REFORMA CONSTITUCIONAL E DIREITO ADQUIRIDO

JOSÉ AFONSO DA SILVA*

1. Introdução à lei no tempo. I — ESTABILIDADE DOS DIREITOS SUBJETIVOS: 2. Segurança das relações jurídicas e lei no tempo. 3. Direito adquirido. 4. Ato jurídico perfeito e direito adquirido. 5. Coisa julgada. II— NORMA CONSTITUCIONAL E DIREITO ADQUIRIDO. 6. Questão de ordem. 7. Poder constituinte originário e direito adquirido. 8. Poder de reforma e direito adquirido. 9. Norma de garantia e direito garantido. 10. Conclusão

1. Introdução à lei no tempo

A lei, uma vez promulgada e publicada, entra em vigor na data por ela indicada, e se insere no ordenamento jurídico, entre outras leis. Por regra, a lei disciplina interesses relativamente a determinada matéria que já constituiu objeto de regulamentação por lei anterior. Aí, como veremos, é que se insere o tema da *lei no tempo*, dando origem ao que se costuma chamar *direito intertemporal*, que não é outra coisa senão um conjunto de regras doutrinárias, de teoria geral do direito, destinado a resolver as diversas questões que surgem do confronto entre a lei nova e a lei velha por ela revogada. Algumas dessas questões encontram solução nas garantias constitucionais sobre a segurança jurídica, visando à estabilidade dos direitos subjetivos. Outras decorrem da própria lei, mediante disposições transitórias, determinação do momento em que a lei entrará em vigor etc.

Trataremos primeiro das questões constitucionais dos direitos adquiridos, para depois verificar sobre sua aplicação ou não ao tema da sucessão de normas constitucionais no tempo.

* Professor Titular aposentado da Fadusp.

2. *Segurança das relações jurídicas e lei no tempo*

A temática deste número liga-se à sucessão de leis no tempo e à necessidade de assegurar o valor da *segurança jurídica*, especialmente no que tange à estabilidade dos direitos subjetivos. A *segurança jurídica* consiste no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”.¹ Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.

Realmente, uma lei é feita para vigorar e produzir seus efeitos para o futuro. Seu *limite temporal* pode ser nela mesma demarcado ou não. Seu texto, às vezes, delimita o tempo durante o qual ela regerá a situação fática prevista. Outras vezes ela é feita para regular situação transitória, decorrida a qual perde vigência e, conseqüentemente, a eficácia.

O mais comum, contudo, é que uma lei, uma norma, só perca o vigor quando outra a *revogue expressa* ou *tacitamente*. Se a lei revogada produziu efeitos em favor de um sujeito, diz-se que ela criou *situação jurídica subjetiva*, que poderá ser um simples interesse, um interesse legítimo, a expectativa de direito, um direito condicionado, um *direito subjetivo*. Este último é garantido jurisdicionalmente, ou seja, é um direito exigível na via jurisdicional. Recebe, assim, proteção direta, pelo que seu titular fica dotado do poder de exigir uma prestação positiva ou negativa.

A realização efetiva desse interesse juridicamente protegido, chamado *direito subjetivo*, não raro fica na dependência da vontade do seu titular. Diz-se, então, que o direito lhe pertence, já integra o seu patrimônio, mas ainda não fora exercido. Se vem lei nova, revogando aquela sob cujo império se formara o direito subjetivo, cogitar-se-á de saber que efeitos surtirá sobre ele. Prevalece a situação subjetiva constituída sob o império da lei velha, ou, ao contrário, fica ela subordinada aos ditames da lei nova? É nessa colidência de normas no tempo que entra o tema da proteção dos direitos subjetivos que a Constituição consagra no art. 5º, XXXVI, sob o enunciado de que *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*.

3. *Direito adquirido*

A doutrina ainda não fixou com precisão o conceito de direito adquirido. É ainda a opinião de Gabba que orienta sua noção, destacando como seus elementos caracterizadores: (1) ter sido produzido por um fato idôneo para a sua produção; (2)

1 Cf. Jorge Reinaldo Vanossi, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, p. 30.

ter se incorporado definitivamente ao patrimônio do titular. A Lei de Introdução ao Código Civil declara que *se consideram adquiridos os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem* (art. 6º, § 2º).²

Para compreendermos um pouco melhor o que seja o direito adquirido, cumpre relembrar o que se disse acima sobre o *direito subjetivo*: é um direito que existe em favor de alguém e que pode ser exercido por esse alguém. É, pois, um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente. Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada (direito consumado, direito satisfeito, extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava). Por exemplo, quem tinha o direito de casar-se de acordo com as regras de uma lei, e se casou, seu direito foi exercido, consumou-se. A lei nova não tem o poder de desfazer a situação jurídica consumada. A lei nova não pode descasar o casado, por ter estabelecido regras diferentes para o casamento.

Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em *direito adquirido*, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se no seu patrimônio, para ser exercido quando lhe conviesse. A lei nova não pode prejudicá-lo, só pelo fato de o titular não o ter exercido antes. *Direito subjetivo* “é a possibilidade de ser exercido, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio”,³ nota Miguel Reale Ora, essa possibilidade de exercício continua no domínio da vontade do titular em face da lei nova. Essa possibilidade de exercício do direito subjetivo foi adquirida no regime da lei velha e persiste garantida em face da lei superveniente. Vale dizer — repetindo: o direito subjetivo vira direito adquirido quando lei nova vem alterar as bases normativas sob as quais foi constituído. Se não era direito subjetivo antes da lei nova, mas interesse jurídico simples, mera expectativa de direito ou mesmo interesse legítimo, não se transforma em direito adquirido sob o regime da lei nova, que, por isso mesmo, corta tais situações jurídicas subjetivas no seu *iter*, porque sobre elas a lei nova tem aplicabilidade imediata, incide.

Não se trata aqui da questão da *retroatividade da lei*, mas tão-só de limite de sua aplicação. A lei nova não se aplica a situação subjetiva constituída sob o império da lei anterior.

Vale dizer, portanto, que a Constituição não veda a retroatividade da lei, a não ser da lei penal que não beneficie o réu. Afora isto, o *princípio da irretroatividade da lei* não é de direito constitucional, mas princípio geral de direito. Decorre do princípio de que as leis são feitas para vigorar e incidir para o futuro. Isto é: são feitas para reger situações que se apresentem a partir do momento em que entram em vigor. Só podem surtir efeitos retroativos, quando elas próprias o estabeleçam

2 Para pormenores, cf. Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, 2ª ed., v. I, t. III/361 e ss., São Paulo, Resenha Universitária, 1977; R. Limongi França, *Direito Intertemporal Brasileiro*, pp. 426 e ss.

3 Cf. Miguel Reale, *Lições Preliminares do Direito*, p. 292.

(vedado em matéria penal, salvo a retroatividade benéfica ao réu), resguardados os direitos adquiridos, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, evidentemente.

Observação que precisa ser feita é a seguinte: só se fala em *direito adquirido*, quando o *direito subjetivo exercitável* ainda não foi exercido. De fato, o *direito subjetivo* consiste no poder de o seu titular fazê-lo valer segundo seu interesse, ressaltados os problemas de caducidade, perempção, decadência ou prescrição, bem como condições previstas. É nesse contexto que poderá surgir o *direito adquirido*, que é precisamente, como dissemos, o direito subjetivo integrado no patrimônio do titular, mas *não exercido*, a respeito do qual é que milita a garantia constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que assegura o seu exercício nos termos da lei sob a qual ele se constituiu, ainda que revogada por lei superveniente. Dá-se aí uma espécie de *ultra-atividade da lei*, que consiste na projeção dos efeitos da lei para além de sua vigência, para resguardar o direito adquirido sob sua vigência. Com ele não se confunde o *direito subjetivo já exercido*, ou seja, se o direito subjetivo já tiver sido exercido quando a lei nova entrou em vigor, não cabe mais falar em direito adquirido, porque já não é meramente adquirido, porque passou a ser *situação jurídica subjetiva consumada*, *direito consumado*, que se assemelha ao ato jurídico perfeito, transmutando-se em novo tipo de relação jurídica, que, para desfazer-se, demanda a composição de novos requisitos legais com efeitos específicos. Assim, por exemplo, como vimos, se se tem o direito subjetivo de casar, casou-se, consumou-se a situação jurídica subjetiva; não se colocará mais essa situação à vista da superveniência de nova lei sobre o casamento, como certamente se colocaria no caso de o casamento já estar marcado, com proclamas lavrados, afixados e devidamente publicados etc., mas ainda não efetivado.

Direito adquirido e direito público. Cumpre fazer uma observação final a respeito da relação entre direito adquirido e direito público. Não é rara a afirmativa de que não há direito adquirido em face da lei de ordem pública ou de direito público. A generalização não é correta nesses termos. O que se diz com boa razão é que não corre direito adquirido contra o interesse coletivo, porque aquele é manifestação de interesse particular que não pode prevalecer sobre o interesse geral. A Constituição não faz distinção.

4. Ato jurídico perfeito e direito adquirido

A Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º, § 1º, reputa *ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou*. Essa definição dá a idéia de que ato jurídico perfeito é aquela situação consumada ou direito consumado, referido acima, como direito definitivamente exercido. Não é disso, porém, que se trata. Esse direito consumado é também inatingível pela lei nova, não por ser ato perfeito, mas por ser direito mais do que adquirido, direito esgotado. Se o simples direito adquirido (isto é, direito que já integrou o patrimônio, mas não foi ainda exercido) é protegido contra interferência da lei nova, mais ainda o é o direito adquirido já consumado.

A diferença entre direito adquirido e ato jurídico perfeito está em que aquele emana diretamente da lei em favor de um titular, enquanto o segundo é negócio fundado na lei. “O ato jurídico perfeito [anota *Pontes de Miranda*], a que se refere o art. 153, § 3º [agora, art. 5º, XXXVI], é o negócio jurídico, ou o ato jurídico *stricto sensu*; portanto, assim as declarações unilaterais de vontade como os negócios jurídicos bilaterais, assim os negócios jurídicos, como as reclamações, interpretações, a fixação de prazo para a aceitação de doação, as comunicações, a constituição de domicílio, as notificações, o reconhecimento para interromper a prescrição ou com sua eficácia (ato jurídico *stricto sensu*)”.⁴ Ato jurídico perfeito, nos termos do art. 153, § 3º [art. 5º, XXXVI], é *aquela que sob o regime da lei antiga se tornou apto para produzir os seus efeitos pela verificação de todos os requisitos a isso indispensável*.⁵ É perfeito ainda que possa estar sujeito a termo ou condição.

5. Coisa julgada

Tema correlato ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito é a coisa julgada, protegida também pela garantia constitucional constante do art. 5º, XXXVI. A garantia, aqui, refere-se à *coisa julgada material*, não à coisa julgada formal. Ficou, pois, superada a definição do art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Prevalece, hoje, o conceito do Código de Processo Civil:

Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (art. 467).

Dizemos que o texto constitucional só se refere à coisa julgada material, em oposição à opinião de *Pontes de Miranda*,⁶ porque o que se protege é a prestação jurisdicional definitivamente outorgada. A coisa julgada formal só se beneficia da proteção indiretamente na medida em que se contém na coisa julgada material, visto que é pressuposto desta, mas não assim a simples coisa julgada formal. Tutela-se a estabilidade dos casos julgados, para o que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente no seu patrimônio. A coisa julgada é, em certo sentido, um ato jurídico perfeito; assim já estaria contemplada na proteção deste, mas o constituinte a destacou como um instituto de enorme relevância na teoria da segurança jurídica.

A proteção constitucional da coisa julgada não impede, contudo, que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional. Dizendo que a lei não prejudicará a coisa julgada, quer-se tutelar esta contra atuação direta do legislador, contra ataque direto da lei. A lei não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada. Mas pode prever licitamente, como o fez o art. 485 do Código de Processo Civil, sua rescindibilidade por meio de ação rescisória.

4 Cf. *Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, t. VI/102.

5 Cf. *R. Limongi França, ob. cit.*, p. 427.

6 *Ob. cit.*, p. 102.

6. *Questão de ordem*

A doutrina acima exposta vale também para a sucessão de normas constitucionais no tempo?

A solução dessa questão demanda uma distinção básica entre *normas constitucionais originárias*, as que provêm da atuação do Poder Constituinte originário, e *normas constitucionais derivadas*, as que se formam pela atuação do chamada poder constituinte derivado. Mas, independentemente dessa distinção, afirmativas de princípio podem ser feitas a propósito de qualquer tipo de norma constitucional. *Primeira afirmativa*: consideram-se *normas constitucionais* todas e tão-somente as que integram uma Constituição rígida e dotada de supremacia em relação às demais normas do ordenamento jurídico. *Segunda afirmativa*: como todas as leis, também as normas constitucionais são de aplicação imediata e geral, o que vale dizer que, por princípio, incidem a partir de sua entrada em vigor sobre as situações que se verifiquem em sua vigência, ou seja, aplicam-se aos *facta futura*, não aos *facta praeterita*;⁷ isso quer dizer: o princípio é o da não-retroatividade, por isso só retroagem quando elas próprias determinam efeitos pretéritos.⁸ *Terceira afirmativa*: 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 como na privatística”, anota Caio Mário da Silva Pereira em escólio aceito pelo Min. Carlos Mário da Silva Veloso.

7. *Poder constituinte originário e direito adquirido*

Começemos o nosso exame pela relação entre Poder constituinte originário e direito adquirido. Esse Poder constituinte é o que produz normas constitucionais originárias, que compõem uma Constituição, quer seja a primeira que constitui o Estado, quer seja a que sucede outra existente e a substitui. No primeiro caso, não surge relação de direito constitucional intertemporal, porque não havia normas constitucionais anteriores para confrontar-se com as da primeira Constituição. Mas se uma Constituição substitui outra pode ocorrer situação em que a Constituição anterior tenha criado direito em favor de alguém e a Constituição sucessiva o tenha cortado, pois, como diz Pontes de Miranda, a “Constituição é rasoura que desbasta o direito anterior, para que só subsista o que é compatível com a nova estrutura e as novas regras jurídicas constitucionais”.

7 Veja-se a propósito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Poder constituinte e direito adquirido”, *RDA* 210/4.

8 Cf. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, T. VI, p. 385.

Então, a questão se põe aí: está o Poder constituinte originário adstrito a respeitar esses direitos adquiridos nos termos da ordem jurídica fundamentada na Constituição anterior? Uma constituição é obra do Poder constituinte, não do poder constituído, já o dissera Sieyès.⁹ E o Poder que faz a Constituição é tido como inicial, incondicional e ilimitado juridicamente. Vale dizer, ao fazer a constituição o Poder constituinte não fica sujeito a nenhuma regra jurídica do ordenamento existente nem da constituição que vigorava antes, porque sua atuação rompe com o sistema jurídico anterior, daí por que, na justa lição de Meirelles Teixeira, “as normas originárias, fundamentais por definição, não poderiam fundar sua legitimidade num sistema prévio, simplesmente porque esse sistema não existe. É o que sucede quando se funda um novo Estado, ou quando uma revolução, um golpe de Estado destroem a Constituição. A *produção originária* de normas jurídicas implica, portanto, a existência do *Poder Constituinte*”.¹⁰ É também por isso que se afirma, como vimos, que, 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”.¹¹

A solução pode soar estranha aos leigos, pois se uma constituição é produzida pelo Poder constituinte, significa que ele é autor tanto da Constituição nova como da constituição anterior. São obras dele a constituição que substitui e a Constituição substituída. As normas de ambas são normas originárias, fundamentais por definição. Como se explica, então, que os direitos legítimos que nasceram da primeira não sejam respeitados pela segunda? Como se explica que o mesmo Poder constituinte originário que plasmou regras jurídicas, produtoras de direitos subjetivos adquiridos, não os reconheça e respeite ao produzir as regras jurídicas da Constituição subsequente?

O Poder Constituinte originário que é a manifestação primeira e mais elevada da soberania popular realiza sua obra, a constituição, nela traduzindo o princípio da supremacia, e, com isso, ele se ausenta, se oculta, desaparece, porque o seu poder soberano passou a ser encarnado naquela supremacia. A soberania da Constituição perdurará até que o Poder Constituinte originário seja novamente chamado para a elaboração de nova Carta Política.¹² Então, retoma ele seu poder originário e a soberania constitucional cede em face de sua presença. Essa retomada é feita sem limite, pois, ao elaborar uma nova Constituição em substituição à obra anterior, assume ele todas as suas características de inicialidade, incondicionalidade e ilimitabilidade. Ao fazer a nova constituição, portanto, não fica vinculado à sua obra precedente. Pois, como nota Pedro de Vega, “derivada da própria noção de Poder

9 Cf. Emmanuel Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat?*, p. 67, Paris, Quadrige/PUF, 1982.

10 Cf. *Curso de direito constitucional*, pp. 199 e 200.

11 Cf. Caio Mário da Silva Pereira, Introdução de direito civil, v. I/125, apud Carlos Mário da Silva Veloso, “Funcionário público – Aposentadoria – Direito adquirido”, *RDP* 21/179.

12 Sobre a soberania da constituição, Cf. A. D. Lindsay, *O Estado Democrático Moderno*, pp. 188 e ss., Rio, Sahar, 1964; Pedro de Vega, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, p. 20, Madrid, Tecnos, 2ª reimpressão, 1991.

Constituinte, se compartilharia igualmente a crença de que 'o poder constituinte de um dia não poderia condicional o poder constituinte de amanhã. O que, traduzido em outros termos, significa que a Constituição não poderia nem deveria tampouco entender-se como uma lei eterna. Jefferson em seus escritos denuncia em várias ocasiões como tremendo absurdo que os mortos possam, através da Constituição, impor sua vontade aos vivos. Em sentido similar, escreve Paine estas impressionantes palavras [aí citadas por Pedro de Vega]: "Só os vivos têm direitos neste mundo. Aquilo que em determinada época pode considerar-se acertado e parecer conveniente, pode, em outra, ser inconveniente e errôneo. Em tais casos, quem há de decidir? Os vivos ou os mortos?" A resposta a tão incisiva interrogação a oferece a Constituição francesa de 1793 que, no seu artigo 28, estabelecia: "Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e mudar sua Constituição. Uma geração não pode submeter a suas leis as gerações futuras".¹³ O que isso quer dizer na teoria da Constituição é que a soberania popular tem o direito, em cada momento histórico, de manter ou de substituir sua Constituição, sem limitações jurídicas, sem que a Constituição anterior dite regras a serem obedecidas na feitura na Constituição nova.

Não é que o Poder constituinte não respeita os direitos adquiridos anteriores. A tese é diferente. Ele não está jungido aos direitos anteriores, adquiridos ou não. Ele tem a faculdade de desfazê-lo explícita ou implicitamente. Pois as normas constitucionais originárias também estão submetidas ao mesmo princípio geral que regem todas as leis jurídicas, qual seja o princípio da incidência imediata e geral, passando a reger as situações e condutas presentes e futuras, desde sua entrada em vigor. A irretroatividade das normas, inclusive das normas constitucionais, é um princípio geral de direito, a diferença é que a norma constitucional originária, por não se submeter a limitações jurídicas, pode colher fatos a ela anteriores, como nota Manoel Gonçalves Ferreira Filho. "Em consequência [adita o ilustre mestre], pode dar-lhe caráter (lícito ou ilícito) diferente do que tinham na ordem jurídica anterior. Igualmente pode pôr termo a direitos adquiridos".¹⁴ A lição de Pontes de Miranda é exemplar nesse sentido:

"É princípio básico o *princípio da imediata incidência das regras jurídicas constitucionais*, salvo se a própria Constituição protraí a incidência de alguma ou de algumas das suas regras jurídicas, ou se a retrotraí. Quando se diz que as novas Constituições incidem imediatamente e há, aí, princípio inegável, de modo nenhum se enuncia que as novas Constituições têm retroatividade e o princípio do respeito aos direitos adquiridos, à coisa julgada e aos atos jurídicos perfeitos não exista para as Constituições. O que acontece é que à própria Constituição ficou a possibilidade de afastar, explícita ou implicitamente, o princípio do respeito ao que surgira em virtude de incidência de lei anterior, inclusive de Constituição. Aí, a Constituição, que poderia protraí a sua incidência, como ocorre com a Constituição de 1967, explicitamente a retrotraí. Quando uma Constituição – e aqui está apenas um exemplo

¹³ Cf. Pedro de Vega, ob. cit., pp. 58 e 59.

¹⁴ Cf. artigo citado, RDA 210/4.

— deixa de considerar nacional nato, ou nacional naturalizado, quem o era sob a Constituição anterior, corta o que ela encontraria, porque a sua incidência é *imediata*. Poderia ressalvar. Se não ressalvou, cortou”.

As constituições quando querem manter um direito adquirido no sistema revogado costumam ressalvar. Assim, o art. 22 da Constituição de 1946 ressalvou as patentes anteriores em face do seu art. 182, § 1º, que as suprimira. O art. 177 da Constituição de 1967 manteve a vitaliciedade dos professores catedráticos e dos titulares de ofício de justiça adquirida antes de sua vigência, assim como a estabilidade de funcionários já amparados pela legislação anterior. E seu § 1º ressalvou o direito de aposentadoria com as vantagens previstas na legislação anterior para os servidores que já tivessem satisfeito ou viessem a satisfazer as condições, para tanto, da legislação anterior. Em sentido contrário, o art. 17 da Constituição de 1988 determinou que os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estivessem sendo percebidos em desacordo a Constituição seriam imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.¹⁵

8. Poder de reforma e direito adquirido

O poder de reforma constitucional, ou que nome tenha: poder de emenda, poder constituinte derivado, por ser uma forma de poder constituído ou instituído, é poder regrado, condicionado e limitado. Nada mais é do que uma competência instituída, na Constituição, para a produção de *normas constitucionais derivadas*, de acordo e dentro dos limites estabelecidos pela própria constituição.¹⁶ Disso decorre que se trata de um poder limitado por via de normas da própria Constituição que lhe impõem procedimento e modo de agir, dos quais não pode arredar-se sob pena de sua obra sair viciada, ficando mesmo sujeita ao sistema de controle de constitucionalidade, como outras normas jurídicas. Esse tipo de regramento da atuação do poder de reforma constitucional configura *limitações formais*, que podem ser assim sinteticamente enunciadas: *o órgão do poder de reforma (o Congresso Nacional) há de proceder nos estritos termos expressamente estatuídos na Constituição*. Além dessas limitações que são da essência do sistema, assinalam-se outras específicas que a doutrina costuma distribuir em três grupos: *temporais*, *circunstanciais* e *materiais* (explícitas e implícitas). Aqui só interessam as limitações materiais explícitas, porque aqui é que se situam os fundamentos das conclusões a que chegaremos nesta exposição. Pois, entre as cláusulas imodificáveis, por reforma constitucional, o art. 60, § 4º, da Constituição vigente, está a *vedação de proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais* (inc. IV).

15 Cf. decisão do STF, Rel. Min. Celso de Mello, RDA 203/159.

16 Cf. Meirelles Teixeira, ob. cit., p. 199.

Antes dessa norma não era raro encontrarem afirmativas no sentido de não haver direito adquirido contra norma constitucional sem nenhuma distinção. O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu em acórdão, relatado pelo Min. Moreira Alves que não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do Poder Constituinte originário, ou do Poder Constituinte derivado, ou seja, 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.¹⁷ É uma doutrina pertinente ao Poder Constituinte originário, conforme vimos, mas, se antes se poderia ter dúvidas de que o direito adquirido limitava o Poder Constituinte derivado, essas dúvidas não podem mais prevalecer em face da vedação, hoje expressa de apresentação de propostas de emendas tendentes a abolir direitos e garantias individuais.

Ninguém duvida de que se configura como uma típica garantia individual a regra constante do inc. XXXVI do art. 5º da Constituição de 1988, segundo o qual *a lei não pode prejudicar o direito adquirido*. O argumento é irretorquível, como um entimema: *a reforma constitucional não pode abolir direito adquirido porque se trata de uma garantia individual*. Ou se quiser em forma de um silogismo: a reforma constitucional não pode abolir direitos e garantias individuais; o direito adquirido é uma garantia individual expressa no art. 5º, XXXVI; logo, a reforma constitucional não pode abolir o direito adquirido. Ou ainda, por outra forma: os direitos e garantias individuais são imodificáveis por emenda constitucional; o direito adquirido é uma garantia constitucional; logo, o direito adquirido é imodificável por emenda constitucional.¹⁸

9. Norma de garantia e direito garantido

Às vezes se lança um argumento contrário à conclusão a que acabamos de chegar. Diz-se, então: é certo que a reforma constitucional não pode abolir os direitos e garantias individuais, mas isso apenas significa que não pode eliminar do texto da Constituição as normas que prevêm esses direitos e garantias, mas não significa que o direito auferido com base nessas normas de garantia seja intocável por emenda constitucional. Hugo Nigro Mazzini expôs bem o argumento e o refutou nos termos seguintes:

“Ora, partindo da distinção, aliás incontestável, entre *a norma constitucional de garantia de direitos individuais e os próprios direitos adquiridos*, entendem alguns que o poder de emenda só não poderia eliminar a norma de garantia, não o direito garantido. Essa distinção entre a norma de proteção ao direito adquirido (a

17 RTJ 114/237, apud Monoel Gonçalves Ferreira Filho, artigo citado, RDA 210/5. Cf. também referência no mesmo sentido em Hugo Nigro Mazzilli, “A reforma constitucional e as garantias da Magistratura, do MP e dos Tribunais de Contas” *Revista AP/MP*, n. 17, abril de 1998, p. 9.

18 Essa é a doutrina corrente hoje, cf. além dos artigos já citados do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, RDA 210/1 e ss e de Hugo Nigro Mazzini, RAP/PM 17/5 e ss., 1998, também Carlos Ayres Britto e Valmir Pontes Filho, “Direito adquirido contra as emendas constitucionais”, RDA 202/75 e ss.

norma de garantia) e o próprio direito adquirido (o direito objetivado pela norma de garantia), não permite concluir que a Constituição apenas vede que o poder constituinte derivado suprima a *norma de garantia*, mas não o *próprio direito*. Chegaríamos assim a um paradoxo: sob esse equivocado raciocínio, a norma de garantia do direito não poderia ser suprimida, mas o próprio direito garantido poderia ser impunemente violado...”¹⁹

Um tal argumento e uma tal doutrina vale como uma fraude à Constituição, porque eliminaria a garantia do direito mediante a supressão do direito garantido. Se isso fosse possível, de nada adiantaria a proteção normativa de um direito, pois, precisamente quando esse direito se efetiva e se concretiza num titular, pode ser eliminado. É o mesmo que suprimir, a cada passo, a norma de garantia, por esvaziá-la de seu conteúdo jurídico: seu efeito prático. Demais, quando a cláusula dita pétrea diz que é vedada proposta *tendente* a abolir..., isso significa que a vedação atinge a pretensão de modificar qualquer dos elementos conceituais da situação objetiva ou subjetiva protegida, isto é, que se encaminhe, “tenda” (emenda “tendente”, diz o texto) para a sua abolição, ou emenda que “tenda” a enfraquecer qualquer dos direitos e garantias individuais constantes do art. 5º, como ocorreria se se admitisse a abolição dos efeitos concretos em favor de alguém desses direitos e garantias.

10. Conclusão

A conclusão é simples e peremptória: a reforma ou emenda constitucional não pode ofender direito adquirido, pois está sujeita a limitações, especialmente limitações materiais expressas, entre as quais está precisamente a de que não pode pretender abolir os direitos e garantias individuais, e dentre estas está o direito adquirido.

¹⁹ Cf. ob. cit., p. 10.

Ref. 0109
Cartonado
1.840 págs.
2 volumes
Form. 16x23
1996

INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E MERCADO DE CAPITAIS

Jurisprudência

Nelson Eizirik

A presente obra é fruto de trabalho de pesquisa que reúne a jurisprudência dos tribunais brasileiros sobre instituições financeiras e mercado de capitais, no período de 1986 a 1994. Trata-se, a nosso ver, de obra que pode ser de grande utilidade para estudantes, advogados, membros do Poder Judiciário e todos aqueles, no exercício de atividade profissional, necessitam ter acesso imediato à jurisprudência de nossos tribunais em matéria de Sistema Financeiro.