derivada, como toda lei, tem *efeito imediato*. Incide do momento em que suas condições de eficácia estão preenchidas para o futuro. Colhe, portanto, os *facta futura*.
2. A *norma constitucional não tem vocação retroativa*. Em princípio, ela não tem retroeficácia. Não colhe, pois, os *facta præterita*.
3. Entretanto, a *norma constitucional originária pode ter efeito retroativo*, visto provir de um Poder ilimitado quanto ao direito anterior.
4. *Essa retroeficácia*, todavia, da norma originária *não se presume*. Tem de estar claramente indicada no texto.
5. A *norma derivada somente pode ter efeito retroativo se a Constituição não contiver proibição para tanto*.
6. A *proibição da retroeficácia pode ser simples – caso da irretroatividade*. Neste caso, apenas os *facta præterita* estão fora do alcance da nova norma. Portanto, a parte futura dos *facta pendentia* pode ser extinta.
7. A *vedação da retroeficácia é qualificada sempre que importa na preservação do direito adquirido*. Esta significa que a parte futura dos *facta pendentia* não pode ser eliminada.
8. Isto quer dizer, que *toda norma constitucional colhe a parte futura dos facta pendentia*. Não há nisso retroatividade, nem ofensa a direito adquirido, é meramente aplicação do princípio do efeito imediato.
9. Entretanto, *se existe apenas a proibição da irretroatividade, os efeitos futuros dos facta pendentia podem ser extintos, o que é vedado quando se garante o direito adquirido*.
10. *Esse, no fundo, é uma limitação ao efeito imediato da lei*, importando na preservação dos efeitos futuros dos *facta pendentia*.
11. *Pode, contudo, toda norma constitucional, inclusive a norma derivada, restringir os efeitos futuros de facta pendentia*.

12. Neste último caso, a restrição tem de respeitar os princípios inerentes a toda restrição de direitos fundamentais, mormente os de razoabilidade e proporcionalidade.
13. Direito adquirido, em sentido constitucional, não é todo direito subjetivo aperfeiçoado nos seus elementos constitutivos – direito existente – mas apenas os direitos decorrentes de negócios jurídicos, ou assimiláveis a estes. Não inclui, portanto, os direitos que são mero reflexo da lei.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2 ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ALVES, Márcio Moreira. As leis de ordem pública e direito público em face do princípio constitucional da irretroatividade. *Revista da Procuradoria Geral da República*, Brasília. v.1.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1996.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1953.
- DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3 ed. Paris: Bocard, 1928. v.1.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GABBA. *O Direito e a vida dos direitos*. Trad. por Vicente Ráo, São Paulo: Limonad, 1952. v.1, t.2.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. portuguesa por Amado, Coimbra, 1962. v.1.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.1 de 1969*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970. v.6, p.392.
- ROUBIER, Paul. *Droit transitoire*. 2 ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960.
- SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Trad. espanhola. México: Editora Nacional, [s. d.].