

REFORMA CONSTITUCIONAL E DIREITO ADQUIRIDO

Sérgio Resende de Barros*

SUMÁRIO: 1. Estado de Direito; 2. Preservação do Estado de Direito; 3. O Estado “Legal”; 4. Estado de Direito e Estado de Legalidade; 5. Reflexo sobre os direitos humanos; 6. Poder constituinte constituído? 7. Garantia conjunta; 8. Certeza do direito; 9. Tradição vigorosa; 10. Alcance da garantia; 11. Ordem pública; 12. Princípio atual; 13. Regras da irretroatividade; 14. Graus da retroatividade; 15. Regras das pendências; 16. Exemplo recente; 17. Conclusões; 18. Bibliografia.

1. Estado de Direito

O termo *Rechtsstaat* – em português, Estado de Direito – foi criado na Alemanha. Heuschling afirma que Johann Wilhelm Placidus (ou Johann Wilhelm Petersen) o criou em 1798 na obra *Litteratur der Staatslehre. Ein Versuch*.¹ Mas Friedrich Auguste Hayek refere o termo a outra origem: “A palavra *Rechtsstaat* teria aparecido pela primeira vez, embora não com o seu significado posterior, em K. T. Welcker, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe* (Giessen, 1813), onde se distinguem três tipos de governo: despotismo, teocracia e *Rechtsstaat*.”² Ferreira Filho noticia no Brasil a informação de Hayek, que dá por pioneiro o emprego do termo *Rechtsstaat* por Welcker.³ Mas o pioneirismo alemão foi além do vocábulo. Robert Von Mohl e Friedrich Julius Stahl – este após aquele – deram impulso ao esforço para melhor conceituá-lo, tomando o caminho racionalista aberto por Immanuel Kant.⁴ Sem demora, outros os seguiram. É indisputável a primazia da Alemanha.

Encetada assim no século XIX, a teoria do *Rechtsstaat* demorou a prosperar na França. As fortes marcas da filosofia e da política alemãs dificultaram o seu avanço por entre os franceses. Só a partir da segunda década do século XX, quando vieram à luz os manuais de Leon Duguit e Adhémar Eismen, passou a ser cuidada com maior desvelo. Mas foi preciso esperar por Raymond Carré de Malberg, com sua vigorosa *Contribuição à teoria geral do*

* Mestre, doutor e livre-docente em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na qual leciona. Professor no Curso de Mestrado em Direito da UNIMEP – Universidade Metodista de Piracicaba. Vice-presidente do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

¹ Cf. HEUSCHLING, Luc. *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*. Paris: Dalloz, 2002. p. 1.

² Cf. HAYEK, Friedrich Auguste. *Os fundamentos da liberdade*. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983. nota de rodapé 26. p. 239.

³ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 5.

⁴ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. cit. p. 5.

Estado, para introduzi-la definitivamente na doutrina francesa, embora, ainda, sob influxo do pensamento alemão, notadamente de Paul Laband, a quem Malberg sucedera na cátedra de direito público em Estrasburgo, após a Primeira Guerra Mundial. Dada à estampa em 1920, a *Contribuição à teoria geral do Estado* de Malberg foi o início de uma franca acolhida do *Rechtsstaat* pelo direito francês. O que criou condições para a internacionalização.

Do francês, *État de droit*, o termo *Rechtsstaat* verteu-se para os idiomas românicos. Além do português, o espanhol (*Estado de derecho*), o italiano (*Stato di diritto*), o romeno (*Stat de Drept*) e outros. Até em idiomas de linhagem não-latina aportou o termo, como no russo: *Pravowoje gosudarstvo*. Não obstante essa disseminação, o esforço de definir concentrou-se. Convergiu para um molde: a sujeição do Estado ao direito, visto ter sido com essa fôrma que se superou pela raiz o Estado absoluto, a partir do momento histórico em que se pôs decisivamente a lei no lugar do rei. Hoje, reina absoluta no direito ocidental a noção de que todos estão submetidos à lei, inclusive os que a fazem em nome de todos. O que resultou no princípio-arquétipo do Estado de Direito – *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* – estatuído nesses termos nas constituições republicanas brasileiras, atualmente no inciso II do artigo 5º da Constituição de 1988.

2. Preservação do Estado de Direito

A segurança do Direito principia na segurança dos direitos. Encontra-se na origem histórica e, portanto, no fundamento axiológico do constitucionalismo o princípio de que a sociedade que não garante os direitos não tem constituição.⁵ Pode tê-la minúscula, no sentido comum: uma organização qualquer. Mas não a terá na acepção maiúscula – Constituição – em que o constitucionalismo aplica o termo para denominar aquela especial organização do Estado que evita o absolutismo do poder por sua separação em poderes e assegura, também, os direitos do homem e do cidadão por uma declaração solene e garantias jurídicas enérgicas, consagradas constitucionalmente. Desse modo, a eficácia da Constituição implica e exige – necessariamente – a segurança dos direitos por ela conformados e, nessa conformidade, adquiridos. Não basta a separação de poderes. Estejam separados como estiverem, mesmo que por outro modo de separar que venha a suprir ou até a superar a separação clássica⁶, todos os poderes do Estado devem garantir os direitos constitucionais, máxime os adquiridos conforme a Constituição. Esse princípio constitucional, histórico do constitucionalismo⁷, preserva o Estado de Direito. Eis um motivo – **a preservação do Estado de Direito pela Constituição** – que aconselha a fixar princípios e regras para assegurar a juridicidade das normas que sobrevêm à Constituição, inclusive as que se destinam a modificá-la.

⁵ O artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789 proclama: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição.” (Cf. DUGUIT L., MONNIER H., BONNARD R. *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*. 7. ed. por Georges Berliá. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952. p. 3. Traduzi).

⁶ Clássica é a separação de poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, teorizada por Montesquieu no capítulo VI do livro XI da obra “Do espírito das leis”. (Cf. SECONDAT, Charles-Louis de, Barão de la Brède e de MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Texto estabelecido com uma introdução, notas e variantes, por Gonzague Truc. Paris: Éditions Garnier Frères, 1949. tomo I. p. 163 s.)

⁷ Cf. BARROS, Sérgio Resende de. *Licitação e contrato: a crise da licitação*. 2. ed. Piracicaba: Editora UNIMEP, 1999. p. 47 s.

“Todavia, cumpre advertir que não se deve confundir o advento de uma nova Constituição com a introdução de reformas ou emendas à Constituição atual.” A diferença é notória. “A substituição de uma Constituição por outra se dá independentemente de norma jurídica.”⁸ A reforma, não. Para esta, além das normas fixadas na própria Constituição, o direito intertemporal⁹ fixa balizas – normas operacionais – fora das quais o Estado desvia do direito para a mera legalidade, ou seja, o Estado de Direito se degenera em mero Estado “legal”.

3. Estado “legal”

A distinção entre o Estado de Direito e o mero Estado “legal” foi um contributo de Raymond Carré de Malberg para a Teoria Geral do Estado e o Direito Constitucional. Dada à estampa em 1920, a sua *Contribuição à Teoria Geral do Estado* definiu: “O Estado de direito é estabelecido simplesmente e unicamente no interesse e para a salvaguarda dos cidadãos: ele não tende senão a assegurar a proteção do seu direito ou do seu estatuto individual.” Já “o regime do Estado legal é orientado numa outra direção: ele se prende a uma concepção política que tem relação com a organização fundamental dos poderes, concepção segundo a qual a autoridade administrativa deve, em todos os casos e em todas as matérias, ser subordinada ao órgão legislativo, no sentido de que ela não poderá agir senão em execução ou por permissão de uma lei.” Dessa maneira, “o regime do Estado de Direito é concebido no interesse dos cidadãos e tem por finalidade especial premuni-los e defendê-los contra o arbítrio das autoridades estatais”. Já “o Estado legal tende puramente a assegurar a supremacia da vontade do Corpo legislativo e não implica mais do que a subordinação da administração às leis.” O que faz o Estado legal resultar numa forma de governo incompatível com as garantias individuais. “Assim, desses dois regimes, um não visa senão a prover aos cidadãos certas garantias individuais, que podem se conciliar com todas as formas governamentais; o outro constitui por si mesmo uma forma especial de governo.”¹⁰ Essa forma especial busca, acima de tudo, assegurar o primado do Estado por uma rigorosa subordinação da própria administração pública à lei posta pelo legislador estatal, isto é, às leis do próprio Estado. O rigor dessa subordinação redundava numa consequência restrigente: o direito é a lei que o Estado põe. Essa restrição impõe-se formalmente, sem levar em maior consideração o conteúdo da lei. Dessa origem administrativa, tal restrição se espalhou por todo o direito, sobre todas as pessoas, muito além dos entes administrativos públicos. Daí, por que é possível e conveniente, haurindo inspiração nessa forma que Carré de Malberg chamou Estado “legal”, usar o termo *Estado de Legalidade* para designar a cada vez mais freqüente degeneração Estado de Direito pelo **legalismo**: a ideologia que aninha e esconde na forma da lei um conteúdo autocrático, tendente à injustiça social, não raro acompanhada de um elitismo jurídico antidemocrático.

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor (Apoio: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 2002, p. 98.

⁹ O direito intertemporal, ou transitório, ou de transição, prevê princípios e regras para disciplinar a transição no tempo de uma norma jurídica à outra que a sucederá, evitando ou resolvendo conflitos de leis nessa evolução.

¹⁰ Cf. MALBERG, Raymond Carré de. *Contribution a la théorie générale de l'État*. Edição fotomecânica. Paris: Recueil Sirey, 1920. tomo I. p. 490 s.

4. Estado de Direito e Estado de Legalidade

De fato, não há confundir o Estado de Direito com o Estado “legal” que tende a ser um simples Estado de Legalidade. Essa confusão põe em risco a justa atuação da lei. No mero Estado de Legalidade, a lei é editada e aplicada sem levar em conta o resultado, ou seja, sem considerar se daí resulta uma injusta opressão dos direitos, quer individuais, quer sociais, mas sobretudo sociais. Impera o legalismo, a forma mais sutil de autoritarismo, na qual o espírito autoritário se encarna na própria lei. O processo legislativo atende à conveniência política do poderoso do momento, quando não é este mesmo quem edita a norma jurídica, “provisoriamente”. A execução tem de ser a mais rápida possível – imediata. Mas, seja quando for, tem de ser fiel: a lei deve ser cumprida com rigor, à luz de sua interpretação literal. Pouco importa o mais. A lei se justifica por si mesma. Tudo, segundo a máxima “lei é lei” e tem de ser cumprida “à risca”.

A lei tem de ser aplicada, sim. Porém, não para degradar os valores da civilização humana, sobretudo o valor da justiça e, assim também, os valores consagrados como direitos humanos. Sempre é possível ao agente do Estado, na feitura ou na prática da lei, equacionar a norma jurídica com a **realidade social** para ocasionar uma justa normação ou aplicação do Direito, visto que não há justiça que não seja justiça social. No Estado de Direito, nos processos – legislativo, administrativo e judicial – pelos quais se elaboram ou se aplicam as leis, a equação com que se trabalha não é um binômio – Estado e lei – como no mero Estado de Legalidade, mas é o trinômio – **Estado, lei, justiça** – que resulta no direito socialmente justo, o direito ajustado à realidade social que o suporta e instrui, o único que efetiva o Estado de Direito. Sempre é possível cumprir a lei de um modo que, pela justiça de sua aplicação, realize o Estado de Direito. Nesse modo, mais que noutros, cumprir a lei pressupõe respeitar a Constituição, a fim de não resvalar para a desordem ou a tirania. Comentando a primeira Constituição republicana brasileira, a de 1891, no dispositivo em que proíbe leis retroativas (art. 11, n. 3), já Carlos Maximiliano – e sua famosa *Hermenêutica e aplicação do direito* ainda estava no prelo – advertia: “Legislar para o passado é um abuso de poder que se praticou apenas em épocas de desordem e tirania.”¹¹ Caso possa a lei nova desconstituir atos perfeitamente constituídos segundo a lei do tempo em que foram concluídos, advirá sem tardança a tirania do governo como causa, seguida da desordem da sociedade como efeito. Uma tal insegurança jurídica, ora maior, ora menor, é congenial ao mero Estado de Legalidade.

5. Reflexo sobre os direitos humanos

Até mesmo a positivação das autocracias e das ditaduras passa a ser “direito”, se o direito for estritamente o que o Estado põe. Ao fim de tantas comprovações históricas nesse sentido, o século passado findou por tomar consciência de que o Direito não se reduz à lei do Estado nos seus processos de efetivação e constitui grande inconveniente político apregoar ou,

¹¹ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Commentarios à Constituição Brasileira*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, Editor. 1923. p. 234. Atualizei a ortografia do trecho citado.

mesmo, simplesmente admitir tal redução. Esse reducionismo ofende a evidência da prática cotidiana do Direito. Mais ainda, ignora a prática histórica extensamente considerada, a qual tem demonstrado que essa redução do Direito à lei positivada não apenas bitola e empobrece o Direito, como também – degradando a definição jurídica do Estado de Direito para a condição de simples pleonasma¹² – propicia a sua degradação como fato social e cultural, político e jurídico.

A doutrina não se tem ausentado de denunciar o reflexo negativo de tal degradação sobre a definição e a proteção dos direitos do homem e do cidadão. “O Estado de Direito, neste século XX, se transformou, para usar a expressão que Carré de Malberg cunhou, num mero Estado Legal. Este, em última análise, recusa a subordinação do Estado a um Direito a ele superior.” Sendo assim, o Estado legal “identifica Direito com o comando do Estado, de tal sorte que os direitos do homem são os direitos que o Estado lhes quiser reconhecer, que as leis são feitas pelo Estado, sendo irrelevante cogitar de seu conteúdo de justiça ou injustiça.”¹³

É contra essa irrelevância que a teoria do Estado de Direito deve acometer, sob pena de ser conivente com o falseamento do seu objeto. Sobretudo, quando elaborada pelos constitucionalistas, deve discernir entre o Estado de Direito e o mero Estado de Legalidade, levando em conta e destacando, entre os critérios e fatores da justiça, a garantia constitucional de todos os direitos humanos como fundamentais – não só daqueles individuais, mas de toda a geração de direitos que lhes sucedeu para completá-los e efetivá-los, o que tem sido dito **gerações de direitos**.¹⁴

Eis outro motivo – **a proteção dos direitos humanos pela garantia constitucional** – que reclama ancorar no direito constitucional o direito intertemporal. A elaboração e a aplicação de reformas constitucionais (previdenciária, judiciária, tributária, política ou qualquer outra) deverão ser feitas sem quebrar o Estado de Direito. Esse comando está implícito no artigo 1º da Constituição, que afirma constituir a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito.

Ademais, o Constituinte incluiu as garantias individuais no cerne pétreo da Constituição (inc. IV, § 4º, art. 60). Ora, a irretroatividade é também uma garantia individual. Logo, se a lei retroage golpeando direitos constitucionalmente adquiridos, fere a Constituição em seu cerne, ainda que a título de emendá-la. Não só a retroação deletéria, mas qualquer dano incidente sobre o direito adquirido é inconstitucional. Pelo que, devendo a emenda manter a constitucionalidade, não se pode equiparar o poder de emendar ao de constituir. Aquele só produz normas constitucionais por delegação deste e não pode violar as garantias constitucionais por este postas, entre as quais está a irretroatividade das leis.

¹² O próprio Kelsen reconhece o pleonasma: “Se o Estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo Estado é um Estado de Direito, esta expressão representa um pleonasma.” (Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. brasileira. Tradução do alemão *Reine Rechtslehre* por João Baptista Machado. Revisão para a edição brasileira por Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 328.)

¹³ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 39.

¹⁴ Sobre gerações de direitos, ver: BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. *passim*. No “site” www.srbarros.com.br o artigo “Gerações de Direitos” e a aula universitária “Noções sobre Gerações de Direitos”.

6. Poder constituinte constituído?

As normas constitucionais são originárias ou derivadas. As primeiras são as elaboradas pelo Poder Constituinte. As segundas são originadas das primeiras para reformá-las. Devem segui-las não só no curso do tempo, mas também no percurso de sua elaboração. As originárias dispõem “ex novo”. As reformadoras, “ex positis”. A reforma, como vem depois de ser posto o direito constitucional, percorre um procedimento de direito, instituído na origem da Constituição para permitir reformá-la sem deformá-la, o que implica obedecê-la. Por isso, mesmo que se admita existir aí um poder, esse poder de reforma não é constituinte, mas constituído: introduz normas na Constituição por delegação do Poder Constituinte. Mera delegação: não faculta ir além do que foi delegado.

Não existe entre nós poder constituinte de reforma. Ao originar a Constituição, prevenindo inevitável a necessidade de modificá-la, o Poder Constituinte delega ao Congresso Nacional (e não a si próprio, pois não existe delegação a si mesmo) a tarefa de emendá-la mediante procedimento especial. Tanto, que a emenda está inserida no Processo Legislativo (Constituição Federal, art. 59). A doutrina é que, indo além da realidade, transformou esse procedimento em poder constituinte constituído: uma absurda contradição de termos e de conceitos, que gera confusão entre a Constituição e a sua reforma.

O Congresso Nacional, ao emendar a Constituição, não age como assembléia constituinte, mas como órgão constituído, integrado na Constituição do Estado. Não pode quebrá-la, sob pena de perder a legitimidade para emendá-la. Tal poder de emenda não é poder constituinte, mas constituído: nada constitui por força própria, em nome próprio, mas apenas age por força e em nome do Poder Constituinte que o originou no texto da Constituição, de cuja normação não pode escapar, a não ser inconstitucionalmente. A emenda, como qualquer espécie normativa elaborada infraconstitucionalmente, deve manter a constitucionalidade, da qual um dos princípios é a irretroatividade das leis, consubstanciada no respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

7. Garantia conjunta

Entre esses três elementos garantidos há íntima correlação. Formam uma garantia conjunta ou um conjunto de garantia, em que o direito adquirido depende ou resulta da perfeição de um ato jurídico ou do julgamento definitivo de uma coisa. Qualquer relativização de um julgamento feito ou de um ato jurídico praticado acarreta efeitos sobre os direitos daí decorrentes. Mas, adquirido o direito, não se admite essa relativização, exceto para corrigir absurdos notórios, que não são próprios do Estado de Direito, mas do Estado de Legalidade, que com este não se confunde. Se a aquisição deriva de ato jurídico aparentemente perfeito, mas realmente imperfeito, ou de coisa julgada inconstitucional¹⁵ ou ilegal, não há direito adquirido, mesmo que se diga “adquirido”.

¹⁵ Sobre a coisa julgada inconstitucional, ver os estudos de Carlos Valder do Nascimento, Cândido Rangel Dinamarco, José Augusto Delgado, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, in NASCIMENTO, Carlos Valder, coord. *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

Enquadram-se nessa hipótese certos atos jurídicos (amiúde, atos administrativos) de efeito personalíssimo, constituindo verdadeiros privilégios individuais, quase sempre provinidos de leis de aparência geral, mas de efeito singular, nas quais só falta carimbar o nome ou colar a fotografia do beneficiado. Exemplo: as hiperaposentadorias. Assim se dizem aposentadorias notoriamente hipertrofiadas por remunerações altíssimas, derivadas de leis *ad hoc*. Brinda-se o felizardo com proventos que vão muito além dos que recebe um Ministro do Supremo. Esse abuso de direito não gera direito adquirido. O direito adquirido é certo não só em sua existência, mas também em sua origem. Existe certamente porque foi adquirido certamente.

8. Certeza do direito

A certeza do direito – e não apenas a mera implicância entre esses três elementos – é que autoriza sumarizar no direito adquirido a essência da garantia de irretroatividade. “Em suma, o limite do efeito imediato é o Direito Adquirido em sentido amplo, de modo a abranger as outras duas noções, de ato jurídico perfeito e de coisa julgada.”¹⁶ Não resta dúvida de que o direito adquirido **sumariza** a essência da garantia de irretroação.

Foi para completar uma evolução iniciada no direito romano que esses três elementos – direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada – vieram a ser enunciados com o fim de impor demarcações mais concretas para dar alcance mais efetivo à idéia de não-retroatividade da lei e, com isso, emprestar mais certeza aos próprios direitos adquiridos. Regras mais antigas, como *leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari*¹⁷, foram confirmadas por princípios mais recentes, como *tempus regit actum* e *lex prospicit, non respicit*¹⁸. Sempre, reiterando a irretroatividade. Ante essa reiteração, Gabba, tratadista maior do tema, certifica que desde os romanos “a verdadeira razão e o verdadeiro limite da retroatividade das leis consiste, unicamente, no respeito aos direitos adquiridos”.¹⁹

9. Tradição vigorosa

No Brasil, a irretroatividade das leis é uma vigorosa tradição histórica, que teve origem no próprio surgimento constitucional do Estado brasileiro. A Constituição do Império (art. 179, III) já proibiu leis retroativas. Igualmente, a da primeira República (art. 11, 3º). Nasceu daí uma constante do constitucionalismo brasileiro. Somente “a Carta Política de 1937 retirou o *status* constitucional do princípio”. Mas “é compreensível que isto tenha ocorrido, dado que a Carta de 1937 simplesmente deu forma jurídica à ditadura do Estado Novo.”²⁰ Essa constância constitucional fortalece o princípio da irretroatividade no Brasil, bem mais do que onde ele

¹⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982. p. 202.

¹⁷ Traduz-se: “O certo é as leis e as constituições darem forma aos negócios futuros e não serem dirigidas aos fatos pretéritos” (Código de Justiniano, L. 1º, tit. 14, n. 7).

¹⁸ Traduz-se: “o tempo rege o ato” e “a lei olha para a frente, não olha para trás”.

¹⁹ *Apud* BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil*. 6 vol. 7. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1944. vol. I, p. 99.

²⁰ Cf. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O princípio da irretroatividade da lei tributária*. in REVISTA TRIMESTRAL DE DIREITO PÚBLICO. 15/1996. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 1996. p. 16.

é apenas preceito de direito civil ou de doutrina. Mas, apesar do traje constitucional, a irretroatividade era entre nós um princípio vago e geral, que cumpria delimitar para efetivar. Como concluiu Clóvis: “O que convinha era determinar o conteúdo do princípio, a sua extensão e a sua finalidade.”²¹ A Constituição de 1934 fez a determinação: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art.113, nº 3).

A Carta de 1937 olvidou esse preceito. Ele não convém ao autoritarismo. Por isso, quando em 1942 Vargas baixou um decreto-lei²² para substituir a lei original de introdução ao Código Civil, aí fez ressalva ao direito adquirido, no artigo 6º: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, **salvo disposição expressa em contrário**, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito.” A serviço do autoritarismo, a lei e até decreto-lei ou medida provisória se prestam a desconstituir um direito adquirido em decorrência de ato jurídico perfeito ou coisa julgada. Contra essa prepotência, esses três elementos – direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada – readquiriram o *status* de garantia constitucional em 1946. Não mais o perderam. Exceto sob o recente regime militar de 1964, em cujos atos institucionais e complementares se quebrou o princípio da irretroatividade das leis.

10. Alcance da garantia

Tradicional no Brasil, a irretroação das normas no tempo é o alicerce constitucional do direito intertemporal. Ainda mais, por ser “uma regra de direito universal”²³, alcançando até as normas reformadoras da Constituição, cujo efeito está limitado: não retroage. Hoje, esse limite-garantia se estampa no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal – “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” – reproduzindo como princípio constitucional a regra do *caput* do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

O direito comparado ensina: “Em quase todos os países o princípio da irretroatividade apenas se encontra na doutrina e nas leis ordinárias” e “constitui um ensinamento para o legislador, porém só obriga o Poder Judiciário ao interpretar e aplicar os textos”. França, Itália, Espanha, Portugal não conferem *status* constitucional à irretroatividade. Mas o direito norteamericano, o mexicano, o norueguês e o brasileiro a erigem em princípio constitucional. Assim, “no Brasil e nos Estados Unidos paira mais alto o postulado: na própria Constituição Federal. De lá ele domina, soberano, todos os poderes, tanto da União como dos Estados.” O alcance do efeito é total. “Não se admitem leis, regulamentos, decretos, portarias, nem interpretações judiciais de textos, com efeito retroativo.” É, também, radical. “As transgressões do preceito incorrem em nulidade de pleno direito, absoluta, insanável.”²⁴

²¹ Cf. BEVILAQUA, Clóvis. *Código...* op. cit. p. 99.

²² Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Publicado no Diário Oficial da União de 9 de setembro. Retificado em 17 de setembro. Entrou em vigor em 24 de outubro *ex vi* do Decreto-lei n. 4.707, de 17 de setembro do mesmo ano. Anexado ao Código Civil como lei que o introduz, contém princípios basilares que se estendem às demais leis e, sendo assim, é materialmente constitucional.

²³ Cf. BEVILAQUA, Clóvis. *Código...* idem.

²⁴ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Commentarios à Constituição Brasileira*. op. cit. p. 234. Atualizei ortografia.

A norma de irretroatividade – concretizada no respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada e sumarizada no direito adquirido – não é lei ordinária, que se impõe ao Judiciário, podendo ser reformada pelo Legislativo ou por medida provisória. É norma constitucional. Recai sobre todo o direito elaborado infraconstitucionalmente.

11. Ordem pública

Nesse *status* constitucional está a chave que – a partir de um antológico voto de Moreira Alves – fechou as portas da jurisprudência para a tese de que o direito adquirido não prevalece contra as leis de ordem pública.²⁵ Citando Paul Roubier, clássico do direito intertemporal, o voto esclareceu que “a idéia de ordem pública não pode ser posta em oposição ao princípio da não-retroatividade da lei, pelo motivo decisivo de que, numa ordem jurídica fundada na lei, a não-retroatividade das leis é ela mesma uma das colunas de ordem pública”, de modo que “a lei retroativa é, em princípio, contrária à ordem pública”.²⁶

Outros somam no mesmo sentido. “A retroatividade das normas de Direito Público hoje constitui um princípio abandonado.”²⁷ Além de ser difícil discriminar o que é de ordem pública e o que é de ordem privada, “seria altamente perigoso proclamar como verdade que as leis de ordem pública ou de direito público têm efeito retroativo, porque mesmo diante dessas leis aparecem algumas vezes direitos adquiridos, que a justiça não permite que sejam desconhecidos e apagados.” Ademais, “a lei não deve retroagir, porque a simples invocação de um motivo de ordem pública não basta para justificar a ofensa ao direito adquirido, cuja inviolabilidade, no dizer de Gabba, é também um forte motivo de interesse público.”²⁸

De mais a mais, efeito imediato não se confunde com retroação. Nenhuma lei precisa retroagir para ter efeito imediato. Tanto é que o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil compatibiliza o efeito imediato e geral com o respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada. Assim, por exemplo, olhando para as regras de direito administrativo, direito processual e organização judiciária, vê-se que “tais regras jurídicas não precisam retroagir, nem ofender direitos adquiridos, para que incidam desde logo. O efeito, que se lhes reconhece, é normal, o efeito no presente, o efeito imediato, pronto, inconfundível com o efeito no passado, o efeito retroativo, que é anormal.”²⁹ Não resta dúvida, pois, para a doutrina: o princípio da irretroatividade incide até na ordem pública, porque ele é uma das colunas que sustentam a ordem pública.

²⁵ Maximiliano especifica as principais leis de ordem pública. (Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 216 s.)

²⁶ Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 493-DF em sessão plenária (cf. R.T.J.–143, p. 724 *usque* 815). Este voto tem norteado o Supremo Tribunal Federal no tocante à irretroatividade das leis. Como disse Carlos Velloso, trata-se de “um magnífico acórdão do Supremo Tribunal Federal, de que foi Relator o Ministro Moreira Alves (Adin 493-DF, em “DJ” de 4.9.92), em que o tema foi extensamente debatido.”

²⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946. p. 327.)

²⁸ PORCHAT, Reynaldo. *Curso elementar de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Companhia Melhoramentos de São Paulo, 1937. vol. I. p. 129.

²⁹ Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda n. 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. tomo V. p. 99. O grifo é do autor.

12. Princípio atual

O princípio atual – inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal – afeta todos os Poderes constituídos. Porém, antes dos demais, o Congresso Nacional, ao dizer que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Aí “lei” tem sentido estrito? Abrange somente leis complementares, ordinárias, delegadas, em suma, as leis? Não. Essa garantia – exatamente por ser constitucional – alcança todas as normas elaboradas sob o império da Constituição, a principiar pelas espécies normativas primárias arroladas no artigo 59, entre as quais a Constituição inclui as emendas a si própria. Todas as espécies aí tratadas estão compreendidas no processo legislativo realizado sob o comando da Constituição e, por isso, ficam igualmente submetidas às garantias constitucionais, entre as quais pontifica a irretroatividade. Por conseguinte, não se pode fazer por emenda constitucional o que não se pode fazer por lei. Por exemplo, se é inconstitucional instituir a tributação dos inativos por lei, também o será por emenda constitucional. Pudesse qualquer espécie infraconstitucional subverter as garantias constitucionais, então se instauraria o caos jurídico dentro da Constituição. De mais a mais, poder de reforma não é Poder Constituinte, como já se mostrou.

13. Regras da irretroatividade

Firmados tais princípios, a eles sobrevêm regras para solver conflitos intertemporais. “As leis, desde o momento em que se tornam obrigatórias, põem-se em conflito com as que, anteriormente, regulavam a matéria, de que elas se ocupam, regulando-a por outro modo. É o conflito das leis no tempo, que se resolve pelo princípio da não-retroatividade e pelas regras do direito intertemporal.”³⁰ Cumpre, pois, fixar tais regras.

Em referência ao momento em que uma norma entra em vigor, os fatos ficam em três categorias temporais: os que já estão passados (*facta praeterita*), os que ainda estão passando (*facta pendentia*), os que ainda não começaram a passar (*facta futura*). Dadas essas categorias, o princípio da irretroatividade elucida que os *facta praeterita* estão plenamente fora e os *facta futura* plenamente dentro do campo de incidência da reforma, ao passo que os *facta pendentia* estão parcialmente fora e parcialmente dentro desse campo. Daí, a regra geral: a reforma não atinge **em nada** os fatos passados, atinge **em tudo** os futuros e **em parte** os pendentes.

Há pouco a discutir quanto a fatos passados e futuros. Os futuros são colhidos plenamente pela reforma. Os passados não o são em nada. Daí, uma regra especial: os fatos passados e os futuros são regidos pela lei do tempo em que sejam praticados. O tempo rege o ato: *tempus regit actum*. Exceções a essa norma têm de ser autorizadas especificamente pelo ordenamento superior, sob pena de violar a ordem jurídica e contrariar a ordem pública. Só excepcionalmente a lei pode retroagir.³¹ Se o Estado de Direito reveste por escrito a qualidade de Estado Cons-

³⁰ BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Atualizada por Achilles Bevilaqua e Isaías Bevilaqua. 7 ed. São Paulo, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. p. 17.

³¹ Tal, como explica o mencionado voto de Moreira Alves. Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 493-DF (cf. R.T.J.-143, p. 746; cf. tb. DJ de 4.9.92).

titucional, se a irretroatividade é um princípio constitucional, qualquer exceção à irretroatividade tem de ser autorizada pela Constituição. No Brasil, a única exceção é a lei penal benéfica: *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu* (CF, art. 5º, inc. XL). Fora dessa hipótese, a retroatividade resta proibida em qualquer de seus graus.

14. Graus da retroatividade

Matos Peixoto – após explicar que as leis retroativas voltam no tempo para alcançar “fatos pretéritos ou os seus efeitos” – aduz que “a força retroativa da lei não tem sempre a mesma intensidade”. Há três graus de retroatividade: máxima, média e mínima. “Dá-se a retroatividade máxima, também chamada restitória, quando a lei nova prejudica a coisa julgada (sentença irrecorrível) ou os fatos jurídicos já consumados.” Exemplo é “a lei canônica que aboliu a usura e obrigava o credor solvável a restituir ao devedor, aos seus herdeiros ou, na falta destes, aos pobres os juros já recebidos.” Menos radical, “a retroatividade é média, quando a lei nova atinge as prestações exigíveis mas não cumpridas antes da sua vigência. Exemplo: uma lei que diminuísse a taxa de juros e se aplicasse aos já vencidos mas não pagos.” E “a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos fatos anteriores, verificados após a data em que ela entra em vigor.” Aqui, é exemplo “a constituição de Justiniano que limitou a 6% em geral, após a sua vigência, a taxa de juros dos contratos anteriores.”³²

O Estado Constitucional brasileiro afasta a retroação em todos esses graus. “Nenhuma dessas retroatividades a Constituição brasileira permite.”³³ Reiterando: “Na ordem jurídica brasileira, em que o princípio da irretroatividade, associado ao do direito adquirido, é tratado em nível constitucional, desde a Constituição do Império – somente a Carta de 1937, que deu forma à ditadura estadonovista, é que, compreensivelmente, não cuidou do tema – nenhuma das irretroatividades acima indicadas – máxima, média e mínima – é tolerada.”³⁴ Deve ser afastada até a retroação mínima ou mitigada aceita por doutrinas realmente alheias ao entendimento tradicional no Brasil, como as de Planiol e Roubier. “Essas colocações são manifestamente equivocadas, pois dúvida não há de que, se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado.”³⁵

Esse banimento da retroatividade, entretanto, não impede dúvidas sobre qual parte de um fato que esteja passando – um *factum pendens* que seja um *factum continuum* – já tenha passado e, por isso, gerou direito adquirido em relação à reforma. Daí, a pergunta: quais são as regras das pendências?

³² Cf. PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de direito romano*. tomo I. Partes introdutória e geral. Rio de Janeiro: Companhia Editora Fortaleza, 1950. p. 199 s.

³³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. loc. cit. p. 18.

³⁴ Manifestação de Ilmar Galvão no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 493-DF pelo Supremo Tribunal Federal em sessão plenária (cf. R.T.J.–143, p. 784; cf. tb. DJ de 4.9.92).

³⁵ Manifestação de Moreira Alves no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 493-DF pelo Supremo Tribunal Federal em sessão plenária (cf. R.T.J.–143, p. 745; cf. tb. DJ de 4.9.92).

15. Regras das pendências

No momento em que incide a reforma, entre os *facta pendentia* (fatos pendentes) estão os *iura pendentia* (direitos pendentes). Tais pendências jurídicas resultam em duas categorias: *iura pendentia acquisitione* (direitos pendentes de aquisição) e *iura pendentia exercitatione* (direitos pendentes de exercitação).

Na primeira categoria, *iura pendentia acquisitione*, os direitos ainda dependem de aquisição por inadimplemento de alguma condição aquisitiva. Aqui, a reforma atingirá diretamente a causa de aquisição do direito e, no quanto atingir, modificará as condições aquisitivas, para melhor ou pior. Mas só atingirá o quanto não foi ainda adquirido. Se a condição aquisitiva for ato ou fato contínuo (*actum vel factum continuum*), como o exercício de cargo ou função ou a prática constante de uma atividade, a parte já transcorrida não será afetada pela lei nova, sob pena de retroação inconstitucional. Por isso, o aumento da idade ou do tempo de exercício para aposentar-se exige normas transitórias proporcionais – indispensáveis – como as que podem ser vistas na Emenda Constitucional n. 20, de 1998. Jocosamente, diz-se que é o “pedágio” a ser “pago” para passar de um regime previdenciário ao outro. Sempre que não respeitar desse modo a parte já percorrida na via de aquisição do direito, a reforma será inconstitucional nessa parte.

Na segunda categoria, *iura pendentia exercitatione*, os direitos só dependem de serem exercitados (realizados, exercidos) pelo titular que os adquiriu ou por representante ou sucessor seu. O direito está adquirido. Estão implementadas todas as suas condições aquisitivas. Apenas não foi exercitado, ainda. Mas a sua execução e o seu exercício estão compreendidos na sua aquisição, sob pena de ser adquirida uma coisa e recebida outra, ou seja, não ser recebido o que foi adquirido. Isso seria fraude ao próprio Direito. Daí, outra regra especial: na hipótese de *pendentia exercitatione*, o direito está adquirido em todas as suas condições e, quando vier a ser exercitado, realizado, exercido, deverá manter consonância com as condições de sua aquisição.

16. Exemplo recente

A reforma previdenciária brasileira de 2003 serve de exemplo recente para, desde já, ser feita uma aplicação prática de tais regras. Em qualquer hipótese semelhante, como nessa que se põe como exemplo, o que se considera adquirido não é o direito à aposentadoria em si mesma, em abstrato, em quaisquer condições, mas o direito a uma aposentadoria em concreto, nas condições qualitativas e quantitativas que determinaram sua aquisição. Nessas condições ela foi adquirida e, portanto, deve ser exercida, sob pena de fraudar o direito. Todo direito é adquirido numa situação concreta e não em abstrato. O que está adquirido em cada caso é o que se adquire naquele caso, nas condições em que se adquiriu. Alterá-las implica inovar um direito já suficientemente aperfeiçoado, o que só se admite no caso de uma *lex melior*, pois a lei melhor o aperfeiçoará ainda mais. Agiu corretamente, portanto, a reforma de 2003, quando – atenta ao direito adquirido e ao interesse público – bonificou os servidores que se mantêm em atividade, embora aptos a aposentar. Mas não teve igual correção ao reduzir a aposentadoria dos inativos a título de tributação, porque também a lei tributária está sujeita ao direito adquirido, não o podendo deprimir qualitativa ou quantitativamente.

Veja-se: não há comparar essa redução de **caráter específico**, cuja incidência *post factum* atinge só aqueles que já estão exercendo o direito adquirido, com a imposição a todas as pessoas de tributos de caráter geral, como o de renda. Falso, portanto, o argumento que se apóia nessa comparação para justificar a tributação dos inativos. Ainda mais porque agride a isonomia. Realmente, tal tributação, além de alterar o direito adquirido, é discriminatória contra aqueles que o adquiriram, atingindo-os exclusivamente. Ela rompe a isonomia.

Igualmente fere o princípio da isonomia a variação do teto de remuneração no mesmo nível federativo em prejuízo dos servidores de um Poder. Mesmo se alegada uma colisão de princípios, não significa razoabilidade, mas mera prepotência privilegiar o princípio da independência dos Poderes sobre o da isonomia da lei para rebaixar alguns servidores dentre os que servem de modo igual ao mesmo Estado nos seus Poderes no mesmo nível federativo. O que vale para o todo não vale para as partes no que elas são iguais? É lógico que sim.

Enfim, se a lei não estabeleceu normas transitórias, cabe à jurisprudência suprir essa falta. As condições já implementadas para a aquisição do direito devem ser respeitadas, sem prejuízo dos efeitos que delas resultem. Tais condições, se o direito em tela se enquadrar na categoria dos *facta pendentia acquisitione*, devem ser acatadas, pois ele só não estará adquirido relativa e proporcionalmente às condições pendentes. Condições já satisfeitas, requisitos já atendidos, constituem *facta praeterita* ou, ao menos, *facta pendentia exercitatione*, mesmo se o direito depender de condição ou termo prefixado para ser exercitado.

17. Conclusões

As conclusões abrangem o princípio e duas regras: uma geral e outra especial.

Princípio: a irretroatividade das leis e dos elementos que a concretizam – o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada – constitui norma do direito intertemporal e, no Brasil, garantia constitucional que não pode ser quebrada por nenhuma espécie normativa infraconstitucional, nem sequer por emenda constitucional, pois faz parte do cerne da Constituição, nos termos do art. 60, § 4º, inc. IV.

Regra geral: a reforma tem efeito imediato a partir do momento em que entrar em vigor e, tendo por referência esse momento, não atinge **em nada** os fatos passados, atinge **em tudo** os fatos futuros, atinge **em parte** os fatos pendentes.

Regra especial: no momento em que a reforma os atingir, os direitos que sejam fatos pendentes (*iura pendentia*) podem depender de aquisição (*iura pendentia acquisitione*) por estar insatisfeita alguma condição aquisitiva e, neste caso, as condições já satisfeitas têm de ser respeitadas, sendo para isso indispensáveis normas proporcionais de transição; mas, se os direitos já estiverem adquiridos, mesmo se dependerem de realização ou de exercício (*iura pendentia exercitatione*), devem ser exercitados nas mesmas condições em que foram adquiridos, não se admitindo nenhuma forma de retroatividade, nem a média, nem a mínima.

18. Bibliografia

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

_____. *Licitação e contrato: a crise da licitação*. 2. ed. Piracicaba: Editora UNIMEP, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Atualizada por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. 7. ed. São Paulo, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955.

_____. *Código Civil*. 6 vol. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1944.

DUGUIT L., MONNIER H., BONNARD R. *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*. 7. ed. por Georges Berliá. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

HAYEK, Friedrich Auguste. *Os fundamentos da liberdade*. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

HEUSCHLING, Luc. *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*. Pariz: Dalloz, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. brasileira. Tradução do alemão *Reine Rechtslehre* por João Baptista Machado. Revisão para a edição brasileira por Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MALBERG, Raymond Carré de. *Contribution à la théorie générale de l'État*. 2 tomos. Edição fotomecânica. Paris: Recueil Sirey, 1920.

MAXIMILIANO, Carlos. *Commentários à Constituição Brasileira*. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, Editor. 1923.

_____. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. São Paulo: Freitas Bastos, 1946.

_____. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda n. 1 de 1969*. 6 tomos. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NASCIMENTO, Carlos Valder, coordenador. *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de direito romano*. tomo I. Partes introdutória e geral. Rio de Janeiro: Companhia Editora Fortaleza, 1950.

PORCHAT, Reynaldo. *Curso elementar de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Companhia Melhoramentos de São Paulo, 1937.

SECONDAT, Charles-Louis de, Barão de la Brède e de MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. 2 tomos. Texto estabelecido com uma introdução, notas e variantes, por Gonzague Truc. Paris: Éditions Garnier Frères, 1949.

