

O DIREITO ADQUIRIDO ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS

*Elaine Cardoso de Matos Novais
Bacharelada do Curso de Direito da UFRN
Monitora da Disciplina de Direito Civil III – Contratos*

INTRÓITO

Sabe-se que o presente Século XX tem sido palco de inúmeras mudanças. Não é difícil observar que os mais diversos campos, como as searas econômica, política ou social, vêm sofrendo influência das modificações decorrentes do avanço tecnológico e da maior interação existente entre diferentes nações.

A rapidez e a intensidade das alterações mencionadas, mesmo que não sejam percebidas por alguns desinteressados, inspiram uma percepção nova da atualidade. Isto implica em dizer que passa a se analisar determinadas situações e necessidades, tidas anteriormente como imutáveis e indispensáveis ao exercício válido de alguns direitos, e percebe-se que talvez elas não devam subsistir diante da hodierna conjuntura.

No afã de remediar situações como tais, são formuladas reformas, a exemplo das tão discutidas reformas administrativa e previdenciária. Todavia, nada obstante os defensores das modificações sempre proclamarem sua necessidade, toma-se imperioso perquirir sua real importância e ter cautela para que destas alterações não decorram prejuízos irreparáveis para os cidadãos.

Atinge-se, então, uma “pedra de toque” a ser discutida no trabalho em análise. Ao se conceber como inaceitáveis ou insusceptíveis de permanência algumas regras jurídicas, dada a sua inconformidade com a realidade atual, qual o procedimento a ser adotado com relação àqueles que, com a supressão da norma, podem ser prejudicados porque já preencheram todos os requisitos exigidos para o exercício de um direito que agora foram transmudados.

Nesse diapasão, este texto pretende abordar até que ponto as mudanças e reformas podem alcançar normas constitucionais, transgredindo direitos já reconhecidos e integrado ao patrimônio dos cidadãos. Assim, a fim de entendermos o âmago da questão, mister se faz tecer algumas considerações propedêuticas acerca do Poder Constituinte Originário e do Poder Constituinte Reformador, designando sua natureza e apontando seus limites.

PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

A distinção entre Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado ou Instituído foi questionada primeiramente pelo abade Sieyès, no famoso discurso *Qu'est-ce que le Tiers État?*, há mais de duzentos anos atrás, momento em que defendeu ser o Poder Constituinte Reformador condicionado pelas regras fundadas pelo Poder Constituinte Originário, contidas na Constituição. A idéia foi bastante discutida ao longo dos tempos e hoje tornou-se amplamente aceita.

O Poder Constituinte Originário, assim, tem a função precípua de fazer emergir nova organização jurídica fundamental. Sua essência firma-se na elaboração da Constituição, numa tentativa de ajustar-se o direito positivo aos anseios da sociedade.

Historicamente, este *potestas constituens* encerrava a ruptura com o modelo de

ordenamento jurídico vigente e, via de regra, uma revolução social servia de meio condutor para a manifestação da nação em defesa de novos interesses emergentes. Daí afirmar o ilustre mestre Raul Machado Horta, que: *“O Poder Constituinte Originário, na sua versão clássica de origem francesa, está vinculado às manifestações revolucionárias, visando consagrar no texto constitucional novo as alterações mais profundas que a Revolução produziu na estrutura social e na relação do poder no Estado e na Nação.”*

Todavia, atualmente, não se afiguram tão comuns as hipóteses de grandes revoluções e golpes de Estado, podendo o Poder Constituinte Primário emergir quando toda a ordem jurídica já se revela transposta, não se coadunando, em nenhum aspecto, com a presente realidade social. A inconformidade com o direito do Estado, mais precisamente, a falta de eco da ordem jurídica vigente com a mentalidade da população, visualizada pela perda de eficácia da Constituição anterior, motiva o povo a agir.

Depreendo-se, então, que o referido poder incumbe à própria nação, confundindo-se até mesmo com a vontade desta, a qual não podendo exercê-lo diretamente, o faz por intermédio de seus representantes.

Quando há um novo Poder Constituinte Originário, todos os princípios anteriormente condizentes com o direito perdem a sua validade. Ocorre como se nunca tivessem existido, pois verifica-se uma verdadeira ruptura, uma quebra da ordem jurídica anterior.

O ensinamento do insigne lente Paulo Bonavides explicita o porquê desta hipótese: *“politicamente é o poder constituinte um poder supra legem ou legibus solutus, um poder a que todos os poderes constituídos hão necessariamente de dobrar-se ao exercer ele a tarefa extrajurídica de criar a Constituição.”*²

Logo, diante das considerações trazidas à baila, abordando as características do Poder Constituinte Originário, seguimos a orientação de Georges Burdeau, destacando como pontos distintivos os seguintes: inicialidade, incondicionalidade e autonomia.

O caráter inicial é justificado pelo fato de que nenhum poder antecede ao Poder Constituinte Originário, ao revés, dele é que se constituem todos os demais (esta atribuição, porém, não deve ser examinada de modo a fomentar a interpretação de seu exaurimento no decorrer do tempo). A autonomia, por sua vez, explica-se porque somente a nação, independentemente de qualquer poder, terá legitimidade para decidir qual o ordenamento jurídico deverá prevalecer. Por fim, o Poder Constituinte Originário é incondicional, haja vista a inexistência de subordinação deste poder a regras ou normas fixadas, razão pela qual, em tese, pode manifestar-se livremente. Passemos, então, ao estudo do Poder Constituinte Derivado.

PODER CONSTITUINTE INSTITUÍDO

Enfocando o tema do Poder Constituinte em um patamar ideal, satisfaria, por demais, aquela constituição que pudesse organizar o ordenamento jurídico de modo a adequá-lo à sociedade atual e futura em todos os aspectos. Todavia, é inevitável que a conformação da ordem jurídica instaurada ocorra somente com relação à situação presente no momento de seu surgimento, sendo humanamente impossível concretas previsões de mudanças.

Em virtude disto, e no afã de evitar que a nação fique a mercê de transformações ocasionais e fortuitas, são permitidos e criados mecanismos de defesa do direito já codificado e fruto do Poder Constituinte Originário, consubstanciados no poder de revisão

O Poder Constituinte Reformador existe, portanto, como uma garantia do cidadão de manter vivo o espírito da norma constitucional, na medida em que lhe compete proceder às

alterações julgadas necessárias.

Alguns autores, dentre os quais se pode citar Joseph Barthélemy, Duverger, Duguit e Laferrière, compreendem o Poder Derivado como sendo ilimitado, uma vez que não se esaurindo no tempo o Poder Constituinte Originário, aquele seria o extrato subsistente deste. Enquanto isto, outra parte dos doutrinadores reconhece a origem do Poder Constituinte Reformador semelhante a de qualquer outro decorrente do Poder Originário, com limitações e condicionamentos.

Há de ressaltar-se que o segundo posicionamento, sem embargo das respeitadas opiniões em contrário, é cediço e facilmente cognoscível a partir do ensinamento propiciado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que leciona: *“Dizer que o Poder Constituinte Originário não se esgota com a edição da Constituição, que por isso ele subsiste na Constituição, é afirmação verdadeira em termos. Sem dúvida, o Poder Constituinte de que é titular o povo não se esgota com a prática de um ato, como a liberdade não se exaure em qualquer de suas manifestações. Entretanto, é um órgão constituído, e não o agente do Poder Constituinte Originário, autor da Constituição, que recebe desta o poder de alterá-la, sob certas formas, dentro de certos limites. Assim, o órgão constituído habilitado a modificar a Constituição está como os demais órgãos constituídos, limitado em sua competência pela Lei Magna.”*³ (Grifos acrescentados)

Resta clarividente, dessarte, que o Poder Instituído singulariza-se por ser derivado (é criação do Poder Originário), condicionado (sua atuação restringe-se em face dos limites estabelecidos na Lei Maior, podendo agir apenas de acordo com as condições impostas) e subordinado (como a própria denominação sugere, porque subordina-se ao Poder Constituinte Primário, encontrando-se abaixo deste).

O DIREITO ADQUIRIDO ...

A concepção de direito adquirido, emergida da proteção dada aos *facta praeterita* pelo Imperador Teodósio em Roma, consolidou-se, primeiramente, no âmbito do Direito Privado.

Os civilistas debruçaram-se sobre o tema, examinando a relação entre a lei nova e os fatos ocorridos sob a égide da norma anterior - levantando questões como da irretroatividade da lei no tempo e da irrevogabilidade de situação pretérita -, para reconhecer no direito adquirido aquele que se incorporava ao patrimônio do titular, resguardando-se das alterações advindas com a novel regulamentação.

Não obstante a primazia do estudo privatístico acerca da idéia, não se exclui o posterior interesse do Direito Público, o qual recepcionou o conceito elaborado pelos privatistas. A segurança das situações jurídicas subjetivas não foi acobertada rapidamente pelo texto das leis fundamentais, pois o princípio do direito adquirido surgiu como preceito reflexo no ordenamento, mas conseguiu, no decorrer do tempo, ser elevado a categoria constitucional, pelo menos no Brasil.

Em termos de legislação pátria referente ao assunto, a Carta Magna resguarda o direito adquirido, ao dispor no art. 5º, XXXVI, que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. No campo da legislação ordinária, o artigo 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil define o direito adquirido como sendo aquele que o seu titular, ou alguém em seu nome, possa exercer, como também o direito cujo começo do exercício tenha termo prefixado, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

Neste contexto, com o intuito de compreendermos melhor o princípio do direito adquirido, impende-se discriminar o direito adquirido propriamente dito, do direito consumado e da expectativa de direito.

O direito consumado caracteriza-se pela circunstância de o seu fato gerador ter produzido todos os efeitos, ou seja, o direito exsurgiu no mundo jurídico, foi exercido e suas conseqüências legais foram esgotadas. De outra face, no que concerne à expectativa de direito, dada a circunstância de o fato aquisitivo não ter se concluído, ela representa uma simples esperança sem inclusão de nenhum direito ao acervo patrimonial do interessado. Por fim, no direito adquirido, como infere-se da definição legal, todos os requisitos são atendidos para o exercício de uma pretensão - dê-se que o fato gerador ocorre por inteiro -, porém, os efeitos decorrentes deste ato não são produzidos.

Digno de enfoque apresenta-se o conceito da lavra do douto Caio Mário da Silva Pereira, que, com maestria peculiar, esclarece: “Direito adquirido, in genere, abrange os direitos que o seu titular ou alguém por ele possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo ou condição preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem. São os direitos definitivamente incorporados ao patrimônio do seu titular, sejam os já realizados, sejam os que simplesmente dependem de um prazo para o seu exercício, sejam ainda os subordinados a uma condição inalterável ao arbítrio de outrem. A lei nova não pode tingi-los, sem retroatividade.”⁴

Levando em consideração o fato de os preceptivos mencionados e a transcrição supra reportarem-se a lei, não persistem no direito brasileiro discussões atinentes à intangibilidade do direito adquirido quanto às normas ordinárias. A legislação ordinária, portanto, não pode atingir direito anterior - já integrado ao patrimônio do cidadão, mas que não teve suas conseqüências geradas -, nem tampouco os chamados fatos consumados, sob pena de macular-se o princípio da irretroatividade da lei, o qual impede submeter ao comando da lei nova, fatos integralizados antes de sua vigência.

Entrementes, a *vexata quaestio* do estudo ora apresentado cinge-se na permissibilidade de direito adquirido às normas constitucionais. Poderá a Constituição, desse modo, impedir a preservação de direito anterior, para a aquisição do qual todos os requisitos já foram atendidos? Vejamos a seguir.

... AS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Invocando anotações feitas em tópico anterior, recordamos que o Poder Constituinte Instituído é limitado, motivo pelo qual deve resguardar os princípios consagrados pela ordem constitucional. Teoricamente, sua atuação encontra barreiras nas limitações impostas pelo Poder Originário, sejam elas expressas ou implícitas.

Não obstante esta ponderação de fundamento doutrinário, o entendimento de parte dos doutos traduz a idéia de que as normas constitucionais decorrentes tanto do Poder Constituinte Originário quanto do Poder Derivado incidem imediatamente. Isto implica em dizer que não existiriam direitos adquiridos oponíveis à Constituição, por ser esta a lei fundamental, detentora do condão de inovar sempre no ordenamento jurídico.

Desta forma, a discussão gira em torno da aplicação direta e imediata da norma constitucional sobre situações jurídicas completas cujos efeitos não se verificaram -, subsistentes da regulamentação antecedente, e que conflitam com o mandamento constitucional inaugurado.

Segundo os conseqüências deste posicionamento, falar em direito adquirido em face da Constituição seria aquiescer com a ultratividade da regra precedente, vale dizer, seria permitir a coexistência do mandamento revogado com uma disposição constitucional diversa, o que, em princípio, seria absurdo. A única forma de manter vigentes regras contrárias a novo dispositivo constitucional seria a expressa determinação deste último, ao passo que, havendo compatibilidade entre ambos, caberia a invocação de direito adquirido sob o manto de lei

anterior.

O fundamento desta tese encontra justificativa no escólio de José Celso de Melo Filho, que assevera: “A incidência imediata das normas constitucionais, todas elas revestidas de eficácia revogatória das regras e dos atos dotados de positividade jurídica inferior não permite que se invoque contra elas qualquer situação juridicamente consolidada. Assim, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, embora imunes à ação legislativa ordinária, que não poderá afetá-los, mostram-se irrelevantes em face da inquestionável supremacia formal e material das regras constitucionais.”⁵

Corroborando a tese em comento, aponta-se o acórdão do Supremo Tribunal Federal (RE nº 93.290/RJ), no qual figurou como relator o Ministro Moreira Alves: “...estou de acordo com ambos os fundamentos do acórdão recorrido. E, especialmente, com o segundo: o de que não há direito adquirido contra a Constituição. Este princípio se aplica tanto às normas originárias da Constituição, quanto às decorrentes das emendas posteriores, pois uma e outra têm a mesma natureza e a mesma hierarquia.”⁶

Sem embargo da opinião esposada pelo insigne ministro na decisão trasladada, suscitamos, mais uma vez, a diferença entre Poder Constituinte Originário e o Poder Reformador, para afirmar que muito embora ambos estejam imbuídos da vontade da nação, não figuram em um patamar de igual hierarquia.

O Poder Derivado, repetimos, é condicionado e limitado por regras estabelecidas pelo próprio Poder Originário, que garante a sua existência. Alguns destes óbices a reformas arbitrárias exteriorizam-se através das cláusulas pétreas; outros, mediante limitações implícitas, tudo no desiderato de não deixar ao alvedrio do legislador poderes vastos que permitam alterações indevidas.

A expressão cláusula pétrea, largamente aceita e adotada pelos constitucionalistas brasileiros, denota as limitações constitucionais expressas, materiais e circunstanciais. Encontram-se elas averbadas no art. 60, § 4º, da *Lex Mater*.

“Art. 60. omissis

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir;

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.”

Partindo deste dispositivo, outra parte da doutrina busca fomentar a razoabilidade e imprescindibilidade da proteção dos direitos adquiridos às normas constitucionais, provenientes de reformas.

Este posicionamento, digno de aplausos e dos mais elevados encômios, almeja expor que a regra da inexistência de direito adquirido contra a Constituição sofre restrições, não se revestindo de natureza absoluta.

Sendo assim, mesmo que uma emenda à Constituição viesse alterar determinado assunto de modo antagônico ao vigente até então, aquele que tivesse integralizado as condições exigidas para aquisição deste direito, apesar de não o ter exercido, estaria salvaguardado, independentemente de existir anuência expressa da proteção de direitos adquiridos.

Este raciocínio encontra guarida no intransponível magistério do mestre Caio Mário da Silva Pereira, como depreende-se do excerto a seguir: “*Em princípio, não pode haver nenhum direito oponível à Constituição, que é a fonte primária de todos os direitos e garantias do indivíduo, tanto na esfera publicística quanto na privatística. Uma reforma constitucional não*

pode sofrer restrições com fundamento na idéia genérica do respeito ao direito adquirido. Mas, se é a própria Constituição que consigna o princípio da não retroatividade, seria uma contradição consigo mesma se assentasse para todo o ordenamento jurídico a idéia do respeito às situações constituídas e, simultaneamente, atentasse contra este conceito. Assim, uma reforma da Constituição que tenha por escopo suprimir uma garantia antes assegurada constitucionalmente (exempli gratia, a inamovibilidade e vitaliciedade dos juizes) tem efeito imediato, mas não atinge aquela prerrogativa ou aquela garantia, integrada no patrimônio de todos que gozavam do benefício.”⁷ (Destaques nossos)

Sedimentando esta formulação, o ínclito Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, em decisão proferida no antigo TFR, defendeu opinião, até hoje por ele sustentada, cujo teor coaduna-se perfeitamente com o momento presente. Ei-la:”O espírito da Constituição em vigor é de respeito aos direitos individuais. Consagra ela, portanto, os princípios do constitucionalismo tradicional, compatibilizando-os com os novos princípios do constitucionalismo social do Século XX. Deixa expresso, outrossim, que a lei não prejudicará o direito adquirido. Não explicita se lei material ou lei formal. A emenda constitucional não é a lei em sentido formal, por ser manifestação do poder distinto, que é o poder de revisão. Todavia, é ela, inegavelmente, lei material. (...) A verdade é que o poder constituinte instituído é o próprio poder legislativo constituído. E o poder constituído não é o mesmo poder constituinte. Distinguem-se. O primeiro é fruto do segundo.” Mais adiante arremata: “Os princípios, portanto, consagrados pela Constituição, obra do poder constituinte originário, implicitamente limitam e condicionam o poder de revisão. Um desses princípios, que a Constituição do Brasil abarca, que a domina, já falamos, é o princípio liberal de respeito aos direitos individuais. Ilegítima, portanto, a emenda que, contrariando o princípio, assim contradizendo-se, desrespeita um direito individual, ignora um direito já adquirido.”⁸ (Grifos acrescidos)

CONCLUSÃO

À vista de todo o exposto, temos razões suficientes para acreditar que o deslinde da discussão estudada só pode ser alcançado mediante a perquirição da autoridade do Poder Constituinte Reformador e da imensurável relevância do princípio da segurança jurídica.

A pertinência da idéia desenvolvida pelo segmento que defende a existência de direitos adquiridos às normas constitucionais demonstra, à saciedade, a fragilidade inerente aos argumentos do primeiro posicionamento, pois, se a própria constituição prima pela irretroatividade das leis, como permitir a aplicação de uma nova disposição a situações completadas sob o manto de lei anterior?

Por outro lado, insta atentar para o fato de que a preservação destes direitos que fazem parte do patrimônio dos particulares, mas cujo exercício não teve lugar, ainda, no mundo jurídico, não haveria de trazer grandes prejuízos. A uma, porque, sendo disciplinadas pela lei pretérita estas situações tinham sua importância até então, o que não mudaria na mentalidade das pessoas de uma hora para outra. A duas, porquanto livrar-se-ia a sociedade de uma crise decorrente da instabilidade criada.

Imaginemos, então, que, por força de uma reforma constitucional, a mulher só poderia aposentar-se, com proventos integrais após 35 (trinta e cinco) anos de serviço. Se não preceito expresso abrindo exceção aos direitos adquiridos, como explicar a uma cidadã que ela, malgrado integralizar 30 (trinta) anos de serviço, não poderá mais aposentar-se nas condições precedentes, havidas antes da reforma. Quão tamanha não seria sua insatisfação ao saber que deveria trabalhar mais 05 (cinco) anos a fim de obter aposentação com proventos integrais, ao passo que outra colega, cujo tempo de serviço era idêntico ao seu, só por ter requerido a aposentadoria antes da

reforma, encontra-se desfrutando da inatividade remunerada. Haveria, nesta hipótese, isonomia? Entendemos que não.

Poder-se-ia invocar, contudo, que, em situações como esta, o Poder Constituinte Derivado haveria sempre de resguardar expressamente os direitos adquiridos sob a batuta de lei anterior. Refutamos esta alegação com um argumento quase intransponível, o de que o Poder Constituinte é exercido por cidadãos eleitos, figuras humanas falíveis, as quais não estão livres de erros, nem tampouco de deixarem lacunas constitucionais, prejudiciais aos direitos adquiridos.

Ademais, vale consignar a opinião de alguns de que a cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal (proteção de direitos e garantias individuais) reveste-se de notável imprecisão conceitual - visto que o Título II da Carta Magna enfeixa inúmeros direitos (direitos e garantias fundamentais) -, e, por isso, não poderia toda esta gama de direitos ser protegida de alterações.

Ora, logicamente não assentimos em interpretar o termo “dos direitos e garantias individuais” como abrangente de todos os direitos e garantias fundamentais elencados no Título II da CRFB. Mas, se a falta de previsão do dispositivo aludido não pode forçar a exegese de impedir que todos estes direitos não sejam abolidos ou alterados por emendas, o mínimo que se pode extrair é a permissão de proteger-se o direito adquirido, direito este que já faz parte da vida do indivíduo e com o qual o cidadão está contando para desfrutar seus efeitos em determinado tempo.

NOTAS

¹ HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. - Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 24.

² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. - São Paulo: Malheiros, 1994. p. 127.

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 18 ed. - São Paulo: Saraiva, 1990. p. 25.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 13 ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 115.

⁵ MELO FILHO, José Celso de. Apud O instituto jurídico dos direitos adquiridos e a “cláusula pétrea” dos direitos e garantias individuais. Revista de Informação Legislativa. Ano 32. nº 128 - Brasília: subsecretaria de edições técnicas do Senado Federal, out/dez 1995.

⁶ RTJ 99/890-891.

⁷ Ob cit. p. 117.

⁸ RTJ 99/879-878.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 11 ed. – São Paulo: Saraiva, 1989.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. - São Paulo: Malheiros, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 18 ed. - São Paulo: Saraiva, 1990.

HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. - Belo Horizonte: Dei Rey, 1995.

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

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e direito adquirido ao regime da função pública. Revista de Informação Legislativa. nº 32. - Brasília: Subsecretaria de edições técnicas do Senado Federal, out/dez 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 13 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SILVÉRIO, Paulo Roberto Mendonça. O instituto jurídico dos direitos adquiridos e a “cláusula pétrea” dos direitos e garantias individuais. Revista de Informação Legislativa. n° 32. - Brasília: Subsecretaria de edições técnicas do Senado Federal, out/dez 1995.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Servidor Público - Aposentadoria - Direito Adquirido - Das limitações do Poder Constituinte Derivado. Temas de Direito Público. - Belo Horizonte: Del Rey, 1994.