

JORGE RÊGO

**A RETROAÇÃO DA LEI EM FACE DO
DIREITO ADQUIRIDO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
no Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof.^a MSC Christine Oliveira
Peter da Silva.

Brasília

2004

Dedico o presente trabalho primeiramente a Deus, verdadeira fonte de vida, a minha amada esposa, com quem partilho as emoções mais sentidas, aos meus preciosos filhos, e a minha sempre querida mãe, pelo carinho e incentivo em todos os momentos.

Neste momento não posso deixar de agradecer àqueles que de forma especial compartilharam comigo cada momento vivido durante o desenvolvimento do curso de direito.

A minha esposa, Cleine, aos meus preciosos filhos, Gustavo e Débora, aos meus pais, Josias e Amélia, à minha irmã e sobrinha, Lígia e Júnia, à vovó Eurides, ao tio Cleber e à tia Any.

Um agradecimento à Mestra Christine Oliveira Peter da Silva, pessoa excepcional, incentivadora e que me ajudou na elaboração do presente trabalho.

E aos professores, que, durante a transmissão diária de conhecimento contribuíram para a nossa formação de futuros juristas.

“Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado Democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas e que, desperdiçado, não mais será recuperado”.

Konrad Hesse

SUMÁRIO

Resumo	6
Introdução	7
Capítulo 1 - Conflito de Leis no Tempo	13
1.1 Princípio da Irretroatividade das leis.....	16
1.2 Teorias da Irretroatividade.....	21
1.2.1 Teoria Subjetiva.....	22
1.2.2 Teoria Objetiva.....	26
Capítulo 2 - Sistemas e Modalidades de Retroatividade	34
2.1 Sistema Legal.....	37
2.2 Sistema Constitucional.....	42
2.3 A Retroatividade da Lei	
2.3.1 Fatos Passados, Presentes e Futuros.....	49
2.3.2 Eficácia Imediata e Prospectiva da Lei.....	51
2.3.3 Modalidades de Retroatividade.....	53
2.3.3.1 Mínima.....	53
2.3.3.2 Média.....	57
2.3.3.3 Máxima.....	58
Capítulo 3 - O Direito Adquirido e as Constituições Brasileiras	60
3.1 Direito Adquirido.....	60
3.1.1 Definição Doutrinária e Legal.....	62
3.1.2 Expectativa de Direito.....	68
3.1.3 Direito Consumado.....	69
3.1.4 Faculdade Legal.....	70
3.2 Previsibilidade nas Constituições Brasileiras.....	70
3.3 Direito Adquirido - Poder Constituinte Originário e Derivado.....	75
3.3.1 Direito Adquirido e Poder Constituinte Originário.....	76
3.3.2 Direito Adquirido e Poder Constituinte Derivado.....	81
Capítulo 4 - A Retroação da Lei em Face do Direito Adquirido	87
4.1 Definição de Direito Adquirido - uma proposta.....	87
4.2 Direito Adquirido a Regime Jurídico.....	89
4.3 A Retroação da Lei e o Direito Adquirido.....	96
4.3.1 Proposições de Retroação da Lei em Face do Direito Adquirido.....	97
Conclusão	102
Referência Bibliográfica	104

RESUMO

RÊGO, Jorge. A retroação da lei em face do direito adquirido. 2004. Monografia de conclusão de curso de graduação - Faculdade de Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2004.

Trata o presente trabalho do estudo da retroação da lei em face do direito adquirido. É possível a retroação da lei em face do direito adquirido? Para responder tal questionamento o trabalho foi desenvolvido obedecendo ao seguinte roteiro. Primeiramente foi efetuada análise da corrente subjetivista e da objetivista, que fundamentam, doutrinariamente, o direito adquirido e a retroação da lei, sendo a primeira desenvolvida por C. F. Gabba, na Itália, e a segunda por Paul Roubier, na França. Após, volta-se a monografia para a proteção e para os efeitos do direito adquirido em relação aos sistemas infraconstitucional e constitucional e, ainda, traz as graduações de intensidade da retroatividade, quais seja, mínima, média e máxima. Discorre sobre as diferentes formas de previsibilidade do direito adquirido nas Constituições brasileiras e sobre as conformações do direito adquirido frente ao Poder Constituinte Originário e Derivado. Na parte final é desenvolvida uma proposta de definição do instituto ora em estudo e, também, é feita uma abordagem sobre o direito adquirido a regime jurídico. Concluindo o último capítulo há um retorno ao título do trabalho e são apresentadas as possibilidades em que se vislumbra o cabimento da retroação da lei frente ao direito adquirido.

INTRODUÇÃO

Trata esta monografia da retroação da lei em face do direito adquirido. O tema será apresentado considerando os seguintes aspectos: a doutrina dos tratadistas que firmaram marco teórico sobre o direito intertemporal, que contemplará também um breve histórico; a aplicação do direito adquirido quando protegido pela Constituição ou por lei infraconstitucional; as graduações por intensidade; o direito adquirido frente ao Poder Constituinte Originário e Derivado; a plausibilidade do efeito retrooperante da lei; dentre outros pontos relevantes para o objeto de estudo.

Dentro da delimitação proposta e, após o desenvolvimento dos aspectos jurídicos a ela relacionados, serão apresentadas as possibilidades em que se vislumbra a admissibilidade de modificação ou extinção de direitos adquiridos em decorrência de lei nova.

A elaboração deste trabalho teve como um dos fatores motivadores os debates do Núcleo de Pesquisa de Estudos Constitucionais do UniCeub, coordenado pela Professora Christine Peter. Em determinado momento, buscou-se a definição do que seria o tão propalado direito adquirido e em quais circunstâncias poderia ser ele afetado por lei nova que modificasse situações já incorporadas ao patrimônio do indivíduo.

Além do debate acadêmico também motivaram a escolha do tema os seguintes pontos: o nosso contexto histórico de mudanças de leis e da própria Constituição, - que não é exclusividade dos dias atuais -, a grande ansiedade que o assunto faz emergir, o aspecto sócio-jurídico de leis com efeitos retroativos, as alterações de leis que sensibilizam

direitos tidos como sólidos e a diversidade de opiniões jurídicas sobre a plausibilidade ou não da retroação da lei frente ao direito adquirido.

O direito adquirido foi, e ainda é, objeto de estudo de campo vasto e polêmico, pois a perda de direitos tidos como incorporados a vida do indivíduo ou ao grupo social ao qual pertence, é motivo de transtornos para aqueles que estão inseridos em determinado contexto e percebem a intenção de se modificar situações que, de certa forma, estão consolidadas ou tidas, mediante o cumprimento de determinadas exigências, como passíveis de serem consolidadas no futuro.

O Brasil, no ano de 2003, viveu um grande conflito de idéias e de posições jurídicas sobre o direito adquirido, tendo em vista as reformas na área da previdência, mudando inclusive a norma constitucional no que diz respeito a direitos que para alguns são adquiridos, para outros são parcialmente adquiridos e, ainda, para outros constituem mera expectativa de direito.

Este ano, 2004, enfrentou-se mais uma calorosa contraposição de idéias, primeiramente, em relação à modificação da Constituição pelo Poder Constituinte Derivado e, posteriormente, no campo judicial quando da apreciação pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3105 em decorrência de Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003¹. O fundamento do conclave era a afronta a direito adquirido

¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade, requerida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, em relação ao *caput* do Art. 4º da Emenda Constitucional nº 41 (ementa ainda não publicada). Vencidos: Ministra Ellen Gracie, Relatora; Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio de Melo e Celso de Mello. Por unanimidade, o Tribunal julgou inconstitucional as expressões “cinquenta por cento” e “sessenta por cento”, contidas, respectivamente, nos incisos I e II do Parágrafo Único do Art. 4º da Emenda Constitucional. Aplicar-se-á a hipótese o § 18 do art. 40, introduzido pela mesma Emenda Constitucional.

relativo a cobrança de seguridade social dos servidores públicos aposentados, pensionistas e daqueles que completaram todos os requisitos legais para atingir tal posição.

Cabe observar que esse trabalho não tem por objetivo fazer uma análise sobre a última decisão do Supremo Tribunal Federal relativa ao artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 10 de dezembro de 2003, que envolveu a modificação de algumas situações imaginadas como intocáveis, vez que existem casos em que o indivíduo já estava há décadas desfrutando legitimamente de determinado benefício consagrado por lei.

Buscou-se dotar esse trabalho de um cunho científico, por intermédio da linha dogmática de pesquisa, apresentando um estudo pormenorizado, aprofundado e verticalizado sobre a doutrina, a jurisprudência e as normas jurídicas que tratam do assunto.² Propôs-se, assim, trazer as teorias divergentes e que mais impregnaram o estudo do direito adquirido no campo doutrinário e que, conseqüentemente, tiveram reflexos frente as normas constitucionais e infraconstitucionais, que regem e regeram a vida da sociedade brasileira.

Segundo Geraldo Monteiro e Mônica Savedra o “método científico é o conjunto de procedimentos racionais que permitem o cientista investigar, de maneira ordenada, a solução de problemas”³. Este trabalho enquadra-se na linha de pesquisa instrumental dedutiva em que se busca atingir conclusões jurídicas por intermédio da lógica jurídica dedutiva e utilizando como instrumento as teorias, teses e opiniões de autores; a sistematização e interpretação das leis por meio da consu

² BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para cursos de direito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 155.

³ MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira; Mônica Maria Guimarães Savedra. **Metodologia da pesquisa jurídica: manual para elaboração e apresentação de monografias**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 37.

Ita a documentos; a história e a comparação entre normas e a análise da jurisprudência sobre o assunto objeto de estudo, tendo como enfoque principal as decisões em última instância do Supremo Tribunal Federal - STF.⁴

As leis que regram a vida em sociedade geram situações que se consolidam e tornam-se intocáveis pelas leis novas, caracterizando-se como direitos adquiridos. Esses direitos, uma vez, adquiridos e passando a integrar o patrimônio do indivíduo, quando ameaçados tornam-se um atentado às garantias individuais, à segurança jurídica e acabam por gerar conflitos sociais. Esta monografia tem por objetivo iluminar alguns conceitos e definições sobre a retroação da lei e o direito adquirido, levando-se em consideração aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais.

Dentro desse escopo o presente trabalho está dividido em quatro capítulos, assim dispostos: conflito de leis no tempo; sistemas e modalidades de retroatividade; o direito adquirido e as constituições brasileiras e a retroação da lei em face do direito adquirido.

No primeiro capítulo, serão apresentados os autores que inspiraram o estudo do direito adquirido e da retroação da lei, C. F. Gabba, na Itália, e Paul Roubier, na França. Contempla-se, assim, as teorias objetivas e subjetivas, de fundamental importância para o objeto de estudo, expõem o instituto do direito adquirido enfocando parâmetros constitutivos diferenciados e com posições divergentes, pois uma tem por fundamento básico o direitos adquirido e a outra trata mais especificamente de situações jurídicas objetivas e subjetivas frente ao mesmo instituto.

⁴ MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira; Mônica Maria Guimarães Savedra. **Metodologia da pesquisa jurídica: manual para elaboração e apresentação de monografias**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 56-58.

No segundo, serão estudados os sistemas legal e constitucional, considerando quais os efeitos da adoção de um ou do outro para a retroação da lei e, conseqüentemente, para o direito adquirido. Será, ainda, feita uma abordagem sobre cada um dos tipos ou modalidades de retroatividade: máxima, média e mínima, levando-se em consideração a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico.

Após, será apresentada a definição doutrinária de direito adquirido, considerando as teorias adotadas e a posição de diversos autores no tocante a dificuldade de se definir o direito adquirido para fazer frente a situações concretas. Neste capítulo, serão apresentados conceitos de elementos diretamente relacionados e, alguns até, confundidos com o direito adquirido.

Também será trabalhada a fragilidade do instituto frente ao Poder Constituinte Originário e as limitações que o Poder Constituinte Derivado sofre em relação ao direito adquirido e a retroação da lei. Concluindo, o terceiro capítulo, será feito um paralelo entre direito adquirido e Poder Constituinte Originário; direito adquirido e Poder Constituinte Derivado e direito adquirido e demais leis infraconstitucionais.

Finalmente será feita uma breve abordagem sobre a percepção do que seria o direito adquirido, será tratada a mitigação do instituto frente ao regime jurídico e as possibilidades de sua proteção, considerando a norma jurídica em si e os efeitos dela produzidos e, ainda, serão elencadas as possibilidades de retroação da lei em face do direito adquirido.

Desta forma e tendo em vista a inquietude que o tema cotidianamente traz para o cidadão, em virtude, inclusive, da evolução natural do ordenamento jurídico, convido aos interessados no objeto de estudo deste trabalho a efetuarem a sua leitura, com a finalidade de se conhecer um pouco mais sobre os fundamentos e possibilidades da existência do efeito retroativo da lei ferindo direitos adquiridos.

É de sabença comezinha que, em regra, as mudanças ensejam necessidades de acomodação social, e isso se percebe tanto para as inovações *strictu sensu*, ou seja, dentro de pequenas, médias ou grandes organizações, como também para as *latu sensu*, àquelas enfrentadas pela sociedade em função das modificações oriundas das regras normativas de caráter imediato e geral.

Assim sendo, a leitura desta monografia possibilitará a visualização de algumas situações em que as inovações legais acabam por ensejar momentos de fragilidade para o indivíduo, pois são circunstâncias de caráter cogente, onde não há a possibilidade ou a faculdade de se exercer a volição, como ocorre regularmente nas relações consensuais e comutativas que permeiam os contratos em geral.

1. CONFLITO DE LEIS NO TEMPO

O conflito das leis no tempo é assunto relevante e de especial interesse para o Homem, influenciando de forma direta a tranqüilidade e estabilidade da sociedade. Tem reflexo tanto nas relações públicas como nas de caráter privado e, desta forma, o fato de a lei voltar-se para o passado, - a retroatividade -, ou a prevalência da lei velha diante de outra que a revogue, - a ultratividade -, tornam-se temas diretamente afetos a segurança jurídica, que é tão desejada no seio de qualquer Estado democrático e de direito.

Há indícios de que a questão da irretroatividade das leis e do direito adquirido remonta os 3000 anos a.C., constando no Código de Hamurabi na Mesopotâmia, quando trata da garantia da livre disposição do campo, do pomar e da casa. Pode-se citar a presença dos referidos institutos no direito egípcio, na Lei da XII Tábuas; no direito indiano, especificamente no Código de Manu; no direito chinês, no século XVIII na célebre compilação dos *Tsings*; no direito grego, para Lassalle a idéia da retroatividade nasceu na Grécia, no arcontado de Euclídes; dentre outras manifestações, inclusive no direito romano antigo, posterior às XII Tábuas, no direito romano intermediário, correspondente à época anterior ao Direito Renascentista e Jusnaturalista, e no direito moderno⁵, que corresponde ao período do Direito Renascentista e Jusnaturalista.⁶

Uma lei ao entrar em vigor, quando renova ou modifica outra, deve ter sua aplicação norteadas para o presente e para o futuro. Não seria aceitável que o legislador ao

⁵ A abordagem deste trabalho monográfico estará centrada majoritariamente no direito moderno.

⁶ FRANÇA, R. Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 9-15.

criar um novo instituto fizesse com o objetivo de aplicá-lo no tempo pretérito. Neste sentido, a Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, diz que a norma jurídica tem efeito geral e imediato, ou seja, desde a publicação.⁷

A lei que foi revogada, a antiga, normatizava todas as relações por ela abarcadas até a sua extinção, regulava as relações humanas e sob sua égide nasceram direitos subjetivos individuais, foram criadas situações legais, constituíram-se relações jurídicas, regulou-se, em resumo, de forma ampla e geral a vida da sociedade.

A instituição de nova norma legislativa faz com que surjam outras regras que passam a pautar a vida da sociedade, mormente, daquele momento em diante. Estas novas disposições tendem a encontrar direitos subjetivos ou situações legais geradas por fatos ocorridos antes do império da lei modificadora, que não chegaram a produzir todos os seus efeitos, ou seja, a lei velha constituía ou regulava certas situações jurídicas, que a nova não considera mais ou altera algumas delas.⁸

Diante do aparente ou do real conflito temporal de leis, o autor Caio Mário apresenta a seguinte indagação:

“Por qual das duas leis, a nova ou a velha, devem ser reguladas as conseqüências dos fatos ocorridos antes de entrar em vigor a lei revogadora? Noutros termos: A lei velha deve continuar regulando as situações originadas durante sua vigência, ou a lei nova as alcança ao entrar em vigor?”⁹

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 88.

⁸ *Ibidem*, p. 89.

⁹ *Ibidem*, p. 90.

Neste campo tormentoso dos conflitos de leis no tempo, se faz oportuno registrar a falta de uma distinção entre a incidência e a aplicação de uma norma jurídica, importante, inclusive, para as respostas aos questionamentos acima transcritos. Com o objetivo de pacificar as definições ensinou Pontes de Miranda:

“Quando se fala em sobrevivência da lei antiga, em verdade se cai em grave engano: o que nos dá a ilusão da sobrevivência é o fato de confundirmos *incidência e aplicação* da lei; o que consideramos efeito de invasão da lei antiga no presente é derivado de pensarmos que a lei *incide* quando a *aplicamos*: a lei já incidiu; a *aplicação* é, apenas, o dizer-se que a lei já *incidiu*”¹⁰.

A incidência da lei é verificada durante todo o seu período de vigência e na exata medida de sua eficácia, mas os efeitos produzidos por tal incidência da norma legal é que se projetam para o tempo pretérito ou para o futuro¹¹, opinião de Elival Ramos que vai ao encontro do ponto de vista citado no parágrafo anterior.

O autor Othon Sidou define direito intertemporal “como a arte de solucionar os conflitos, ou aparentes inconciliabilidades, de duas leis, que, por efeito de sucessão entre uma e outra, disciplinam de modo diverso o tratamento da mesma relação jurídica.”¹²

Quando uma lei nova alcança atos jurídicos praticados, ou situações jurídicas constituídas ou os direitos subjetivos adquiridos sob o manto de uma lei antiga,

¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, t. 5, p. 701.

¹¹ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 18.

¹² SIDOU, J. M. Othon. A “existência” da lei (regras de direito intertemporal) *in* MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 320.

estamos diante de uma lei retroativa e, desta forma, os princípios que balizam o direito intertemporal têm como objetivo indagar em que casos podem ocorrer à retroatividade da lei, e estabelecer as regras que nortearão o aplicador da lei, quando o efeito dela, que deveria ser imediato, envolver uma forma de atuar anômala, ou seja, retrooperante.¹³

O direito intertemporal, qualquer que seja a forma de tratamento aplicada, legislativa ou doutrinária, subjetiva ou objetiva, abstrata ou prática, parte de um princípio fundamental que está estruturado na essência do ordenamento jurídico, tal princípio é o da irretroatividade das leis.¹⁴

Considerando ter a norma jurídica, em regra, o objetivo somente de atuar de forma imediata, geral e para o futuro e, desta forma, não retroagir, e considerando, ainda, a importância do princípio da irretroatividade para um melhor entendimento da retroação da lei frente ao direito adquirido foi, então, desenvolvido o tópico abaixo com a finalidade de se entender algumas diretrizes decorrentes da teoria da irretroatividade.

1.1 Princípio da Irretroatividade das Leis

Há uma certa inquietude quando se estuda o princípio da irretroatividade das leis, mesmo porque os manuais abordam e discorrem sobre o efeito retroativo da lei e, de certa forma, está-se diante de um princípio, o da não-retroatividade, que é diametralmente, para não dizer, sintaticamente, oposto às hipóteses de retroação da norma jurídica considerada pela doutrina.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 90-91.

¹⁴ *Ibidem*.

Visando uma correta compreensão do princípio ora em estudo há a necessidade da avaliação do assunto sob duas visões, a primeira, é a abstrata ou filosófica do problema, e, a do outro lado, é a que vislumbra segundo o ordenamento jurídico positivo.¹⁵

No campo da abstração filosófica ou da doutrina pura, vige a noção já consagrada da não-retroatividade da lei, seja porque a lei deve se voltar do presente para o futuro, de forma que as ações do passado não podem estar submissas à lei nova, ou porque o efeito retrooperante da lei traz um atentado à estabilidade dos direitos, encontrando repulsa na consciência jurídica.¹⁶

Pelo princípio da irretroatividade das leis, as situações jurídicas e os efeitos delas decorrentes que já foram constituídos e concluídos, não podem ser atingidos pela lei nova, isto quer dizer que os efeitos da lei nova não podem voltar a período anterior à sua entrada em vigor.¹⁷

A justificativa para o referido princípio está centrada em três argumentos, quais sejam, o primeiro é o que diz que a lei só obriga a partir do momento em que é criada, pois, antes disso, não é conhecida¹⁸; o segundo estabelece que a irretroatividade é uma regra que garante a certeza e a segurança jurídicas, ou seja, o indivíduo pode contar com a imutabilidade das situações jurídicas já formadas e, desta forma, pode também confiar nas disposições do ordenamento jurídico, podendo, inclusive, prever como sua conduta será

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 91.

¹⁶ *Ibidem*, p. 90-91.

¹⁷ TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e estado democrático de direito**. São Paulo: Landy Livraria, 2003, p. 192.

¹⁸ Eu diria que essa primeira justificativa afeta diretamente o plano da existência da lei, pois a existência de lei não pode ser presumida, ou a norma existe ou não pode ser considerada.

enquadrada; o terceiro é o que reconhece que embora as leis estejam em constante mutação e acompanhem as mudanças e demandas da sociedade, o ordenamento jurídico apresenta uma unidade e um desenvolvimento no tempo, não podendo a nova lei desconsiderar todas as situações jurídicas já realizadas, assim como os direitos adquiridos sob a vigência da lei revogada.¹⁹

Alega Duguit que toda lei retroativa é contrária ao Direito e, como tal, teoricamente sem valor, pelo que “a recusa de obediência a uma lei contrária ao direito é perfeitamente legítima”. Ele mesmo, no entanto, diz que “quando se formula essa proposição se é geralmente taxado de anarquista”.²⁰

Para Roubier, o princípio da irretroatividade é inteiramente correto, mas admite que “em matéria social, é sempre verdadeiro dizer: nenhuma regra sem exceção”. Deve-se observar que os exemplos, tratados pelo autor francês, se referem a situações de revoluções e guerras, ou seja, estão relacionados a momentos de total anormalidade social e, conseqüentemente, jurídica.²¹

Verifica-se que as idéias acima apontadas estão no contexto filosófico e, dentro desta visão, Caio Mário diz que:

“No plano jusfilosófico e apenas nele, é possível a generalização do princípio da irretroatividade das leis. Somente fazendo-se uma abstração do conteúdo positivo é que se pode proclamar, como uma conquista da civilização jurídica,

¹⁹ TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e estado democrático de direito**. São Paulo: Landy Livraria, 2003, p. 193.

²⁰ Apud Ibidem.

²¹ Apud Ibidem, p. 194.

que as leis não podem ter efeito retroativo, que as leis não devem retroagir, que a norma legislativa não se quer retrooperante.”²²

Passando do plano jusfilosófico para o do direito positivo, o princípio da irretroatividade transforma-se em um preceito de política legislativa, e o conceito de irretroatividade passa a ter uma visão diferente e ponderada, isto é, exprime-se meramente como um conselho, segundo o qual o legislador deve abster-se de votar leis retroativas.²³

A importância de tal distinção é muito relevante para o direito intertemporal, pois retira a errônea idéia de que a lei nunca pode retroagir. Essa classificação é que possibilita o entendimento, em face do princípio da irretroatividade, de diferentes sistemas legislativos: uns silenciam a respeito, outros estabelecem regras de legislação ordinária e, finalmente, outros elevam a idéia à proteção da constituição.²⁴

Visando retratar os sistemas legislativos acima relatados, apresentar-se-á como exemplo quais os adotados em alguns países. O germânico não possui uma regra geral atinente à solução dos conflitos intertemporais de leis. Admite-se neste sistema que a lei pode retroagir, desde que seja a manifesta vontade do legislador, sendo assim, para a sistemática alemã, deve-se entender que as proposições jurídicas devem ordenar para o futuro, mas podendo retroagir desde que o legislador assim queira. Para a França, Itália, Espanha, Argentina, opera o princípio da irretroatividade das leis, mas como tal princípio não se volta,

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 92.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

com obrigatoriedade para o legislador, fica este com a possibilidade de votar leis retroativas, quando entender conveniente ao interesse público.²⁵

O sistema brasileiro, que mais adiante será objeto de estudo nesta monografia, é o da constitucionalização do princípio da irretroatividade. Tendo a não-retroatividade como princípio constitucional, cumpre estabelecer, em face de uma lei nova que substitui com o seu domínio a lei anterior, qual das seguintes hipóteses adotar:

“a primeira compreende os fatos que já produziram os seus efeitos sob a lei anterior; a segunda aparece, quando os efeitos dos fatos ocorridos na vigência da lei velha se estendem pelo período subsequente à sua revogação; a terceira entende-se com a continuidade de fatos interligados, que vêm ocorrendo desde a lei caduca e ainda se verificam no tempo da vigência da lei atual, em curso de produção de efeitos.”²⁶

Visando equacionar ou na tentativa de encontrar uma vertente teórica para as hipóteses apontadas no parágrafo anterior e para as questões suscitadas relativas a retroatividade da lei, apresentar-se-á a doutrina dos dois grandes autores sobre o tema, quais sejam, das correntes teóricas subjetivista e da objetivista, que têm como precursores máximos Gabba e Roubier, respectivamente.

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 92

²⁶ *Ibidem*, p. 95.

1.2 Teorias da Irretroatividade

Este tópico tem por objetivo apresentar o pensamento dos teóricos e estudiosos do direito intertemporal sobre a retroatividade frente ao que foi estabelecido pelas escolas objetivas e subjetivas. A primeira é que apresenta o direito adquirido em função de situações jurídicas que se materializaram durante o atuar da lei pretérita, já a segunda é a teoria que recebe o mesmo nome do instituto ora em estudo, qual seja, teoria do direito adquirido.

Caio Mário, além de tratar das duas escolas mencionadas, diz que há outras de menor prestígio e de menor autoridade e que são atualmente classificadas como sem importância frente ao estudo jurídico do direito intertemporal e, dentre elas, cita a que aborda o efeito retrooperante das leis favoráveis e não retrooperante das leis desfavoráveis ao indivíduo; a que se detém à natureza da norma, para atribuir sempre efeito retroativo às leis de ordem pública ou; a que busca o pensamento, a intenção do legislador, se pensou em dispor somente para o futuro, ou se cogitou abarcar na nova lei o tempo pretérito.²⁷

Apesar da existência de outras teorias sobre o tema, os dois tópicos seguintes estarão centrados nas escolas das teorias subjetivistas e objetivistas que, de certa forma, são as correntes que, em bases sólidas, prevalecem e influenciam o estudo do direito adquirido e da retroação da lei até os dias atuais.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 96.

1.2.1 Teoria Subjetiva

Conhecida como a teoria do direito adquirido ou doutrina clássica, difundida a partir do começo do século XIX, tem como expressivo defensor C. F. Gabba que teve como premissa o pensamento de outros importantes autores como Savigny e Lassalle. Tal teoria decorre do entendimento de que o direito adquirido é um direito individual, subjetivo e tem como fundamento o fato de a lei não poder retroagir quando há um direito adquirido.²⁸

O ponto principal defendido por esta teoria é que se deve respeitar, ocorrendo conflito de leis no tempo, o direito adquirido, mas tem como imperfeição a dificuldade de se estabelecer uma definição clara e a contento do que seria direito adquirido.²⁹

Para Lassalle³⁰ os direitos adquiridos são aqueles que o homem passa a ter por ato da sua vontade; somente estes é que estão protegidos e não podem sofrer o ataque da nova lei. Aqueles que não dependem de um ato da vontade do indivíduo e, sim, da existência das leis que os concedem, sofrem a influência da lei nova, ou seja, dá-se à retroatividade, na medida em que não atinja as ações anteriores da vontade individual, pois se acreditava que o direito adquirido era nada mais do que a preservação da inviolabilidade da pessoa humana decorrente de um ato volitivo e não de dispositivo de lei.³¹

²⁸ SILVA, Zélio Furtado da. **Direito adquirido**. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p. 66-67.

²⁹ *Ibidem*, p. 67.

³⁰ A crítica a doutrina de Lassalle está centrada na vinculação do direito adquirido somente a atos de vontade e, assim, não considerando os efeitos produzidos pelo ato jurídico. (Apud SILVA, Zélio Furtado da. **Direito adquirido**. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p. 68-69).

³¹ ESPINOLA, Eduardo. **A lei de introdução ao código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 241.

Reynaldo Porchart apesar de reconhecer a importância da doutrina de Lassalle para o estudo do direito adquirido, argumenta que há direitos que nascem por obra da lei independentemente de qualquer manifestação da vontade do homem.³²

Para Pontes de Miranda, a teoria de Ferdinand Lassalle é incompleta e observa quais os efeitos da lei nova frente a situações já solidificadas, desvinculando-os de qualquer ato de vontade. Descreve, assim, o autor:

“Se uma ilha se forma em rio e os direitos dos proprietários ribeirinhos fronteiros são os do Código Civil Francês, arts. 560 e 561, ou do Código Civil Brasileiro, art. 537, a lei nova já os não modificaria e, no entanto, não se trata de ato de vontade dos indivíduos. A lei no momento em que um rio abandona o leito (álveo abandonado, Código Civil Francês, art. 563, Brasileiro, art. 544) é a que regula os direitos dos proprietários das margens e dos proprietários dos terrenos por onde as águas abrem novo leito. No entanto, também aí não se poderia falar de ato de vontade dos indivíduos. Não se precisaria de mais para se por em evidência a falsidade do princípio fundamental de Ferdinando Lassalle”.³³

Gabba³⁴, escritor italiano, considerando as asserções de seus antecessores, aceita, somente, parcialmente a posição de Lassalle, pois considera a teoria incompleta. Gabba em sua obra intitulada *Teoria della retroattività delle leggi* (Torino, 1891, Unione Tipográfica, v. I, p. 191) trata o direito adquirido como aquele que:

³² PORCHAT, Reynaldo. **Da retroatividade das leis civis**. São Paulo: s.e., 1909, p. 23.

³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, t. 5, p. 52.

³⁴ “Com efeito, depois do exame detido da matéria, no Direito Romano, no Direito Canônico, bem assim no Direito Comparado, o autor chega à conclusão básica de que, nesta parte da Ciência Jurídica: “os conceitos dos legisladores se vem determinando sempre mais com o progresso da Civilização”, determinação esta que se tem constituído na gradativa transmutação do popular e vago brocardo de que “as leis não devem retroagir” na persuasão geral referente ao princípio de que – “a razão e o verdadeiro limite da retroatividade das leis

“a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei do tempo em que o mesmo se realizou, ainda que a ocasião de fazer valer tal direito não se tenha apresentado antes da vigência de uma lei nova a ele concernente; e que, - b) nos termos da lei sob cujo império ocorreu o fato, de que se originou, entrou, imediatamente, a fazer parte do patrimônio de que o adquiriu.”³⁵

Segundo pensamento de Gabba os fatos que geram direitos adquiridos, só podem produzir esse efeito se apresentarem os requisitos estatuídos em lei. Faltando um único requisito, mesmo que seja em parte, o fato aquisitivo não produz o efeito da aquisição do direito e fundamenta sua proposição afirmando que:

“não se pode admitir nenhum direito concreto, o qual não tenha o seu fundamento em uma lei ou norma jurídica vigente no tempo em que o direito surge, e não provenha de um fato ao qual essa norma jurídica atribui a virtude de produzir direito.” (C.F. Gabba, Teoria Della Retroattività Delle Leggi, p. 195).³⁶

Para a teoria de Gabba, o direito adquirido deve estar fundamentado em lei, ter existência real, material, individualizado, estar incorporado ao patrimônio de um determinado titular, além destes atributos o direito adquirido deve ser útil para o indivíduo. Duas são as espécies dessas utilidades, quais sejam: as pessoais subjetivas, também denominadas de personalíssimas; e as materiais, classificadas como patrimoniais. Enfatiza, assim, a idéia de que não se admite a existência de um direito, sem que esteja associado à idéia de vantagem para o sujeito deste direito.³⁷

consistem unicamente no respeito ao Direito Adquirido.” (Apud FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 50).

³⁵ Apud FRANÇA, R. Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 51.

³⁶ Apud SILVA, Zélio Furtado da. **Direito adquirido**. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p. 72.

³⁷ Apud Ibidem, p. 73.

San Tiago Dantas, comentando a teoria subjetiva, diz que o estabelecimento de um direito como adquirido deve ter como fundamento à verificação prévia da lei nova quanto aos fatos pretéritos e, assim, certificar se é possível ou não a retroação. Dentro deste contexto San Tiago Dantas afirma que:

“é erro pensar que seja um *prius logicus*, isto é, que se possa saber se o direito é adquirido antes de verificar se a lei nova retroage ou não. Só se adquire certeza de que uma situação é de direito adquirido quando já se chegou à constatação de que a lei nova, neste caso, não retroage. Acontece, na exposição dessa doutrina do direito adquirido, apresentarem a causa como efeito, e, o efeito como a causa quando dizem: a lei não retroage quando há direito adquirido, mas, na verdade, só decidem que um direito é adquirido porque se convencem de que naquele caso a lei não retroage. O direito adquirido não é um *prius logicus* em relação à norma jurídica, é um *posterius*”.³⁸

A doutrina de Gabba sobre direito adquirido estabelece que a lei nova não pode violar direitos precedentemente adquiridos; mas onde não se ofendam direitos dessa natureza, a lei deve ser amplamente aplicada, quer se esteja tratando de fatos jurídicos novos, quer de fatos ou relações jurídicas anteriores.³⁹

Concluindo este tópico, deve-se observar que tendo a teoria de Gabba se centrado no conceito e na delimitação de direito adquirido, Espinola adverte que:

“pela dificuldade de definir satisfatoriamente o direito adquirido, de modo que se conheça quando a aplicação da lei nova o vai prejudicar, é que vários escritores

³⁸ DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. São Paulo: Forense. 1992, p. 121-122.

³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 97.

se têm esforçado na indicação de outro critério que melhor corresponda às necessidades da prática.”⁴⁰

Verifica-se que a doutrina de Gabba necessita de uma definição para o direito adquirido que tenha ao mesmo tempo solidez e maleabilidade. Solidez para enfrentar os ataques de posições contrárias e para proporcionar a sua perpetuação no tempo; maleabilidade para que pudesse incidir sobre diferentes casos concretos, sem que os elementos estruturais e integrantes de sua definição não sofressem abalos, mas, certamente, pelas críticas recebidas, a definição do autor italiano não conseguiu abarcar e permear todas essas circunstâncias.

É óbvio que tais críticas não tornam a doutrina de Gabba opaca, pois na definição do instituto não se deve deixar de considerar variáveis das mais diversas espécies, como por exemplo: a teoria clássica empregada; a questão do sistema adotado; o direito adquirido frente ao regime jurídico; os efeitos futuros de fatos passados etc; e foram poucos os que se aventuraram em defini-lo.

1.2.2 Teoria Objetiva

Esta teoria nasceu do entendimento de alguns doutrinadores que consideraram que o direito intertemporal não poderia ser tratado à luz dos direitos subjetivos, mas de situações jurídicas objetivas. Para Caio Mário, a geração atual de juristas aprendeu a pensar no direito intertemporal em função da idéia consagrada no direito adquirido, - teoria

⁴⁰ ESPINOLA, Eduardo. **A lei de introdução ao código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 240-241.

subjetivista -, quer pela majoritária jurisprudência distinguir direito adquirido de expectativa de direito, quer, por dar satisfação ao conteúdo individualista da relação de direito.⁴¹

No século passado, surgiram na França estudos que buscaram construir novas teorias em relação ao princípio da irretroatividade, buscando estabelecê-las, não em relação somente aos direitos adquiridos, mas se buscou como fundamento para a não aplicação da lei nova, a necessidade de se manter intangíveis certas situações jurídicas constituídas na vigência da lei anterior. Neste diapasão, vejamos algumas concepções, que levam em consideração as situações subjetivas para se estabelecer a intangibilidade de direitos adquiridos. Escreve Duguit:

“As numerosas dificuldades, que se assinalam, certamente não teriam surgido se, de um lado, se tivesse compreendido que a lei se aplica às manifestações individuais da vontade, e se, de outro, se houvessem percebido as situações legais, ou situações objetivas derivadas diretamente da lei, ainda quando nasçam em seguida a um ato de vontade, que vem a ser, então, a condição, mas não a causa eficiente da sua formação. Essas situações legais, situações permanentes, derivadas da lei, seguem todas as transformações desta, e a lei nova modifica uma situação nascida anteriormente, sem produzir, por isso, um efeito retroativo”.⁴²

Dentro deste pensamento conclui Espinola que: “A regra é, pois que o princípio da não retroatividade visa às manifestações de vontade, ou situações jurídicas subjetivas; e não as situações legais, ou objetivas.”⁴³

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 99.

⁴² Apud ESPINOLA, Eduardo. **A lei de introdução ao código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 240.

⁴³ *Ibidem*.

Torna-se importante, então, diferenciar situações jurídicas objetivas e subjetivas, e Gaston Jèze busca fazer a distinção entre situações jurídicas gerais, impessoais e objetivas de outras, individuais e subjetivas, e considera os seguintes aspectos: o primeiro é que a situação jurídica geral, impessoal e objetiva é geral, impessoal e, sendo assim, e a mesma para todos que estão na mesma situação; o ato a que se vincula é, em regra, uma lei; é permanente e é por natureza modificável por outra lei, de acordo com os interesses gerais; não pode ser renunciada de modo geral e absoluto⁴⁴.

A situação jurídica individual ou subjetiva é particular, e compete a uma pessoa determinada, dentro desta ótica não pode ser criada por uma lei ou regulamento; é temporária, desaparecendo com o seu exercício e com a efetivação do dever; não é modificável pelas leis e regulamentos; é passível de renúncia⁴⁵.

Os autores Colin *et* Capitant comentam o art. 2º. do Código Civil francês, que apresenta duas regras: a primeira, é que a lei só dispõe para o futuro, e a segunda, que não pode ter efeito retrooperante. O efeito desta segunda disposição é que o juiz não deve aplicar uma lei aos fatos ocorridos anteriormente à sua promulgação, para desfazer ou alterar os efeitos jurídicos produzidos. Quando se estabelece que uma lei dispõe para o futuro, significa que ela se aplicará aos fatos ocorridos posteriormente à sua publicação, ou seja, às relações jurídicas que se formarem no futuro.⁴⁶

⁴⁴ Apud ESPINOLA, Eduardo. **A lei de introdução ao código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 240, p. 244.

⁴⁵ Apud *Ibidem*, p. 240.

⁴⁶ Apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 99-100.

O autor belga Henri de Page acatando as idéias apresentadas pelos autores citados no parágrafo anterior, adverte que quando se tratar de casos duvidosos, o legislador deve criar mecanismos de disposições transitórias. Dentro deste enfoque apresenta quatro regras práticas que para Caio Mário possui dois defeitos, quais sejam: são instáveis, pois as regras apresentam muitas exceções; são insuficientes, pois não abrangem a generalidade dos problemas de direito intertemporal. Apresentar-se-á as referidas regras:

“A primeira regra é simples e de fácil aplicação: *A lei nova não atinge as situações nascidas e definitivamente cumpridas sob o império da lei antiga, [...].* A segunda é esta: *A lei nova aplica-se imediatamente, mesmo aos efeitos futuros das situações nascidas sob o império da lei anterior. [...]* Esta segunda regra não tem caráter absoluto. Ao contrário, admite exceção, e tão ampla, que passa a constituir uma terceira regra: *Os contratos nascidos sob o império da lei antiga permanecem a ela submetidos, mesmo quando os seus efeitos se desenvolvem sob o domínio da lei nova. [...]* Finalmente, vem a quarta regra, com um sentido de exceção à terceira, porém de grande latitude: *a lei nova aplica-se aos contratos em curso quando o legislador o declara expressamente, ou quando a lei nova é de ordem pública.*”⁴⁷

Por último citar-se-á Roubier⁴⁸ e o fundamento de sua teoria, que é a distinção entre o efeito imediato e o efeito retroativo da lei. Se a norma pretende ser aplicada a fatos consumados, que denominou *facta praeterita*, será considerada retroativa; se está voltada para situações em curso, que chamou de *facta pendentia*, e deve-se diferenciar os fatos que ocorreram anteriormente à lei nova dos que ocorreram posteriormente, estes últimos

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 101-102.

⁴⁸ É considerada de grande relevância a teoria de Roubier, pois tem como fundamento os conflitos de leis no tempo, distinguindo o efeito retroativo e o efeito imediato da lei. Caio Mário considera o doutrinador “mais completo, mais exato e mais seguro” que já escreveu sobre o direito intertemporal (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 101).

passíveis, sem retroatividade, às modificações da lei, e aqueles protegidos da incidência da lei nova; e, por fim, os fatos futuros, que de classificou como *facta futura*, evidentemente que abarcados pela novel legislação.⁴⁹

Dentro da visão de Roubier, para análise da incidência da lei deve-se desprezar a idéia de direito adquirido e de relação jurídica, para se vislumbrar situações jurídicas. Entende que a idéia de situações jurídicas é aplicável amplamente às condições individuais, sem fazer referência ao caráter meramente subjetivo.⁵⁰

As situações jurídicas são classificadas em dois momentos sucessivos de desenvolvimento: “uma fase dinâmica, que corresponde ao momento de sua constituição ou extinção; e uma estática, correspondente ao momento em que produz seus efeitos.”⁵¹

Quanto à fase dinâmica das situações jurídicas é necessário diferenciar duas situações: as que se constituem em um só momento, em consequência de um único fato, como exemplos: a morte de uma pessoa, o abaloamento de um veículo; e há outras que para ocorrerem tem como elemento o decurso ou o lapso temporal, como exemplos: a prescrição aquisitiva que se aperfeiçoa com a posse continuada por um certo tempo; ou a sucessão testamentária que exige a existência de elementos sucessivos, como a morte do testador e a existência de um testamento válido.⁵²

⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 102.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*, p. 102-103.

No que concerne às situações jurídicas já constituídas, a regra é única e diz que: “as leis que regulam a constituição de uma situação jurídica não podem atingir as situações jurídicas já constituídas”.⁵³ Ocorre que a lei nova ao entrar em vigor encontra situações jurídicas em curso de constituição, já tendo ocorrido fatos que são elementos dela, mas que não tornam efetiva a sua completa constituição. Diante deste fato firmou-se a regra de que:

“em face de uma situação jurídica em curso de constituição ou de extinção, as leis que governam a constituição ou extinção de uma situação jurídica não podem atingir os elementos já existentes, que fazem parte desta constituição ou desta extinção, em quanto portadores de um valor jurídico próprio.”⁵⁴

No tocante a fase estática das situações jurídicas já constituídas, rege a matéria à regra que diz que: a situação jurídica, inteiramente constituída nos termos da lei velha, é alcançada pela lei nova, que tem incidência somente sobre seus efeitos, mas esta incidirá se, e somente se, os efeitos não tiverem sido produzidos inteiramente.⁵⁵

Ocorre que se os efeitos se perpetuam no tempo, e a nova legislação os encontra já em parte produzidos sob a égide da lei antiga, em parte a produzir no futuro, a regra geral é: “a lei que governa os efeitos de uma situação jurídica não pode, sem retroatividade, atingir os efeitos já produzidos sob a lei anterior.” Quanto aos efeitos que se materializarem no futuro, estarão cobertos pela lei vigente no dia de sua produção.⁵⁶

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 103.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 99-100.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 103.

Deve-se observar que no que tange aos contratos patrimoniais, em processo de produção de efeitos, a lei nova não os abarca, pois é a lei do dia do contrato que terá eficácia sobre todo o seu desenvolvimento posterior.⁵⁷

Resumidamente tem-se que para a teoria de Roubier o efeito retroativo existe quando há a aplicação da lei a fatos pretéritos; o imediato na sua aplicação ao momento presente. Se há uma situação jurídica ocorrida no passado, ou seja, preexistente, cumpre considerar os fatos ocorridos sob a incidência da lei pretérita, os quais não podem ser atingidos sem retroatividade, e os posteriores, aos quais a nova norma se aplicará com o seu efeito imediato. O ponto que separa o efeito retroativo do efeito imediato, é que o primeiro é proibido, ao passo que o imediato não o é, constituindo, ao contrário, a regra comum, porque, em princípio, uma lei nova deve ter aplicação imediata, inclusive quanto às situações em andamento. Admite, sem ressalvas, que em certas matérias é excluído o efeito imediato, da mesma maneira que o retroativo como, por exemplo, nos contratos já constituídos.⁵⁸

O amplo debate que se travou entre os adeptos da teoria subjetiva e os seguidores da objetiva influenciaram o legislador ordinário no Brasil, em momentos sucessivos, na elaboração da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC e, assim sendo, a de 1916, que entrou em vigor em 1917, consagrou em seu texto, no art. 3º, a doutrina sustentada pelos subjetivistas, já a de 1942, no art. 6º, prestigiou a teoria objetiva. O legislador, com a edição da Lei nº 3.238/57, que alterou a redação do art. 6º da LICC de 1942, retomou aos

⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 103.

⁵⁸ ESPINOLA, Eduardo. **A lei de introdução ao código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 247.

preceitos inspiradores da formulação doutrinária da LICC de 1916, ou seja, aos de índole subjetivista.⁵⁹

As vertentes adotadas pelas teorias estudadas apresentam momentos de convergência e de divergência. Para Roubier é possível distinguir as situações jurídicas definitivamente constituídas em objetivas e subjetivas. As objetivas são aquelas em que se tem uma determinada situação em virtude de uma disposição legal. Ao passo que as situações jurídicas subjetivas são aquelas que decorrem de relações que não nascem exclusivamente da norma, mas são relações que fluem, por exemplo, de ato jurídico, como por exemplo, o contrato.⁶⁰

Cabe por fim observar que tanto a teoria subjetiva quanto à objetiva busca no seu cerne o mesmo resultado, salientando que a primeira fundamenta o princípio da irretroatividade das leis no direito adquirido, já a segunda tem por premissa a não retroação frente à situação jurídica constituída de forma definitiva e, desta forma, temos de um lado a retroatividade agredindo um direito adquirido e do outro atentando contra uma situação jurídica.

⁵⁹ FONSECA, José Arnaldo. Direito adquirido e os recursos excepcionais (algumas observações elementares) *in* As vertentes do direito constitucional contemporâneo *in* MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 312.

⁶⁰ ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 584.

2. SISTEMAS E MODALIDADES DE RETROATIVIDADE

Importante é a definição e os delineamentos do sistema adotado quando se estuda o direito adquirido e a retroação da lei. O direito intertemporal pode estar vinculado ao sistema legal ou ao constitucional. No Brasil, a positivação de direito adquirido dentre as garantias constitucionais, mais especificamente no inciso XXXVI do art. 5º, do Título II, Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, torna-o uma garantia constitucional inarredável.

No sistema jurídico brasileiro o conceito de direito adquirido, ainda que esteja salvaguardado como garantia constitucional, está presente no inciso I do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e, desta forma, mesmo sendo a proteção ao direito adquirido estabelecido na Lei Maior, o delineamento do que é direito adquirido, ou seja, o delineamento conceitual do instituto, encontra-se presente e vinculado à lei ordinária.⁶¹

O Ministro Carlos Velloso, no voto sobre preliminar de prejudicialidade no RE nº 226.855/RS, posição esta que não prevaleceu perante o STF, asseverou que:

“A proteção ao direito adquirido, na ordem jurídica brasileira, está na lei ordinária e na Constituição. Na lei ordinária, no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e na Constituição, no inciso XXXVI, do art. 5º [...]

Então, proteção em dois campos: no campo infraconstitucional e no campo constitucional. Se ambas as normas, infraconstitucional e constitucional

⁶¹ FONSECA, José Arnaldo. Direito adquirido e os recursos excepcionais (algumas observações elementares) *in* As vertentes do direito constitucional contemporâneo *in* MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 312.

protegem o direito adquirido, onde buscar o conceito do direito adquirido, na Constituição? Não.

A Constituição, simplesmente, enuncia a proteção.”⁶²

Grande número de países adotam a proteção ao direito adquirido no sistema infraconstitucional, ou seja, as constituições hodiernas procuram omitir ou mitigar, o preceito que nega o efeito retroativo às leis, isto não significa que a regra seja a retroatividade e a exceção a irretroatividade. Nos dias atuais não teria sentido repetir a regra prevista nas Cartas do Império (art. 178, 3º), - “nenhuma lei terá efeito retroativo” -, e da Primeira República (art. 11, 3º), - “é vedado, aos Estados como a União, prescrever leis retroativas”. A tendência é deixar assente, como ocorre desde a Carta de 1934, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.⁶³

Quanto à disposição legal, o que se verifica é que, ou elas mitigam as regras relativas a não-retroatividade, ou a regra é dominada pelo princípio de direito intertemporal, segundo o qual a lei posterior revoga a anterior quando seja com ela incompatível. O que se deve ter como preceito é a natureza do instituto: se é constitucional o legislador não pode editar normas retroativas, por força da Constituição; se for de caráter legal, o legislador pode editar norma retroativa, desde que esteja no mesmo grau hierárquico da regra proibitiva, porém somente pode ser aplicada ao passado se a lei o autorizar expressamente.⁶⁴

⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. RE 226.855. Voto sobre preliminar de prejudicialidade: [...], Voto Ministro Carlos Veloso. Brasília, DF, 12 de abr de 2000, p. 930.

⁶³ SIDOU, J. M. Othon. A “existência” da lei (regras de direito intertemporal) *in* MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 327.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 326-327.

É certo que a entrada em vigor do novo Código Civil brasileiro, suscitará debates relevantes sobre o direito adquirido e não são poucas as alterações em torno de temas sensíveis, como os ligados ao direito de herança, ao prazo para usucapião, aos contratos em geral, às faculdades relacionadas com o direito de propriedade e, ainda, na extinção do instituto de enfiteuse e, dentro deste contexto, o legislador estabeleceu um livro complementar contendo regras de transição, mas que também resultarão em muita controvérsia, tendo em vista a determinação de aplicação imediata das normas da lei nova aos efeitos dos contratos produzidos após a entrada em vigor do novo Estatuto Cível.⁶⁵

Vejamos, assim, a transcrição do *caput* do art. 2035 do Novo Código Civil:

“Art. 2035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução”.⁶⁶

Deve haver, em regra, uma certa preocupação do legislador ao editar novas leis, buscando preservar situações jurídicas ou direitos adquiridos, sejam decorrentes de leis ou de negócios jurídicos estritamente privados. Todo esse contexto está cercado da idéia

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações sobre o princípio do direito adquirido tendo em vista a aplicação do novo código civil in ALVIM, Arruda (Org.). **Aspectos controvertidos do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 229.

⁶⁶ LEI N° 10.406, de 10.01.2002. Institui o código civil. DOU de 11.01.2002.

central de segurança jurídica que, segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, representa uma das expressões máximas do Estado de Direito.⁶⁷

Considerando os diferentes reflexos jurídicos que a proteção aos direitos adquiridos encerra tendo em vista a sua posição no ordenamento jurídico, constitucional ou infraconstitucional, buscar-se-á nos tópicos seguintes tecer algumas considerações sobre os efeitos do referido instituto de acordo com o sistema adotado.

2.1 Sistema Legal

Neste tipo de acomodação a proteção ao direito adquirido em termos de ordenamento jurídico centra-se em lei infraconstitucional e, desta forma, acaba por gerar reflexos diretos e indiretos na sociedade e para o legislador. Será verificado que para o judiciário, e considerando a sua função precípua, há efeitos diretos na adoção deste sistema.

No sistema legal, existe uma lei ordinária que estabelece que as normas jurídicas não podem retroagir e, assim sendo, não podem ser aplicadas a fatos passados ou a efeitos futuros de fatos ocorridos em momento pretérito. Sendo a vedação decorrente de uma norma de legislação ordinária terá como uma de suas conseqüências mais importantes o fato de que ela não obriga⁶⁸ o legislador, mas somente o juiz.⁶⁹

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações sobre o princípio do direito adquirido tendo em vista a aplicação do novo código civil *in* ALVIM, Arruda (Org.). **Aspectos controvertidos do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 229.

⁶⁸ Acredito que o melhor seria dizer que obriga tanto ao poder judiciário quanto ao executivo.

⁶⁹ ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 580.

Neste sistema, se o legislador entender que deve dar retroatividade mínima, média ou até máxima⁷⁰ a uma determinada lei, que ele entende que deve ser aplicada a fatos pretéritos, está autorizado a fazê-lo. E poderá fazê-lo sem revogar a lei geral que estatui que impera o princípio da irretroatividade.⁷¹

A referida faculdade está fundamentada nos contornos que o ordenamento jurídico dá a lei especial em face de uma lei geral, e como é sabido a lei especial não revoga a lei geral, mas apenas adquire uma posição excepcional frente à lei geral e, conseqüentemente, o legislador está livre para dar efeito retrooperante à lei. Deve-se observar somente que no caso em que determinar a retroatividade, a norma será retroativa apanhando apenas os casos em que ela for aplicada.⁷²

Quanto ao juiz, este sim está sujeito a completa observância da norma geral que determina que as leis não podem retroagir. Neste sistema, o juiz está vinculado ao princípio geral, e diante deste fato é que surge o problema mais intenso das chamadas leis interpretativas e das denominadas leis de ordem pública.⁷³

Em relação às leis interpretativas, em regra, diz-se que essas leis são aquelas que não modificam nada em relação à norma anterior, pois apenas têm por objetivo dar a interpretação, que corresponde ao significado exato da lei anterior. Essa ocorrência não tem

⁷⁰ Retroatividades mínima, média e máxima, são formas de atuar da retroatividade, ou melhor, modalidades do efeito retrooperante que serão definidas ainda neste capítulo. Oportuno dizer que Moreira Alves e Matos Peixoto são os doutrinadores que abordam estes efeitos.

⁷¹ ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 580.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

grandes reflexos quando se trata do sistema legal, mas passará a ter com relação ao sistema constitucional, que não admite, por um princípio hierárquico superior, a possibilidade de retroação da lei.⁷⁴

Dentro do sistema legal e ainda em referência às leis interpretativas, restam dúvidas se estas leis modificam ou não a lei anterior. Evidente é que somente são editadas leis interpretativas quando o legislador reconhece que a norma a ser interpretada é uma lei que dá margem à controvérsia no campo da hermenêutica. Sendo essa controvérsia relevante, o legislador diz qual é a interpretação correta e, desta forma, acrescenta algo de novo àquela lei anterior, tendo em vista que pelo seu conteúdo a lei estava passível de interpretações diferentes daquela que o legislador tinha quando positivou. Com esse procedimento se suprime uma parte do conteúdo significativo da lei interpretada e as outras interpretações que eram possíveis no passado não poderão mais ser aplicadas, pois certamente ferirão a lei interpretativa.⁷⁵

Com este procedimento pode ter ocorrido uma alteração da lei anterior e, conseqüentemente, não é uma lei nova, que dá um sentido, não novo, mas busca um sentido único para a norma anterior que, provavelmente, podia ter mais de uma interpretação e, portanto, poderia ser entendida e aplicada diferentemente do sentido querido pelo legislador.⁷⁶

No sistema legal se entende que as leis interpretativas, e estas são todas aquelas que o legislador assim as denomina, possibilitam que o juiz possa aplicá-las inclusive

⁷⁴ ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 580.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*.

para o passado, tendo em vista que se parte da premissa de que a lei interpretativa não introduziu qualquer alteração na lei anterior.⁷⁷

Dentro desta visão, percebe-se que havia interpretações diferentes daquela que deveria ter sido dada desde o início à lei sem que houvesse controvérsias. E o juiz, mesmo que a lei interpretativa expressamente diga que não se aplica ao passado, poderá aplicá-la a fatos pretéritos, pois não haveria propriamente retroatividade e, sim, apenas a declaração daquilo que já era e nada de novo foi acrescentado ao que anteriormente existia.⁷⁸

Em relação às chamadas leis de ordem pública e o sistema legal, por via de regra, a doutrina e a jurisprudência dos países⁷⁹ que adotam o referido sistema entendem que o juiz pode dar aplicação imediata e, portanto, dar efeito retroativo mínimo às leis de ordem pública. Deve-se observar que mesmo nesses países há posições doutrinárias contrárias.⁸⁰

⁷⁷ ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 580.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 580-581.

⁷⁹ Dentre eles cito: França: “Não há disposição literal na Constituição de que o direito adquirido deve ser respeitado, é ele consagrado no ordenamento jurídico francês na medida em que é proibida a retroatividade das leis em matéria contratual”; Itália: “Da análise da jurisprudência da Corte Constitucional italiana, depreende-se que sua postura se assemelha bastante à do Conselho Constitucional francês em pontos essenciais: utiliza, do mesmo modo, a expressão e o conceito de direito adquirido e afirma a existência dos princípios da certeza jurídica, da segurança jurídica e da irretroatividade das leis. No entanto, tem posicionamento ainda mais conservador em relação e esse último princípio, pois, embora afirme a proibição de retroatividade em leis penais e punitivas, a sua margem de permissão ao legislador ordinário de atribuição de efeito retrooperante à lei é bastante ampla.”; Alemanha: “Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal há primacialmente referência ao princípio do efeito imediato das leis, permanecendo a noção de direito adquirido implícita na “sobrevivência da lei antiga” em matéria contratual e na proibição da retroatividade ampla devido ao princípio da certeza legal. Embora não haja na Alemanha, ao contrário da maioria dos demais países ocidentais, a positivação do princípio da irretroatividade, a regra, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, continua sendo a de que a lei ordena unicamente para o futuro e não para o passado.” (TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e estado democrático de direito**. São Paulo: Landy Livraria, 2003, p. 220-231).

⁸⁰ ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 581.

Um dos autores que se destacam com posição contrária é o próprio Roubier. Argumenta o autor que as leis de ordem pública, que tanto existem no direito privado quanto no público, com mais intensidade neste último, são leis cogentes, que não podem ser disponibilizadas pela vontade das partes, pois atendem aos interesses públicos e obrigam a todos, mas diz o doutrinador que isso também ocorre com o princípio da irretroatividade.⁸¹

O princípio da irretroatividade tem como um de seus fundamentos a segurança jurídica, que é certamente um princípio relevante e de ordem pública geral que se contrapõe ao princípio de ordem pública especial e, como consequência, não se deve dar eficácia sequer de retroatividade mínima para as leis de ordem pública. Mas não se pode deixar de registrar que a grande maioria da doutrina e da jurisprudência dos países que adotam o sistema legal admite que o juiz possa dar retroatividade mínima às leis de ordem pública.⁸²

Com esteio neste fundamento é que no Brasil aconteceu e ainda acontece a aplicação desse posicionamento com relação às leis de ordem pública, embora a própria Constituição não tenha estabelecido qualquer diferença entre lei de ordem pública e lei que não é de ordem pública, mas de forma inteligível diz que a lei nova, qualquer que seja ela, não poderá prejudicar o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido.⁸³

Gilmar Ferreira Mendes diz que o debate sobre o direito intertemporal assume delicadeza ímpar no Brasil, tendo em vista a disposição constante no art. 5º, inciso

⁸¹ Apud ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 581.

⁸² Ibidem.

⁸³ Ibidem.

XXXVI, da Constituição, que reproduz norma existente no Direito Constitucional brasileiro desde a Carta de 1934, com exceção da Constituição de 1937, todos os textos constitucionais brasileiros têm consagrado cláusula semelhante.⁸⁴

Após um rápido sobrevôo do sistema legal visando a compreensão de sua forma de atuar frente ao direito adquirido e, considerando que no Brasil, historicamente, a proteção ao referido instituto não é legal e, sim, constitucional, será o item seguinte voltado ao conhecimento dos meandros que permeiam o sistema adotado no Brasil.

2.2 Sistema Constitucional

Conforme já mencionado, será neste tópico apresentado o pensamento jurídico e jurisprudencial sobre o sistema constitucional de proteção a não retroatividade, não podendo deixar de mencionar as divergências que contornam o direito adquirido no sistema jurídico brasileiro, pois apesar da previsão e proteção constitucional, há também um tratamento infraconstitucional, que acaba por ensejar entendimentos diferentes no que concerne à flexibilização do instituto e à conseqüente aplicação de leis de forma retroativa.

O sistema constitucional, que é o adotado no nosso país, elege o princípio da irretroatividade em face do direito adquirido como garantia fundamental da Lei Maior. Mas além de estar presente na Constituição, está também coberto pelo manto da imutabilidade, ou seja, não pode sofrer alteração pelo Poder Constituinte Derivado ou Reformador.

⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações sobre o princípio do direito adquirido tendo em vista a aplicação do novo código civil *in* ALVIM, Arruda (Org.). **Aspectos controvertidos do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 229.

Ocorre que no sistema constitucional as divergências doutrinárias são um pouco mais acirradas, em primeiro lugar porque é esse o sistema adotado no Brasil, já que o direito adquirido foi elevado a dogma de natureza constitucional; em segundo lugar porque alguns doutrinadores e juristas entendem que a Constituição não definiu o direito adquirido e, por outro lado, a realidade jurídica, em face das leis extravagantes e do teor dos julgados, muito embora haja proteção constitucional, essa proteção não é tão rígida e absoluta, mas passível de mutações e de aprimoramentos, em virtude de que a competência para estabelecer os lindes do conceito de direito adquirido⁸⁵ está nas mãos do legislador ordinário.⁸⁶

Dentro deste contexto de divergências afirma o Ministro Moreira Alves que “os problemas que surgem são justamente os de que há uma disponibilidade praticamente mínima de se dar efeito retroativo a uma norma jurídica. Essa disponibilidade decorreria, como nós vamos ver, praticamente, do Poder Constituinte Originário.”⁸⁷

Como o tema tem completa aderência à Constituição e de forma direta a interpretação dela é feita em última instância pelo Supremo Tribunal Federal – STF, não podemos deixar de citar os julgados e as opiniões convergentes e divergentes dos Ministros da Corte Constitucional sobre o assunto.

Deve-se ressaltar que o campo do direito adquirido teve exemplar contribuição do Ministro Moreira Alves, seja na fixação de parâmetros seguros no campo

⁸⁵ Este é um ponto em que a divergência é nítida, pois como se verá adiante, alguns entendem que o conceito foi recepcionado e, desta forma, não seria legal e sim constitucional.

⁸⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 194.

⁸⁷ ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 581.

constitucional, seja na construção dogmática. Para Gilmar Ferreira Mendes são de autoria do referido Ministro “os mais expressivos acórdãos sobre o tema, bem como a fixação da doutrina segura no campo do direito constitucional.”⁸⁸

No entendimento de Sepúlveda Pertence, a incidência simultânea da proteção constitucional à coisa julgada, ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, e a definição legal estar na Lei de Introdução ao Código Civil, causa preocupação, tendo em vista a difícil convivência entre os recursos extraordinário e especial.⁸⁹

Talvez a transcrição abaixo seja irrelevante, mas penso que não é, pois retrata o problema suscitado no primeiro parágrafo desse tópico sobre a notória divergência existente no Supremo Tribunal Federal relacionada ao objeto de estudo desta monografia. Após a explicação transcrevo as palavras do Ministro Sepúlveda Pertence:

“O que mais me impressionou, no voto do Sr. Ministro Celso de Mello⁹⁰, foi a sustentação peremptória de que a definição do conceito de direito adquirido é um problema de direito ordinário. (Fiquei até preocupado ao verificar que se ausentara da sessão o ilustre Advogado-Geral da União, notoriamente, autor intelectual de grande parte das medidas provisórias desta República: fiquei com medo de acordar amanhã e verificar que a Lei de Introdução fora revogada por uma medida provisória e, então, não teríamos mais como invocar o direito adquirido, nem a coisa julgada, nem o ato jurídico perfeito...)”⁹¹

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações sobre o princípio do direito adquirido tendo em vista a aplicação do novo código civil *in* ALVIM, Arruda (Org.). **Aspectos controvertidos do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 229.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 233.

⁹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. RE 226.855-7. Voto e Retator: [...], Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 31 de ago de 2000. DJ de 13.10.2000.

⁹¹ Apud MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações sobre o princípio do direito adquirido tendo em vista a aplicação do novo código civil *in* ALVIM, Arruda (Org.). **Aspectos controvertidos do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 233.

Elucidando toda e qualquer dúvida sobre a questão o Ministro Moreira Alves na ADIn 493-0 do Distrito Federal⁹², sustentou que contrariamente aos ordenamentos europeus para os quais e sobre os quais tanto polemizaram Gabba e Roubier e outros, a nossa garantia do direito adquirido não é uma construção teórica do direito intertemporal a aplicar na sucessão de leis silentes a respeito, é sim uma garantia constitucional, irremovível pelo legislador ordinário. E tratando-se de lei ordem pública, a proteção do direito adquirido, exatamente, porque ao contrário do que sucedia, na França, com Roubier, ou na Itália, com Gabba, entre nós, se trata de garantia constitucional e não uma regra doutrinária para a solução de questões relacionadas ao direito intertemporal.⁹³

No mesmo sentido, o Ministro Sepúlveda Pertence assevera que adotar a posição do Professor Limongi França, na tese defendida pelo Ministro Celso de Mello, implicaria em grave retrocesso em todo o caminho traçado pela hermenêutica constitucional contemporânea, na medida em que delega ao legislador ordinário a definição de conceitos importantes e necessários para dar eficácia a garantias constitucionais. Afirma que não teria sentido que os institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada independessem da construção constitucional e tivessem sua eficácia vinculada à definição atribuída pelo legislador ordinário ou ao editor das medidas provisórias, pois cuida de garantia constitucional voltada com primazia contra o legislador ordinário.⁹⁴

⁹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. ADIn 493-0. Voto: [...], Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 25 de jun de 1992. DJ de 04.09.1992, p. 14.089.

⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações sobre o princípio do direito adquirido tendo em vista a aplicação do novo código civil in ALVIM, Arruda (Org.). **Aspectos controvertidos do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 233.

⁹⁴ Ibidem.

O conceito de direito adquirido para ter resultado eficaz, como uma garantia constitucional, tem que ser construído a partir da Constituição, independente da definição que lhe é atribuída por lei e, desta forma, o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, seria um importante subsídio doutrinário e, apenas isso.⁹⁵

No que diz respeito à retroatividade frente a leis de ordem pública diz Reinaldo Porchat que:

“Uma das doutrinas mais generalizadas e que de longo tempo vem conquistando foros de verdade, é a que sustenta que são retroativas as ‘leis de ordem pública’ ou as ‘leis de direito pública’. Esse critério é, porém, inteiramente falso, tendo sido causa das maiores confusões na solução das questões de retroatividade. Antes de tudo, cumpre ponderar que é difícilimo discriminar nitidamente aquilo que é de ordem pública e aquilo que é de ordem privada. O interesse público e o interesse privado se entrelaçam de tal forma, que as mais das vezes não é possível separá-los.”⁹⁶

No entendimento de Porchat, seria muito perigoso afirmar que as leis de ordem pública ou de direito público têm efeito retroativo, pois mesmo diante dessas leis aparecem direitos adquiridos, que não se permite que sejam desconsiderados e anulados e, desta forma, convém ao aplicador da nova norma verificar se, nas relações jurídicas existentes, há ou não direitos adquiridos e, no caso afirmativo, a lei não deve retroagir, porque

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações sobre o princípio do direito adquirido tendo em vista a aplicação do novo código civil *in* ALVIM, Arruda (Org.). **Aspectos controvertidos do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 233.

⁹⁶ PORCHAT, Reinaldo. **Curso elementar de direito romano**. 2. ed. São Paulo: Cia Melhoramentos, 1937, vol. I, p. 338.

o simples fato de ser de ordem pública não é suficiente para justificar a ofensa ao direito adquirido, cuja inviolabilidade, é também um forte motivo de interesse público.⁹⁷

Pontes de Miranda ao tratar o tema vai ao encontro de Porchat ao afirmar que:

“A regra jurídica de garantia é, todavia, comum ao direito privado e ao direito público. Quer se trate de direito público, quer se trate de direito privado, a lei nova não pode ter efeitos retroativos (critério objetivo), nem ferir direitos adquiridos (critério subjetivo), conforme seja o sistema adotado pelo legislador constituinte. **Se não existe regra jurídica constitucional de garantia, e sim, tão-só, regra dirigida aos juízes, só a cláusula de exclusão pode conferir efeitos retroativos, ou ofensivos dos direitos adquiridos, a qualquer lei.**”⁹⁸, [grifo não presente no original].

No Brasil, se adota o sistema constitucional e, para nós, essa adoção é muito importante, porque há uma quantidade enorme de leis que são retroativas por si mesmas, por conterem dispositivos que determinam sua retroação ou por serem simplesmente aplicadas retroativamente e, desta forma, existe um grande número de contendas que chegam ao Supremo Tribunal Federal pelo fato de o direito adquirido estar protegido pela Constituição. Cabe ressaltar que nos países que adotam o sistema legal, já abordado, as leis a que se dá efeitos retroativos são relativamente raras, e no Brasil, apesar do princípio constitucional, o que ocorre é exatamente o contrário.⁹⁹

⁹⁷ PORCHAT, Reinaldo. **Curso elementar de direito romano**. 2. ed. São Paulo: Cia Melhoramentos, 1937, vol. I, p. 339.

⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, t. 5, p. 99.

⁹⁹ ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 581.

No sistema constitucional, que é o vigente no Brasil, temos o princípio da irretroatividade das leis, mas na realidade, pelo menos na aparência, o princípio é justamente o inverso, qual seja, o da retroatividade. Diz a constituição que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito. Isso quer dizer que não existindo um destes três freios, é possível a retroatividade da lei, mas ocorre que os casos que não estão contemplados por essas três figuras são muito menor número do que os casos que estão abarcados por ela. Porque isso ocorre? Responde, assim, Moreira Alves:

“Por uma razão até bastante singela: é que os conceitos de ato jurídico perfeito, e de coisa julgada são conceitos singelos, não há dúvida alguma de que ato jurídico perfeito é aquele cuja celebração, portanto, cujo aperfeiçoamento já se deu no passado. E a coisa julgada é a decisão judicial da qual não cabe mais recurso.

O problema vai situar-se na conceituação de direito adquirido¹⁰⁰. E aí se pergunta o que é direito adquirido? Ora, já houve quem dissesse corretamente que todo direito existente é direito adquirido. Por quê? Porque quando é que se tem um direito? Quando é que alguém tem um direito subjetivo?”¹⁰¹

Foram assim delineadas as diferenças entre o direito intertemporal tratado no campo infraconstitucional, ou seja, da lei, e o direito intertemporal como pressuposto Constitucional. Verifica-se que em matéria de direito intertemporal, todos os sistemas jurídicos utilizam os conceitos de ato jurídico perfeito, de direito adquirido e de coisa julgada e, no geral, grande parte dos países, adotam o princípio da irretroatividade no sentido de que

¹⁰⁰ O Conceito de direito adquirido será tratado em capítulo próprio desta monografia.

¹⁰¹ ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 581-582.

as leis não devem ter efeito retrooperante e, até mesmo quando diante do sistema legal, o juiz não pode dar aplicação retroativa às normas.¹⁰²

Os freios para impossibilitar a retroatividade no Brasil são justamente os conceitos de ato jurídico perfeito, de direito adquirido e de coisa julgada. Diante do exposto fica cristalino que, sendo o preceito da retroação da lei frente ao direito adquirido de natureza constitucional e, considerando que a Constituição não estabelece qualquer diferença entre leis de ordem pública ou de ordem privada, não é aceitável no nosso regime a retroatividade sob o argumento de ofensa direta à Carta de 1988.

Deve-se ressaltar também que no nosso sistema há a vinculação do legislador, isto é, há limitações expressas ao poder legislativo que deve se abster de dar retroatividade à lei frente aos institutos protegidos pela Constituição.

2.3 A Retroatividade da Lei

2.3.1 Fatos Passados, Presentes e Futuros

Antes de adentrar mais especificamente nas modalidades de retroatividade, há que se firmar alguns conceitos relativos a fatos passados, presentes, futuros e pendentes, e, também, aspectos relativos a estes conceitos e a retroatividade legal. Além disso, deve-se estabelecer a diferença entre retroatividade e retrospectividade.

¹⁰² ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 583.

Tendo como orientação o momento que a lei passa a ter vigência, consideram-se fatos passados os que se consumaram antes da lei entrar em vigor; fatos presentes os que passam a ter existência concomitantemente com a lei ou “os que têm sua existência normativa nesse exato momento”; fatos futuros os que têm seu momento de existência após a vigência da lei.¹⁰³

Dentro do estudo da aplicação de norma jurídica no tempo, tem-se que tratar também os fatos pendentes, que são aqueles que têm o seu início antes da vigência da lei, mas que se perpetuam no tempo e, desta forma, acabam por existirem no passado, no presente e no futuro. Estes últimos fatos são os que de certa forma geram maior complexidade frente às regras de direito intertemporal.¹⁰⁴

Paul Roubier apresenta o seguinte quadro:

“Se a lei pretende aplicar-se a fatos realizados (*facta praeterita*), ela é retroativa; se ela presente aplicar-se a situações em curso (*facta pendencia*), importa estabelecer uma distinção entre as partes anteriores à data da mudança da legislação; que não poderiam ser alcançadas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova, se deve ser aplicada, não terá senão um efeito imediato; enfim, em face dos fatos a advir (*facta futura*), é evidente que a lei não pode jamais ser retroativa”.¹⁰⁵

Em relação ao tempo e a ocorrência dos fatos ensina Pontes de Miranda:

¹⁰³ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 24-25.

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ Apud Ibidem, p. 25.

“Não se pode dividir o domínio das leis segundo a sucessão dos fatos: fatos passados, regidos pelas leis anteriores; fatos presentes, pelas leis do presente; fatos futuros, pelas leis do futuro. O que se tem de dividir é o tempo: passado, regido pela lei do passado; presente, pela lei do presente; futuro, pela lei do futuro.”¹⁰⁶

A retroatividade ocorre quando há a incidência de uma lei para um tempo anterior a sua entrada em vigor, o que se verifica pela aplicação a fatos ocorridos no passado, os quais possuem reflexos jurídicos no passado ou no presente, ou acontecimentos do presente, aos quais se atribuem reflexos jurídicos no passado.¹⁰⁷

2.3.2 Eficácia Imediata e Prospectiva da Lei

Importante também para entendimento das modalidades de retroatividade é a compreensão dos efeitos imediatos e prospectivos da lei e, também, o que é a retrospectividade e, visando esse entendimento, far-se-á uma comparação entre eficácia imediata e prospectiva das leis.

A lei no momento em que passa a vigorar abarca todos os fatos que a ela se vinculam, sendo aplicável aos fatos presentes, sendo essa uma eficácia imediata. Ocorre que enquanto a lei é vigente possui efeitos que atingem tanto os fatos presentes como os futuros, o que nos leva a uma eficácia prospectiva, ou seja, direcionada para o futuro.¹⁰⁸

¹⁰⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, t. 5, p. 91.

¹⁰⁷ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 31.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

Jacques Héron, comentando sobre a retrospectividade no direito alemão, diz que esse fenômeno ocorre quando a lei tem influência para o futuro sobre situações que se efetivaram no passado e, desta forma, continuam produzindo efeitos de forma prospectiva.¹⁰⁹

As características mais evidentes da retrospectividade, segundo Jacques Héron, são as seguintes: a primeira se aperfeiçoa na circunstância de que os fatos envolvidos pela lei retrospectiva foram produzidos em tempo pretérito, ou seja, antes de a lei entrar em vigor; a segunda “é a de que a incidência dessa norma legal não provoca uma reconfiguração dos efeitos jurídicos transcorridos sob o império da lei antiga.”¹¹⁰

A retrospectividade tem como pressuposto a existência de um fato passado que diante da legislação vigente à época produziu efeitos jurídicos, mas os efeitos são continuados e se desenvolvem além do período de vigência da lei pretérita, perpetrando no presente e sofrendo os efeitos da legislação nova, que não modifica os efeitos decorrentes da legislação anterior, atribuindo novas configurações somente aos fatos prospectivos.¹¹¹

Após o rápido conhecimento dos conceitos vistos nos parágrafos anteriores e considerando a importância do claro entendimento do que é a retrospectividade para que se estabeleça um confronto deste fenômeno com o da retroatividade mínima, passaremos ao tópico seguinte sobre modalidades de retroatividade.

¹⁰⁹ Apud RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 38.

¹¹⁰ Ibidem, p. 38-39.

¹¹¹ Ibidem, p. 42.

2.3.3 Modalidades de Retroatividade

Serão apresentadas as modalidades de retroatividade, considerando as peculiaridades e o grau de intensidade de cada uma delas. Dentro do estudo serão analisadas quais os tipos de retroação mais comuns no ordenamento jurídico e as características da retroatividade máxima, média e mínima. Será observado, ainda, qual a modalidade de retroatividade aplicável de forma mais freqüente e a que menos afronta as relações sociais e a segurança jurídica.

A classificação de retroatividade nestas três modalidades tem por fundamento demonstrar a intensidade, maior ou menor, de dano ao patrimônio e, por isso é taxada de retroatividade injusta, em contraposição à justa retroatividade, que não causa qualquer prejuízo ao patrimônio da pessoa.¹¹²

2.3.3.1 Retroatividade Mínima

A retroatividade mínima é aquela que alguns doutrinadores classificam como a eficácia imediata da lei, dentre eles cita-se Planiol e Roubier, civilistas franceses, e é o caso mais comum de retroatividade. Argumentam que não há retroatividade mínima e, sim a aplicação imediata da lei, pois como a norma tem aplicabilidade imediata acaba por abarcar os

¹¹² PEIXOTO, José Carlos de Matos. Limite temporal da lei. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 173, n. 576, 1948, p. 468.

fatos que ocorreram após ela e, desta forma, o que há é uma aplicação da lei aos fatos do presente e do futuro.¹¹³

Para Moreira Alves, há na concepção apresentada um entendimento errado, pois ela trata somente a questão dos efeitos futuros, mas não da causa que deu origem a esses efeitos. Cita como exemplo o caso dos contratos que tinham cláusula estabelecendo juros de 12% e uma lei, posterior ao pactuado, reduz os juros para 6% e considera aplicável somente aos juros vencidos, esta aplicação é em um primeiro olhar caracterizada como de eficácia imediata da norma. Mas se considerarmos que há uma modificação do que foi pactuado livremente entre as partes, percebe-se que há um efeito voltado para o passado e, sendo assim, retroativo.¹¹⁴

No exemplo citado no parágrafo anterior, o contrato determinava que a taxa de juros seria de 12%, mas o instrumento contratual é modificado em virtude da lei e a taxa reduzida para 6%. Onde pode-se considerar que se modificou os efeitos futuros do contrato com o surgimento da nova lei, essa modificação é resultante da retroatividade que ocorreu em grau mínimo, pois não desfez fatos consumados e já completamente exauridos no passado. Não afetou também fatos que se consumaram em parte em tempo pretérito, que para o exemplo seriam os juros vencidos e não pagos.¹¹⁵

¹¹³ ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 580.

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ Ibidem.

A retroatividade mínima é aquela em que a lei nova atinge os efeitos dos acontecimentos anteriores a ela e, desta forma, contempla somente as hipóteses de efeitos futuros de fatos ocorridos em tempo pretérito.¹¹⁶

Também chamada por Matos Peixoto de retroatividade temperada ou mitigada, caracteriza-se quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores e que foram gerados após a data em que a nova lei entrou em vigor. Tal fato se verificou no direito romano, lei de Justiniano, que dentro do espírito de atos legislativos anteriores, diminuiu a taxa de juros vencidos após a data da sua obrigatoriedade.¹¹⁷

Elival Ramos, em pensamento oposto ao de Moreira Alves, ressalta que no caso da retroatividade mínima, o que há é uma situação clássica de eficácia imediata da lei no que concerne a situações jurídicas com efeitos continuados ou em andamento. No entendimento desse autor ocorre a retroatividade mínima, no caso de hipótese normativa em que fatos ocorridos no passado, mas que passam a ter efeitos jurídicos a partir da entrada em vigor do novo ato legislativo, classificada como retroatividade *ex fattispecie*.¹¹⁸

O entendimento do Ministro Moreira Alves está consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se pode verificar no julgamento do Recurso Extraordinário nº 140.499-GO, em cuja ementa consta:

¹¹⁶ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 36.

¹¹⁷ PEIXOTO, José Carlos de Matos. Limite temporal da lei. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 173, n. 576, 1948, p. 468.

¹¹⁸ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 36.

“Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que os dispositivos constitucionais têm vigência imediata, **alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima)**. Salvo disposição expressa em contrário – e a Constituição pode fazê-lo -, eles não alcançam os fatos consumados no passado nem as prestações anteriormente vencidas e não pagas (retroatividades máxima e média).”¹¹⁹ [grifo nosso].

Para Elival Ramos, que vai de encontro ao entendimento de Moreira Alves, o referido Ministro se equivoca ao denominar retroatividade mínima o que se configura de forma inequívoca como eficácia imediata retrospectiva da lei.¹²⁰

A doutrina que hoje adota a retroatividade mínima tem apoio no artigo publicado por Matos Peixoto em 1948 e que hoje é defendida pelo Ministro Moreira Alves. Afirma que não há consenso entre os autores sobre a quantificação do retrocesso necessário para que uma lei seja considerada retroativa. Em seu entendimento todos se unem no seguinte fundamento: “a lei é retroativa quando anula ou modifica atos passados ou os seus efeitos, realizados ou que deviam já se ter realizado”. Cita como exemplo a questão dos juros já abordada neste tópico.¹²¹

Segundo entendimento de Matos Peixoto, para alguns há retroatividade quando a lei atinge os efeitos decorrentes de fatos pretéritos, para outros há apenas aplicação imediata da lei. Entende, no entanto, que a solução é simples e parte do princípio de que “a lei que rege a causa (fato jurígeno), rege também os seus efeitos”. Se uma lei nova é editada e

¹¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. RE 140.499. Ementa [...], Relator Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 12 de abr de 1994. DJ de 09.09.1994, p. 23.444.

¹²⁰ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 36.

¹²¹ PEIXOTO, José Carlos de Matos. Limite temporal da lei. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 173, n. 576, 1948, p. 464.

por sua ação se modificam os efeitos, ela é considerada retroativa quer tais efeitos tenham sido verificados antes da sua vigência ou no decurso dela.¹²²

2.3.3.2 Retroatividade Média

É o tipo de retroatividade que é abordada com menor intensidade pelos autores. Ocorre quando a lei nova afeta os efeitos pendentes do ato jurídico ocorrido antes da sua entrada em vigor. Exemplifica com o caso do Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933 (lei da usura), o qual fixou o limite da taxa de juros e os aplicou a todos os contratos firmados, inclusive os ajuizados.¹²³

Segundo Moreira Alves é um tipo não muito comum, sendo caracterizada por ter grau de intensidade menor do que a existente na retroatividade considerada máxima. Cita como exemplo um contrato em que se pactue a taxa de 12% de juros. Enquanto o contrato está sendo cumprido, sendo o mesmo de trato sucessivo, uma lei nova estabelece que a taxa mensal passa a ser de 6%. Caso se aplique essa nova regra aos juros vencidos, mas não pagos e não apenas aos vincendos, estar-se-ia diante de um caso de retroatividade média, pois abarca os juros que venceram em tempo pretérito, mas cujo pagamento será efetuado posterior a nova norma jurídica.¹²⁴

¹²² PEIXOTO, José Carlos de Matos. Limite temporal da lei. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 173, n. 576, 1948, p. 466.

¹²³ *Ibidem*, p. 468.

¹²⁴ ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 579.

2.3.3.3 Retroatividade Máxima

Retroatividade máxima, também denominada de restituitória em virtude de retornar as partes ao *statu quo ante*, ocorre quando a lei nova fere a coisa julgada e os fatos consumados. A Carta de 1937, no seu artigo 95, parágrafo único, previa este tipo de retroatividade, pois dava ao Poder Legislativo a atribuição de rever as decisões judiciais, sem expressar quanto às transitadas em julgado, que tratassem da declaração de inconstitucionalidade de lei.¹²⁵

Para Moreira Alves esse tipo de irretroatividade ocorre quando a nova norma ataca os atos e fatos que se consumaram em tempo pretérito e cujos efeitos deles decorrentes também se exauriram no passado. Esse tipo de retroação é mais raro, pois fere diretamente o princípio da segurança jurídica, com o desfazimento de atos ou fatos que se consubstanciaram e geraram efeitos no passado.¹²⁶

Cita como exemplos ato do Papa Alexandre III que declarou a nulidade de contratos usurários e a concomitante devolução dos juros já recebidos ao devedor ou a seus herdeiros e, não havendo estes últimos, aos mendigos do local onde o contrato fora assinado. No Brasil temos como exemplo a desconstituição, durante a vigência da Carta de 1937, de uma decisão já consumada do Supremo Tribunal Federal por decreto do Presidente da República.¹²⁷

¹²⁵ PEIXOTO, José Carlos de Matos. Limite temporal da lei. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 173, n. 576, 1948, p. 468.

¹²⁶ ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 579.

¹²⁷ *Ibidem*.

Diante do exposto pode-se identificar os graus de retroatividade e verificar que, em regra, é mais freqüente a aplicação da retroatividade mínima, como definiram Matos Peixoto e Moreira Alves ou; o efeito retrospectivo da lei, como quer Elival Ramos; os demais graus de retroatividade podem ocorrer em situações especiais, como, por exemplo, no caso do Poder Constituinte Originário.

Com atitude de completo respeito às posições coerentes e bem fundamentadas do Ministro Moreira Alves, classificado e citado por diversos juristas como um dos grandes tratadistas do Direito Intertemporal, creio que o efeito retrospectivo da lei e o bom direito apresentado na tese de Elival Ramos, levam-me a considerar como plausível o entendimento de retrospectividade em detrimento da retroatividade mínima, como uma vertente a ser adotada nos casos de efeitos futuros decorrentes de situações jurídicas ocorridas em momento pretérito.

3. O DIREITO ADQUIRIDO E AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Neste capítulo será estudado o caminho da história constitucional brasileira frente à questão da retroatividade e, também, ao direito adquirido. Conforme já visto nos tópicos anteriores, estes dois assuntos sempre são tratados com aderência, pois a afronta ao direito adquirido está, de certa forma, sempre interligada a possibilidade de retroação da lei.

Considerando a importância do tema para a segurança jurídica, para a certeza jurídica e, também, para a estabilidade das relações sociais; as diretrizes do direito intertemporal, na história constitucional do Brasil, estiveram presentes na grande maioria das nossas Constituições. A leis de introdução ao Código Civil trataram da retroatividade da lei e da definição de direito adquirido, de coisa julgada e de ato jurídico perfeito.

Este capítulo também terá como objeto os contornos que o direito adquirido assume frente aos poderes constituintes originário e derivado, considerando em que situação o direito adquirido pode ser limitado, anulado ou não.

3.1 Direito Adquirido

Pelo apresentado nos capítulos anteriores e não esquecendo das teorias que orientam todo o estudo do direito adquirido, buscar-se-á, dentro da temática traçada por alguns doutrinadores, apresentar diversas definições de direito adquirido.

Deve-se, ainda, estar atento à dependência de alguns assuntos e conceitos abordados nos capítulos anteriores, visando um melhor entendimento do tema e, considerar,

ainda, a compreensão de elementos e institutos jurídicos que gravitam em torno do direito adquirido e que são relevantes para o estudo do direito intertemporal.

Zélio Furtado traz em sua obra comentários sobre a extrema dificuldade em se definir direito adquirido¹²⁸, entre seus argumentos diz que qualquer pessoa a princípio tem dentro do seu dicionário pessoal um significado para a expressão, assim como tem para a liberdade, vida, igualdade etc. Afirma ainda que até dentro do meio jurídico podemos encontrar pessoas que não tem muita afinidade com a expressão direito intertemporal.¹²⁹

Zélio Furtado ensina que ao se definir direito adquirido deve-se estar “preparado para encontrar resistentes e infinitas situações que tornam sua definição imprecisa e inadequada no campo prático, na aplicação ao caso concreto”. Outro ponto que levanta é a utilização da expressão direito adquirido com o sentido de abarcar todos os fenômenos relacionados à retroatividade da lei, sem reconhecer que ele é somente um dos limitadores da ação retrooperante da lei.¹³⁰

San Tiago Dantas entende de forma diferente e argumenta que o legislador poderia ter sido mais objetivo quando definiu direito adquirido. Isso porque a lei enumera três hipóteses limitadoras da retroatividade, sendo que poderia ter utilizado somente uma, qual

¹²⁸ Em virtude da grande proximidade existente entre o direito adquirido e o estudo da lei no tempo, neste parágrafo o autor trata de dois assuntos diferentes, mas devido a proximidade existente entre ambos, são abordados como se fossem um só.

¹²⁹ SILVA, Zélio Furtado da. **Direito adquirido**. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p. 43.

¹³⁰ Ibidem, p. 43-44.

seja, direito adquirido. A coisa julgada e o ato jurídico perfeito são espécies do gênero direito adquirido.¹³¹

Duguit, segundo Raul Machado Horta:

“teria dito que há cinquenta anos ensinava o Direito e não fazia outra coisa.

No entanto, não sabia o que era direito adquirido; ou existe o direito ou não existe e, se existe, é sempre adquirido. Em outros termos, todo direito é adquirido.”¹³²

Levando-se em consideração as opiniões e as dificuldades levantadas pelos autores acima elencados e sabendo que a definição de direito adquirido envolve elementos que gravitam em torno dele e que com ele são enleados, buscar-se-á trazer a baila as definições de direito adquirido apresentadas por destemidos doutrinadores jurídicos.

3.1.1 Definição Doutrinária e Legal

Começando com Gabba, nome máximo da teoria subjetiva e que se aventurou a definir direito adquirido, temos que:

“É adquirido todo direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se viu realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo, e que b) nos termos da lei sob o império da qual se

¹³¹ DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, p. 115.

¹³² Apud HORTA, Raul Machado. Constituição e direito adquirido. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, n. 112, 1991, p. 70.

verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de que o adquiriu”.¹³³

Analisando a definição de Gabba, Caio Mário, faz os seguintes comentários: que o direito adquirido se origina de um fato e é necessário que esse direito tenha se efetivado de forma completa. Em se tratando de um fato simples, não há dificuldades para defini-lo, mas se decorrente de um fato complexo, será necessário que se verifique se todos os elementos que o integram se aperfeiçoaram, quando estavam sob a égide da lei pretérita.¹³⁴

Diz-se ainda que há uma diferença entre direito adquirido e o totalmente consumado. O último já teve por consumado ou produzidos todos os seus efeitos, enquanto que o adquirido continua a gerar efeitos durante a eficácia a lei nova. E por fim comenta que para ser considerado adquirido há a necessidade de que haja a integração do direito ao patrimônio do titular.¹³⁵

Para Caio Mário, apesar de toda a dedicação da Gabba no estudo do direito intertemporal, a questão do direito condicional permanece como de difícil compreensão e a teoria, apesar de ter fácil acomodação frente ao fato aquisitivo simples, é extremamente tormentosa em relação ao fato aquisitivo complexo, pois não oferece subsídios sólidos para o enfrentamento de tais situações.¹³⁶

¹³³ FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 213.

¹³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 106.

¹³⁵ *ibidem*, p. 107.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 108.

Mesmo com as críticas recebidas, a definição de Gabba tem influenciado diversas legislações, inclusive a adotada no Brasil, pois temos como preceito a não retroatividade da lei frente ao direito adquirido, este da teoria de Gabba.¹³⁷

Para Limongi França o conceito de direito adquirido de Gabba tem um ponto de confronto com a doutrina e a legislação brasileira. Esta contraposição está centrada no trato da retroatividade que para ele era a regra, e para nós a irretroatividade é que é a regra.¹³⁸

Outro ponto importante e que no conceito do autor italiano não ficou definido, é a matéria que trata da faculdade de haver direito adquirido em consequência imediata de disposição de lei, sem que ocorra um ato ou fato jurídico particular. Essa possibilidade não pode ser jamais desconsiderada, pois não se exige qualquer capacidade, ato ou fato que gere efeitos no mundo jurídico, do beneficiário da lei.¹³⁹

O mentor da teoria objetiva, Paul Roubier, faz comentários contrários à teoria de Gabba, pois segundo afirma o problema não está centrado na definição do que é direito adquirido, pois a concepção de direito adquirido permeia toda a legislação mundial, a dificuldade reside no instante em que se deseja buscar uma definição de direito adquirido para solucionar os conflitos resultantes da aplicação da lei no tempo.¹⁴⁰

¹³⁷ SILVA, Zélio Furtado da. **Direito adquirido**. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p. 77.

¹³⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 215.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Apud SILVA, Zélio Furtado da. **Direito adquirido**. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p. 78.

O legislador brasileiro definiu direito adquirido no § 2º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, como: “Consideram-se adquiridos assim 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.”¹⁴¹

Conhecendo cada parte da definição legal temos, segundo Limongi França, os seguintes desmembramentos:

- “1º) o Direito que o seu titular possa exercer;
- 2º) o Direito que alguém, como representante do titular, possa exercer;
- 3º) o Direito cujo começo de exercício tenha termo prefixo;
- 4º) o Direito cujo começo de exercício tenha condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem.”¹⁴²

Conclui afirmando que, para o legislador, direito adquirido “é aquele que o seu titular pode exercer.”¹⁴³

O conceito trata ainda do direito a termo e do direito sob condição. O primeiro, - o evento é certo quanto a sua ocorrência -, tem o objetivo de incluir as situações de termo inicial, considerando, assim, o direito que o titular já pode exercer, e neste contexto, obviamente, estão incluídas as hipóteses de termo final. Quanto ao segundo, - o evento é

¹⁴¹ DECRETO-LEI Nº 4.657, de 04.09.1942. Dispõe sobre a introdução ao Código Civil Brasileiro. DOU de 09.09.1942.

¹⁴² FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 212.

¹⁴³ *Ibidem*.

incerto quanto a sua ocorrência -, e desta forma há a necessidade do implemento da condição para se consolidar o direito adquirido.¹⁴⁴

Dernburg, sobre direito sob condição, diz que: “os negócios jurídicos sob uma condição se sujeitam ao direito do tempo da conclusão (do negócio), e não no da incidência da condição, em virtude da retroatividade de mesma condição.”¹⁴⁵

Quanto às espécies de condição, o direito pode estar a depender do implemento de uma condição suspensiva ou de uma resolutiva. Tem-se a seguinte posição de Teixeira de Freitas: “a condição suspensiva, até que se cumpra, impede direito adquirível...”, mas no que tange a resolutiva “conserva direito adquirido; e, cumprida, revoga tal direito adquirido”.¹⁴⁶ Entende-se, então, que com o advento da condição suspensiva, o direito sob condição se convola em direito adquirido.

Maria Helena Diniz sobre o direito sob condição estatuído por lei, faz a seguinte afirmação:

“se a antiga lei contém normas de competência, que estabelecem condições para que uma pessoa física ou jurídica possa ser tida aos olhos da lei como titular de direito subjetivo, logo, se atendidos os requisitos legais, diz-se que o direito está adquirido, já que ocorreu a incidência normativa no sentido de que o adquirente está apto a exercê-lo.”¹⁴⁷

¹⁴⁴ FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 230-233.

¹⁴⁵ Apud, p. 232.

¹⁴⁶ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1896.

¹⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 184.

Desta forma, é possível chegar a conclusão de que o direito adquirido fundamenta a sua existência nos fatos jurídicos passados e definitivos, quando o seu titular os pode exercer. No entanto, não deixa de ser adquirido o direito, mesmo quando o seu exercício dependa de um termo prefixado ou de condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem.

Por isso, sob o ponto de vista da retroatividade das leis, não somente se consideram adquiridos os direitos aperfeiçoados ao tempo em que se promulga a lei nova, como os que estejam subordinados a condições ainda não verificadas, desde que não se indiquem alteráveis ao arbítrio de outrem.

Ainda dentro de uma análise meramente conceitual Almachio Diniz escreve que:

“O direito adquirido é o estado de direito que uma lei traz a alguém e que não pode desaparecer diante de leis ulteriores.”¹⁴⁸ [sic]

Por fim, José Afonso da Silva, apresenta os seguintes elementos que se agregam à definição de direito adquirido e aos elementos que gravitam em torno dele:

“[...] o direito subjetivo: é 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 de acordo com as regras de uma lei, e casou-se, seu direito foi exercido, consumou-se. A lei nova não tem o poder de desfazer

¹⁴⁸ DINIZ, Almachio. **Direito civil – parte geral**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1916, p. 47.

a situação consumada. A lei nova não pode descasar o casado, por que estabeleceu regras diferentes para o casamento.¹⁴⁹

Com o objetivo de não haver qualquer superposição ou confusão de conceitos e considerando que a definição de direito adquirido pressupõe o conhecimento de outros conceitos que lhe são correlatos, serão estes, de forma sucinta, apresentados nos tópicos seguintes e, desta forma, far-se-á uma análise sumária daqueles elementos que, para alguns, se confundem com o direito adquirido.

3.1.2 Expectativa de Direito

A expectativa de direito ocorre nas situações em que os requisitos para que se concretizem os direitos adquiridos não foram atingidos. Moreira Alves cita como exemplo, o funcionário público que ao entrar no serviço público, tem a expectativa, se homem, de aposentar-se aos 35 anos de serviço. Ocorre que aos 34 anos de efetivo serviço a lei é modificada, alterando para 40 anos o tempo de serviço necessário para o exercício do direito de se aposentar. Neste caso as pessoas que ainda não tinham a faculdade de exercer o direito, qual seja, 35 anos de atividade, teriam somente mera expectativa de direito.¹⁵⁰

Observa-se que aqueles que já possuíam 35 anos de efetivo e não tinham exercitado o direito por mera liberalidade, permanecem com direito adquirido a aposentar-se

¹⁴⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 413.

¹⁵⁰ ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 582.

quando desejarem, ou seja, a lei nova não incidirá sobre os que já possuíam o requisito para o exercício do direito, pois a lei nova tem como limite o direito adquirido.¹⁵¹

Para Caio Mário a expectativa de direito “traduz uma simples esperança, resulta de um fato aquisitivo incompleto”. Diz que são “situações aderentes ao indivíduo, provenientes de fato aquisitivo incompleto, e por isso mesmo não integradas em definitivo ao seu patrimônio, são atingidas sem retroatividade pela lei nova.”¹⁵²

3.1.3 Direito consumado

É uma espécie do gênero direito adquirido, pois são aqueles que produziram todos seus efeitos em tempo pretérito, incorporaram definitivamente ao patrimônio do indivíduo. Não havendo a possibilidade de modificação em virtude da lei nova, não sofrendo qualquer reflexo de leis futuras.

Caio Mário define direito consumado como sendo:

“Os direitos adquiridos, oriundos de fatos que se realizaram por inteiro em consonância com a lei velha e ao tempo de sua vigência, e se incorporaram definitivamente no patrimônio do sujeito não são alcançados pela lei nova, e, portanto, continuam a reger-se pela lei antiga, que desta sorte estende o plano de sua eficácia por um tempo ulterior ao momento em que é revogada.”¹⁵³

¹⁵¹ ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 582.

¹⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 107.

¹⁵³ *Ibidem*.

3.1.4 Faculdade Legal

Faculdade legal é a oportunidade legal e não exercitada de praticar certos atos previstos no ordenamento jurídico. É um direito concedido por lei, mas que por liberalidade ou por oportunidade não foi efetivamente exercitado. Tem-se como exemplo a faculdade de se casar, de testar. Essa faculdade fica a disposição do indivíduo, que poderá dela se valer ou não, estando em fase anterior à aquisição do direito.¹⁵⁴

Caio Mário diz que a faculdade legal “traduz um poder concedido ao indivíduo pela lei, do qual ele não fez ainda nenhum uso.”¹⁵⁵

3.2 Direito Adquirido – Previsibilidade nas Constituições Brasileiras

Este tópico se centrará no tratamento dado ao direito adquirido e a retroação da lei nas Cartas brasileiras. Serão analisados o histórico percorrido, as modificações do texto constitucional, as evoluções doutrinárias e as influências das doutrinas objetivistas e subjetivistas na positivação do direito intertemporal constitucional.

Segundo Zélio Furtado se identificam quatro momentos diferentes em que na história constitucional brasileira houve modificações em relação à amplitude do princípio da irretroatividade.¹⁵⁶

¹⁵⁴ PORCHAT, Reinaldo. **Da retroactividade das leis civis**. São Paulo: Duprat, 1909, p. 81.

¹⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 107.

¹⁵⁶ SILVA, Zélio Furtado da. **Direito adquirido**. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p. 95.

O primeiro momento teve como fundamento o princípio geral, amplo e absoluto da irretroatividade da lei. Este fundamento esteve presente na Constituição do Império de 1824 e na Constituição da República de 1891. Na Carta de 1824, o texto constava no inciso III do art. 179, e era o seguinte:

“A inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: [...] **III – A sua disposição não terá efeito retroativo.**”¹⁵⁷ [grifo nosso].

A Carta Republicana de 1891, no § 3º do art. 11, disciplinava que: “**É vedado nos Estados, como à União: [...] 3º Prescrever leis retroativas**” [grifo nosso]. O entendimento consagrado nestas duas Cartas era de que a lei não podia em qualquer hipótese ter efeito retroativo, ainda que não tivesse efeito frente a direito individual. Este tipo de proibição tem como desvantagem não acompanhar a evolução natural das relações sociais, do direito e do processo legislativo.¹⁵⁸

O princípio da irretroatividade ampla, adotado nas Cartas brasileiras de 1824 e de 1891, teve como molde a Constituição norueguesa de 1814, tem sido extremamente criticado e presente em pouquíssimas constituições daquela época, tendo em vista a posição majoritária de que a irretroatividade deveria ser adotada como princípio, mas não amplo e sim parcial, com proteção ao direito adquirido.¹⁵⁹

¹⁵⁷ SILVA, Zélio Furtado da. **Direito adquirido**. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p. 96.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 96-97.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 97-98.

O segundo momento, que ocorreu a partir da Carta de 1934, adotou a regra de que “**a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada**” [grifo nosso], constante, especificamente, no art. 113, inciso 3º da Constituição de 1934. A regra, então adotada, tinha por influência as teorias objetiva, de Roubier, e subjetiva, de Gabba, e já estava presente na Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, mas à época sem assento constitucional.¹⁶⁰

Houve divergências entre os membros da comissão responsável pela elaboração do anteprojeto da Constituição de 1934, mas por decisão da maioria ocorreu a mudança e a evolução quanto ao princípio da irretroatividade, conforme transcrito no parágrafo anterior.¹⁶¹

O terceiro momento nasceu com a Carta outorgada de 1937, que excluiu a regra adotada pela Constituição de 1934. No título dos Direitos e Garantias Individuais nada tratou sobre o princípio da irretroatividade. Em virtude da omissão, Themístocles Brandão Cavalcanti comenta que: “[...] levou a admitir-se a retroatividade, por menção expressa da própria lei, seguindo-se a tendência geralmente aceita em outros países, menos rígidos e imperativos neste terreno.”¹⁶²

Os mentores da posição inserida na Carta de 1937 argumentavam que o princípio da irretroatividade não deveria estar na Constituição, mas sim na lei cível infraconstitucional e que a sua retirada do texto constitucional não significava que se seguiria

¹⁶⁰ SILVA, Zélio Furtado da. **Direito adquirido**. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p. 7-98.

¹⁶¹ Ibidem, p. 99-100.

¹⁶² Apud Ibidem.

o princípio contraposto, qual seja, o da retroatividade da lei. Argumenta Francisco Campos que:

“A não retroatividade é tão somente uma norma de interpretação, uma regra de hermenêutica, e por ela se entende que o intérprete, ou o juiz, não pode aplicar a lei nova às relações jurídicas já consumadas na vigência da lei antiga. Não deve, porém, esse princípio constituir uma limitação ao Poder Legislativo; quando circunstâncias especiais exigirem a revisão das relações jurídicas acabadas, o legislador não poderá ficar privado da faculdade de promulgar leis retroativas, pois o Estado, como guarda supremo do interesse coletivo, não deve atar as próprias mãos pelo receio de, em certas contingências, ter que ferir ou contrariar direitos individuais.”¹⁶³

É cediço que a Constituição de 1937 fez uma cisão ou estabeleceu novas bases em relação à retroatividade das leis e frente a outros direitos constitucionais. Esse tipo de ruptura é reflexo do regime que se implantara aquela época, sendo caracterizada como a vontade do ditador sobrepondo-se ao direito adquirido e aos demais direitos e garantias fundamentais.¹⁶⁴

Finalmente chegamos ao quarto momento com a Carta de 1946, que faz um retorno ao texto de 1934, e é esta a redação que se sustenta até os dias atuais, qual seja: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.¹⁶⁵

Cabe observar que a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, firmaram em suas disposições respeito ao direito adquirido, mas de forma mitigada,

¹⁶³ CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 335.

¹⁶⁴ SILVA, Zélio Furtado da. **Direito adquirido**. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p. 104.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

pois a aplicação do princípio da irretroatividade da lei estava, de certa forma, vinculada a determinadas condicionantes que eram ditadas pela política do regime militar.¹⁶⁶

De forma resumida, tem-se seguinte contexto, em relação às Constituições e leis infraconstitucionais: as de 1824 e 1891 vedavam a aplicação de lei retroativa; a de 1934, em seu art. 113, dispunha que a lei não poderia prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; a de 1937 suprimiu qualquer matéria de direito intertemporal, remanescendo, apenas o tratamento no plano legal, a princípio, com o art. 3º da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (primitiva Lei de Introdução ao Código Civil), e, posteriormente, com o art. 6º do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942; a de 1946, cujo art. 141, § 3º voltou a dispor que a lei não poderá prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, revogando o art. 6º do Decreto-Lei 4.657/42, e, em seguida, pela redação da Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957, art. 6º, que se compatibilizou com o novo sistema constitucional; as de 1967 e 1969, que apesar de conter o mesmo princípio de Constituição de 1946, determinavam que se respeitasse os Atos Institucionais revolucionários, que suspenderam, provisoriamente, os referidos princípios; a de 1988 que trata do tema no Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais, art. 5º, inciso XXXVI.¹⁶⁷

É possível, então, concluir que o respeito ao direito adquirido foi introduzido no direito constitucional de forma ampla e irrestrita, pois as Constituições de 1824 e 1891 vedavam qualquer possibilidade de existência de lei retroativa e evoluiu, posteriormente, para a proibição do efeito retrooperante da lei frente aos fatores limitadores,

¹⁶⁶ SILVA, Zélio Furtado da. **Direito adquirido**. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p. 105.

¹⁶⁷ ESPINOLA, Eduardo. **A lei de introdução ao código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 264.

quais sejam, o direito adquirido, a coisa julgada e ato jurídico perfeito. A proteção ao direito adquirido sempre se fez presente em sede constitucional, a única exceção foi a Constituição de 1937, que suprimiu qualquer tratamento específico ao direito intertemporal.

3.3 Direito Adquirido – Poder Constituinte Originário e Derivado

No Brasil, as relações existentes entre o direito adquirido e a Emenda Constitucional têm contornos muito especiais, visto que, em outros sistemas, seria até discutível se a Emenda Constitucional e a própria lei podem ser aplicadas retroativamente, considerando ser o instituto do direito adquirido protegido pela Constituição ou por lei infraconstitucional. A Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso XXXVI, deu tratamento constitucional à matéria, e estabeleceu o mesmo patamar ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada.¹⁶⁸

É necessário, conforme entendimento de Moreira Alves, lembrar, para esse estudo, de alguns aspectos clássicos relativos à Federação. Nela há dois tipos de poder constituinte: o da União e o dos estados-membro. Dentro desta visão temos, com relação aos estados-membro, o poder constituinte decorrente, sendo aquele que decorre do Poder Constituinte da União, seja este Originário ou Derivado. Nos estados-membro temos também o Poder Constituinte Decorrente Originário e Derivado.¹⁶⁹

¹⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 415.

¹⁶⁹ ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 580.

Quanto ao poder constituinte estadual não será objeto de minudente estudo nesta monografia, mas é cediço que não há divergências sobre suas limitações. Segundo Moreira Alves é mansa e pacífica a posição de que está vinculado e subordinado aos poderes constituintes originário e derivado e, assim sendo, não podem os dispositivos da Constituição Estadual ter eficácia retrooperante.¹⁷⁰

Pode-se concluir desta forma que as Constituições Estaduais devem completa obediência aos princípios postos na Constituição Federal e, desta forma, estão limitadas quanto à aplicação da retroatividade frente ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido.¹⁷¹

3.3.1 Direito Adquirido e Poder Constituinte Originário

Um texto constitucional é resultado de um processo de modificações relevantes. Não se vincula a nenhum preceito jurídico positivo que lhe seja anterior, muito embora, também nesta hipótese, os valores sociais e o direito natural funcionem, de certa forma, como limitações ao exercício do Poder Constituinte.

A questão centra-se na competência do Poder Constituinte Originário, que recebe da sociedade plenos poderes para instituir uma nova ordem jurídica e não poderá ficar

¹⁷⁰ ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 587.

¹⁷¹ *Ibidem*.

adstrito ao passado e, desta forma, tem amplos e irrefragáveis poderes para criar um novo ordenamento, o qual deverá prevalecer *in totum e erga omnes*.¹⁷²

Um ordenamento jurídico, além de ser integrado por um conjunto de elementos normativos e outros não-normativos, é também uma estrutura formada por um conjunto de regras que determinam as relações entre os elementos já citados. Esse conjunto de elementos, normativos e não-normativos, formam o que autor Tércio Ferraz denomina de repertório do ordenamento da sociedade. Um ordenamento, integrante de um sistema, contém um repertório e também uma estrutura.¹⁷³

Dentro deste contexto, cabe ressaltar que o princípio da irretroatividade, extraído da disposição do art. 6º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil, não consubstancia uma simples norma do ordenamento. Apesar da roupagem normativa, o referido princípio já integrava o ordenamento jurídico enquanto regra de seu modo de ser, e vale dizer, integrava a sua estrutura, e continuará a dele fazer parte mesmo que venha a ser revogado.¹⁷⁴

E é dentro desta visão que o autor Elival Ramos afirma que é como regra estrutural que o princípio da irretroatividade se impõe mesmo ao legislador constituinte originário. A consequência disso é que, para eliminar direitos subjetivos do passado,

¹⁷² SILVA, Zélio Furtado da. **Direito adquirido**. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p. 118-119.

¹⁷³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1988, p. 165.

¹⁷⁴ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 210.

adquiridos ou não, faz-se necessário que a Constituição contenha dispositivo expresso que assim o determine.¹⁷⁵

Esta também é a mesma linha de pensamento de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, assevera o referido autor que a retroatividade não é vedada à norma constitucional quando proveniente do Poder Originário e, com a inexistência de limitação jurídica que proíba tal princípio, pode a nova Carta colher fatos a ela anteriores e dar-lhes caráter diferenciado do que o vigente na ordem jurídica anterior e, ainda, extinguir direitos adquiridos. Conclui dizendo que:

“Entretanto, não se deve presumir o caráter retroativo da norma constitucional originária. Insista-se em que o princípio geral de direito é a irretroatividade. Daí a presunção de que a norma não tem retroeficácia. Para fugir disto é necessário que o caráter retroativo decorra inexoravelmente do texto.”¹⁷⁶

É princípio básico o da imediata incidência das regras jurídicas constitucionais, não ocorrendo somente se a própria Constituição protraí ou retrotraí a incidência de algumas de suas regras jurídicas. Quando se afirma que as novas Cartas incidem imediatamente, princípio incontestável, não se está de forma alguma anunciando que elas têm retroatividade e que não há respeito aos direitos adquiridos, à coisa julgada e aos atos jurídicos perfeitos.¹⁷⁷

¹⁷⁵ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 210.

¹⁷⁶ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 196.

¹⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, t. 6, p. 385.

O que acontece é que a novação constitucional, Poder Originário, possibilita que se afaste, de forma explícita ou implícita, o respeito ao que se firmara em virtude de lei infraconstitucional ou constitucional anterior. Para exemplificar encerra Pontes de Miranda: “Quando uma Constituição deixa de considerar nacional nato, ou nacional naturalizado, que o era sob a Constituição anterior, corta o que ela encontraria, porque a sua incidência é imediata. Poderia ressalvar. Se não ressalvou, cortou”.¹⁷⁸

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, também acompanha a posição de Pontes de Miranda apresentada no parágrafo anterior, e na ementa do acórdão de lavra do Ministro Moreira Alves, quando do julgamento do recurso extraordinário número 140.499-GO, escreveu que:

“Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que os dispositivos constitucionais têm vigência imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima). Salvo disposição expressa em contrário – e a Constituição pode fazê-lo -, eles não alcançam os fatos consumados no passado nem as prestações anteriormente vencidas e não pagas (retroatividades máxima e média)”.¹⁷⁹

Comungando do mesmo entendimento Celso Bastos diz que não podemos ignorar que a própria Constituição respeita e assegura o direito adquirido e, desta forma, para que parem de viger os direitos adquiridos estabelecidos pela Constituição pretérita, é

¹⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, t. 6, p. 385.

¹⁷⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. RE 140.499. Ementa: [...], Relator Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 12 de jun de 1994. DJ de 09.09.1994, p. 23.444.

necessário que a própria Lei Fundamental de forma expressa os faça cessar, ou então suprima em sua totalidade o instituto no qual o referido direito se embutia.¹⁸⁰

Nesta mesma corrente de pensamento, Ivo Dantas assevera que o desrespeito a direitos adquiridos, que tinham por fundamento a Constituição anterior terá que se apresentar expreso pela nova Carta, não podendo ser objeto de meras deduções interpretativas.¹⁸¹

Neste sentido, também Nery da Silveira escreve:

“Outra significativa questão poderia se destacar, nesta definição do âmbito das cláusulas pétreas. Refiro-me ao direito adquirido previsto no art. 5º, XXXVI, da Constituição. No dispositivo, estipula-se que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’. Decerto, emenda à Constituição não pode excluir de seu texto o inciso XXXVI do art. 5º, diante da cláusula posto no art. 60, § 4º, IV, por versar sobre regra de garantia. Se se considerar, de outra parte, que a Constituição emprega o termo ‘lei’, em acepção estrita, como norma legislativa infraconstitucional, dir-se-ia que não está, aí, interdita a ação do constituinte derivado, por via de ‘emenda à constituição’. Exato ao constituinte originário sempre se admitiu, pela ilimitação, em princípio, de seus poderes, inserir no texto da Constituição editada disposição que venha alcançar direito adquirido. Assim ocorreu no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Lei Magna de 1988”.¹⁸²

¹⁸⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 191.

¹⁸¹ Dantas, Ivo. **Direito adquirido, emendas constitucionais e controle de constitucionalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 59.

¹⁸² Apud CRETELA JÚNIOR, José. Jurisprudência Administrativa. **Revista Forense**, São Paulo: Forense, v. 241, 1996, p. 262.

Fica assentado que o Constituinte Originário, que tem o poder máximo, ilimitado, ‘o poder do canhão’, pode extinguir direitos consumados, adquiridos ou qualquer outra espécie de garantia estabelecida pela ordem jurídica anterior, mas fica evidente que se pretende suprimir garantias sólidas e anteriores, deve ser expresso quanto a sua intenção.

A obediência a esse tipo de “proteção estrutural”, que se volta aos direitos da ordem jurídica anterior, faz com que as regras da nova Carta sejam límpidas e cristalinas, não gerando ataques ou dúvidas à nova ordem constitucional.

3.3.2 Direito Adquirido e Poder Constituinte Derivado

O Poder Constituinte Derivado é aquele habilitado a rever ou reformar a Lei Maior e, desta forma, afasta-se a idéia de que a revisão constitucional seria efetuada pelo Poder Constituinte Originário, instituiu-se assim um poder especialmente destinado a rever a obra constitucional.¹⁸³

Em relação à revisão do texto constitucional, a Carta, mormente, estatui um Poder Constituinte com poder específico de revisão e de voltar a Constituição a situações criadas por um novo contexto social ou por situações novas que exigem a modificação do texto constitucional.¹⁸⁴

Diferentemente do Poder Constituinte Originário, o Derivado não cria uma nova ordem jurídica, sendo estabelecida pela ordem jurídica já existente e, sendo assim,

¹⁸³ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 217.

¹⁸⁴ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 166-168.

subordinado ao Poder Constituinte Originário, devendo obedecer às limitações impostas de natureza jurídico-positiva, bem como quanto ao conteúdo de seus atos e aos procedimentos para implementá-los.¹⁸⁵

Deve-se observar que apesar das limitações impostas ao Poder Constituinte Derivado, as normas por ele emanadas possuem natureza constitucional, desfrutando de supremacia em relação às demais normas que integram o ordenamento jurídico.¹⁸⁶

São classificadas em duas categorias as limitações impostas pelo Poder Constituinte Originário para reforma da Constituição. A primeira, são as formais, abarcam as seguintes subcategorias: as procedimentais, que limitam os procedimentos para a elaboração de emenda a Constituição; as temporais, encontradas nas regras que “proíbem temporariamente a alteração da Constituição” ou nas que ditam “a periodicidade das modificações”¹⁸⁷; e as circunstanciais, que buscam “impedir a modificação da Constituição em certas circunstâncias anormais, pelo motivo óbvio de que essa anormalidade poderia perturbar a livre manifestação dos órgãos incumbidos de revisão”.¹⁸⁸

A segunda categoria está representada pelas limitações materiais que Manoel Gonçalves Ferreira Filho classifica como as mais importantes e que estabelecem a

¹⁸⁵ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 219.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 138.

¹⁸⁸ *Ibidem*, 135-136.

“proibição de alteração da Constituição em certas matérias, em certos pontos considerados fundamentais”.¹⁸⁹

O Poder Constituinte Derivado tem semelhanças com o Originário, pois, como já dito, suas normas vinculam as de grau inferior. Este Poder reformador é derivado, pois é nascido do Originário; é também condicionado, pois as suas atuações devem estar em consonância e obedecer todas as regras impostas pela Constituição, dentre essas regras estão os procedimentos, os ritos e os prazos, conforme já visto; e é limitado, tem por dever respeitar os freios postos pela constituição, sejam temporais ou circunstâncias, também já vistos.¹⁹⁰

Sobre o Poder Constituinte reformador, Nery da Silveira, faz o seguinte comentário:

“No caso de Emenda Constitucional, entretanto, a situação é outra. Resulta ela de um Poder Reformador (constituído, portanto) e que tem limitações fixadas pela mesma Constituição que previu e garantiu sua existência, isto porque, pelo menos sob o ângulo teórico, nada impediria que a Lei Maior inadmitisse qualquer reforma em seu texto, imaginando-a eterna e/ou imutável.

A propósito, decidiu a 3ª Vara Federal de Minas Gerais: “Direito adquirido, por força da Constituição, obra do Poder Constituinte originário, há de ser respeitado pela reforma constitucional, produto do Poder Constituinte instituído, ou de segundo grau, uma vez que é limitado e condicionado pela Constituição”.¹⁹¹

¹⁸⁹ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 136.

¹⁹⁰ Idem. Poder Constituinte e direito adquirido. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, v. 86, n. 745, ano 1997, p. 18-26.

¹⁹¹ CRETELA JÚNIOR, José. Jurisprudência Administrativa. **Revista Forense**, São Paulo: Forense, v. 241, 1996, p. 262.

Importante transcrever o § 4º do art. 60 da Constituição Federal, onde são fixadas as restrições do poder de reforma, pois a proteção ao direito adquirido encontra-se presente nestas limitações, mais precisamente, nos direitos e garantias individuais:

“§ 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**”.¹⁹² [grifo nosso]

Por sua vez, o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição de 1988, determina que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.¹⁹³

Duas observações importantes devem ser salientadas, quais sejam, primeiro que o vocábulo lei contido na Constituição engloba todas as espécies legislativas contidas no art. 59 no texto constitucional, pois se assim não fosse, estaríamos admitindo que só a lei, no sentido formal e restrito, não poderia prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Em conseqüência, os decretos legislativos e as resoluções, por serem destituídos daquele sentido, não estariam incluídos na limitação imposta pelo inciso XXXVI do art. 5º da Lei Maior.¹⁹⁴

Quando se fala em Emenda Constitucional, esta é manifestação de um Poder Constituído – Poder de Reforma -, integrando, nos termos do art. 59 da Constituição Federal, o processo legislativo e, como tal, encontra-se estritamente vinculado ao que estabelece a

¹⁹² CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, promulgada em 05.10.1988.

¹⁹³ Ibidem.

¹⁹⁴ CRETELA JÚNIOR, José. Jurisprudência Administrativa. **Revista Forense**, São Paulo: Forense, v. 241, 1996, p. 262.

Constituição, conclusão a que se chega não por mero exercício exegético, mas, inclusive, por determinação expressa no § 4º do art. 60, do mesmo texto constitucional.¹⁹⁵

No que tange a direitos oponíveis a constituição vale observar a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho quando diz:

“em princípio, não pode haver nenhum direito oponível à Constituição, que é 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, na 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”¹⁹⁶

O direito adquirido foi incluído como uma garantia do cidadão, nos Direitos e Garantias Fundamentais, e embora não tenha o objetivo de impedir a modificação constitucional, funciona como uma forma de proteção aos direitos que se concretizaram e, de forma definitiva, integraram o patrimônio do cidadão.¹⁹⁷

¹⁹⁵ CRETELA JÚNIOR, José. Jurisprudência Administrativa. **Revista Forense**, São Paulo: Forense, v. 241, 1996, p. 263.

¹⁹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 25.

¹⁹⁷ SOARES, José Ronald Cavalcante Soares. **Estudos de direito constitucional: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Ltr, 2001, p. 241.

Considerando o exposto fica evidente o vínculo do Poder reformador a Constituição, determinado pelo constituinte originário, e isso se aplica também a qualquer modificação da Constituição frente ao direito adquirido, vez que é o próprio texto constitucional que impõe os limites e protege o referido instituto e, desta forma, não é aceitável a afirmação de que o direito adquirido é oponível à Constituição, mas reconhecer e aceitar que a própria Lei Maior o considerou coberto pelo manto da imutabilidade e, desta forma, não passível de ser alterado pelo poder reformador.

4. A RETROAÇÃO DA LEI EM FACE DO DIREITO ADQUIRIDO

Este será o último capítulo desta monografia e tratará, em consonância com os fundamentos apresentados nos capítulos anteriores, das possibilidades de retroação da lei frente ao direito adquirido. Antes de se tratar sobre a retroatividade frente a situações consideradas como consolidadas, apresentar-se-á algumas observações sobre regime jurídico e direito adquirido e, também, sobre as dificuldades de se definir direito adquirido.

Impossível é tratar do direito adquirido, sem que se compreenda os mecanismos já abordados neste trabalho e que, inquestionavelmente, ou permeiam ou integram os aspectos relacionados à aplicação da lei no tempo.

José Ronald Cavalcante Soares resume bem todo esse processo quando diz que: “O direito adquirido tem uma imbricação irrecusável com o princípio da irretroatividade das leis.”¹⁹⁸

4.1 Definição de Direito Adquirido – uma proposta

De acordo com o que foi abordado nos capítulos e tópicos anteriores deste trabalho monográfico, percebe-se que as definições de direito adquirido, valentemente proposta por Gabba e apresentada por outros autores, têm sido objeto de infundáveis e profundos questionamentos, tanto de cunho jusfilosófico quanto de cunho jurídico.

¹⁹⁸ SOARES, José Ronald Cavalcante Soares. **Estudos de direito constitucional: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Ltr, 2001, p. 235.

A definição de direito adquirido tem por objetivo proteger ou afastar o efeito retroativo das leis e proteger o indivíduo, e neste contexto há uma infinidade de situações resultantes das mais diversas causas que se deseja proteger, dentre elas estão “direitos pessoais, materiais ou de conteúdo político-social; direitos em face de outros indivíduos ou do Estado; direitos de curta ou de longa duração etc”.¹⁹⁹

Roubier, precursor da teoria objetivista, e de posição contrária aos ensinamentos de subjetivitas, mesmo estando nesta posição, não utilizou das falhas presentes na definição de Gabba para elevar a sua teoria. Afirmava Roubier que “todo mundo tem uma idéia suficientemente clara do que é um direito adquirido”.²⁰⁰

Dentro deste escopo os termos utilizados na definição deste importante instituto devem: ser amplos, para que não comprometa a sua operacionalidade e a diversidade de situações que buscam a subsunção ao conceito; ser fundamentado em uma das correntes teóricas apresentadas; observar e respeitar o sistema adotado seja ele legal ou constitucional e; ser preciso para não ter a aparência ou ser confundido como outro instituto correlato ao direito adquirido.

De acordo com o apresentado, torna-se extremamente difícil atribuir um conceito a direito adquirido que tenha, simultaneamente, a flexibilidade e a rigidez que o instituto exige. Como então se definir ou como aplicar as regras inerentes ao instituto?

¹⁹⁹ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 183.

²⁰⁰ Apud Ibidem, p.182.

Creio que a resposta pode ser obtida de maneira reflexa e, não direta e, desta forma, estaria a definição vinculada à análise do enquadramento da existência de direito adquirido em cada caso em concreto, com observância do sistema jurídico adotado e tendo por fundamento as teorias objetivas e subjetivas.

4.2 Direito Adquirido a Regime Jurídico

Pelas teorias estudadas no primeiro capítulo deste trabalho monográfico, vê-se que a teoria objetiva de Roubier propõe distinguir as situações jurídicas definitivamente constituídas, sendo estas objetivas e subjetivas. As situações definitivamente constituídas objetivas são aquelas em que se tem uma determinada situação em virtude de uma disposição legal. Já as situações definitivamente constituídas subjetivas são aquelas que decorrem de relações que não nascem exclusivamente da norma, mas surgem, por exemplo, de ato jurídico como um contrato.²⁰¹

Com referência às relações jurídicas definitivamente constituídas subjetivas, é corrente que a lei não pode retroagir. Com relação às outras a lei retroage e este posicionamento é seguido no Brasil. Na verdade o que não há é direito adquirido a regime legal, considerando que o que dá margem ao referido direito é justamente o regime e este pode ser modificado.²⁰²

²⁰¹ ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 584.

²⁰² *Ibidem*.

Fazendo uma análise da Lei de Introdução ao Código Civil que apresenta os conceitos de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, nota-se que as definições ali expostas não são legais, a lei é que os declara. A Lei de Introdução ao Código Civil seria inconstitucional se estatuísse o conceito de forma diversa da Constituição.²⁰³

As divergências sobre a natureza dos conceitos presentes na Lei de Introdução ao Código Civil foram objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal²⁰⁴ quando do julgado sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.²⁰⁵

Em decorrência do exposto passou-se a entender o conceito de direito adquirido, constante da Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, como algo compatível com o que a Constituição quis que por ele se entendesse. Isso é verificável quando se efetua uma digressão e verifica-se que a LICC, de 1916 até 1942, adotava justamente a orientação subjetiva. Dizia que a lei nova não poderia prejudicar o ato jurídico perfeito, direito adquirido e a coisa julgada. Em 1942 o artigo 6º foi modificado passando a declarar que a lei teria eficácia imediata, mas a lei nova não poderia prejudicar as situações definitivamente constituídas ou o ato jurídico perfeito, salvo disposição expressa em contrário.²⁰⁶

²⁰³ ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 584.

²⁰⁴ O embate teve como objetivo maior esclarecer se os conceitos da Lei de Introdução ao Código Civil eram legais ou constitucionais e, como relata o Ministro Moreira Alves, alguns ministros começaram sustentando que eram conceitos legais e depois recuaram e adotaram a orientação de que o conceito é constitucional, todos firmados na premissa de que a Constituição não se interpreta pela lei, é a lei que se interpreta pela Constituição.

²⁰⁵ **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Pleno. ADIn 493-0. Voto e Retator: [...], Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 25 de jun de 1992. DJ de 04.09.1992, p.14.089.

²⁰⁶ ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 584.

Estas modificações ocorreram porque a Carta de 1937 foi a única das nossas Constituições em que o princípio constitucional da irretroatividade foi abolido e, conseqüentemente, se adotou o sistema legal, que vigora em outros países. Ocorre que, em 1946, o conceito da Lei de Introdução ao Código Civil, na redação de 1942, foi revogado tendo em vista que a Constituição de 1946 voltou ao sistema adotado anteriormente ao dizer que a lei nova não poderia prejudicar o ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada. Finalmente, em 1957, foi dada nova redação ao art. 6º, voltando à redação anterior e compatibilizando-a, portanto, com a Constituição de 1946 e, também, com as de 1967, 1969 e a de 1988.²⁰⁷

Conforme já abordado anteriormente, examinando o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, pode-se verificar que ela admite também o chamado direito adquirido condicional e o direito adquirido a termo. Diz a referida norma no art. 6º:

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

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

§2º Consideram-se adquiridos assim 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.

§3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de já não caiba recurso.”²⁰⁸

²⁰⁷ ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 584.

²⁰⁸ DECRETO-LEI Nº 4.657, de 04.09.1942. Dispõe sobre a introdução ao Código Civil Brasileiro. DOU de 09.09.1942.

Pelo § 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, acima transcrito, que, neste ponto, é considerada constitucional, não resta qualquer dúvida de que existe direito adquirido condicional, que é aquele que para se efetivar depende do implemento de uma condição, ou o direito adquirido a termo, que é aquele que já se adquiriu, mas cujo efeito somente se materializará com a ocorrência do termo.²⁰⁹

A questão que se levanta é a seguinte: se estes conceitos de direito adquirido a condicional e a termo se aplicam a direito público? Segundo o Ministro Moreira Alves não há no direito brasileiro autor que trate do tema, e no comparado somente encontrou um autor italiano de nome Frederico Cammeo, que escreveu um tratado sobre Direito Administrativo e sustenta uma tese sobre o assunto, tal tese já adotada pelo Supremo Tribunal Federal.²¹⁰

A orientação é a que tanto o direito adquirido condicional quanto o direito adquirido a termo não se aplicam com relação ao direito público, pois se aplicássemos teríamos um direito adquirido a regime jurídico, tendo em vista, por exemplo, a seguinte circunstância: um indivíduo, quando ingressa no serviço público, ele tem o que hoje se classifica de expectativa. Essa expectativa seria um direito adquirido sob condição, por que se trata de uma condição inalterável ao arbítrio de outrem, se utilizarmos a definição da Lei de Introdução ao Código Civil. Ocorre que no caso tal condição poderia ser alterada por uma lei nova.²¹¹

²⁰⁹ ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 584.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ *Ibidem*.

Diante da dicotomia, modificação ou não da lei ao arbítrio de outrem, apresentada no parágrafo anterior, vê-se que, no caso do sistema brasileiro, o que ocorre e a possibilidade de modificação da condição por uma lei nova. Faz-se, então, a seguinte pergunta: “esse princípio se aplica então ao direito público se a lei nova pode alterar, no seu arbítrio, aqueles requisitos que ela estabelecia no momento em que alguém ingressa no serviço público?” Segundo Moreira Alves sim, pois temos o princípio de que não há direito adquirido a regime jurídico e, desta forma, não se pode dizer que:

“bem, eu entrei no serviço público, já tenho um direito que eu irei adquirir quando preencher uma condição que é o exercício dos 35 anos. E conseqüentemente eu já tenho um direito adquirido condicional, que virá a ser exercido caso eu preencha a condição. Se não preencher a condição, não virá.”²¹²

O exemplo citado apresenta um requisito para a aquisição do direito subjetivo, esse requisito é uma condição que proporcionará a incorporação do direito adquirido ao patrimônio do indivíduo quando se implementar a condição, ou seja, no fim dos 35 anos. Ocorre que tal direito pode ser afastado pelo princípio de que não há direito adquirido ao regime jurídico ou ao regime legal, como quer Moreira Alves. Tal construção é uma aplicação do sistema de Roubier com relação a situações definitivamente constituídas legalmente, e não àquelas definitivamente constituídas por uma causa subjetiva.²¹³

De forma diferente se aplica o direito adquirido sob condição ou a termo quando estamos diante de casos em que a causa do direito não é legal, mas sim decorrente de

²¹² ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 584.

²¹³ *Ibidem*, p. 580.

contrato. Neste caso, no contrato, não é possível que por arbítrio de terceiros se modifiquem aquelas condições decorrentes do próprio contrato e, desta forma, isso não se aplica a regime jurídico, mas apenas a regime de natureza voluntária, como é o caso do regime contratual.²¹⁴

Ficamos, assim, em virtude do poder de interpretação, diante uma difícil situação, pois ante as correntes doutrinárias assentadas em bases sólidas, poder-se-ia dizer que novas leis poderiam lesar ou abolir direitos, imaginados como adquiridos, e causar sérios danos a titulares desses direitos.²¹⁵

Para Savigny se está diante de uma situação em que o problema não é mais de direito intertemporal, mas desloca-se para o plano de política legislativa. Recomendava que, nestes casos, o legislador deveria compensar o direito atingido pela determinação legal e, desenvolveu tal posição no *Traité de droit romain*, quando diz: “[...] a Inglaterra nos deu um grande exemplo de equidade, quando emancipou os escravos, indenizou, às custas do Estado, o prejuízo que seus proprietários tiveram.”²¹⁶

Pode-se concluir que há para o senso comum uma certa fragilidade do instituto constitucional do direito adquirido, pois não está direcionado para a proteção de situações jurídicas frente a eventuais modificações de institutos jurídicos ou de estatutos jurídicos. Como se resolve tal situação?

²¹⁴ ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 584.

²¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações sobre o princípio do direito adquirido tendo em vista a aplicação do novo código civil in ALVIM, Arruda (Org.). **Aspectos controvertidos do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 240.

²¹⁶ Ibidem.

Para Gilmar Ferreira Mendes a resposta é a seguinte: “a proteção há de vir do próprio direito destinado a proteger a posição afetada. Assim, se se trata de direito de propriedade ou de outro direito real, há que se invocar a proteção ao direito de propriedade estabelecido no próprio texto constitucional”.²¹⁷

Em conseqüência das dificuldades de se invocar o direito adquirido para proteger tais situações a própria ordem constitucional tem utilizado um instituto mais abrangente que é o da segurança jurídica enquanto proposição de um Estado de Direito. A segurança jurídica seria o instrumento para tornar obrigatória a existência de regras de transição nos casos de modificação de um estatuto jurídico em que se ferisse direito adquirido. Em vários sistemas jurídicos a não existência de regras de transição estaria diretamente dando origem à denominada omissão inconstitucional.²¹⁸

Considerando a não existência de direito a regime jurídico, Elival Ramos diz que a modificação de uma lei não pode estar jungida, afrontar ou ferir direitos adquiridos gerados por aquele regime legal. Diz com propriedade que:

“Não há direito adquirido à permanência das normas positivas, abstratamente consideradas. Porém, se fatos aquisitivos ocorreram e se direitos subjetivos foram gerados, na medida em que tais direitos se revistam das características de patrimonialidade anteriormente destacadas, deverão sobreviver ao novo regime legal.”²¹⁹

²¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações sobre o princípio do direito adquirido tendo em vista a aplicação do novo código civil in ALVIM, Arruda (Org.). **Aspectos controvertidos do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 241.

²¹⁸ Ibidem.

²¹⁹ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 185.

Gabba, em sua obra *Teoria della retroattività delle leggi*, tece a seguinte orientação sobre a questão em tela: “segundo o qual somente existia direito adquirido em razão dos institutos jurídicos com referência às relações deles decorrentes, jamais, entretanto, relativamente aos próprios institutos.”²²⁰ Veja que Gabba trata do direito adquirido em relação àquilo que é decorrente da lei, ou seja, de seus efeitos, mas não em relação a própria lei.

Fazendo uma abstração da afirmação de Gabba, pode-se dizer que há direitos adquiridos para o proprietário da terra em consequência dos frutos advindos de uma determinada árvore, aqueles frutos que ali floresceram e foram formados são de propriedade do dono da terra. Há direito adquirido sob condição aos frutos da próxima estação, mas se a árvore não florescer por determinação de lei da natureza ou se a árvore não mais existir por evento da natureza ou por ato do homem, esse direito não se consubstanciará e não se convolará em direito adquirido.

4.3 A Retroação da Lei e o Direito Adquirido

O princípio adotado em nosso ordenamento jurídico é o da irretroatividade, mas os freios para o efeito oposto, a retroatividade, estão presentes em preceito constitucional e, conforme já exaustivamente tratado, são eles o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

Na inexistência desses três elementos temos a franca possibilidade de retroação da lei, não havendo qualquer empecilho ao efeito da lei sobre fatos pretéritos. Mas

²²⁰ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 238.

segundo a Lei de Introdução ao Código Civil, a lei tem efeito imediato e geral e não basta, em regra, para que se implemente o efeito da retroatividade que haja presunção de que norma se aplique ao passado, há a necessidade de que essa vontade do legislador seja expressa.

Considerando que o instituto do direito adquirido sempre esteve assente no direito positivo brasileiro; considerando que a Carta de 1988 dá ao instituto uma garantia constitucional; considerando que, além de ser constitucional, está coberto pelo manto da imutabilidade; considerando que há uma certa repulsa ao fenômeno da retroação da lei quando fere direitos adquiridos, independentemente do marco teórico e do sistema adotados; pergunta-se: é possível a retroação da lei em face do direito adquirido?

Em resposta ao questionamento sobredito serão apresentados, sem embargos de pensamento contrário, algumas proposições.²²¹

4.3.1 Proposições de Retroação da Lei em Face do Direito Adquirido

A primeira é que seria possível a afronta ou desconstituição de direitos adquiridos frente ao Poder Constituinte Originário. Conforme já analisado no capítulo que tratou do assunto, este tudo pode, é ilimitado, não sofre qualquer restrição. Deve-se apenas aqui observar que visando a segurança jurídica e com o objetivo de se afastar qualquer interpretação diferente daquela querida pelo Poder Originário, devem ser expressas as regras desconstitutivas de direitos adquiridos ou dos institutos que os sustentam.

²²¹ Os fundamentos para as proposições que serão doravante apresentadas estão presentes nos capítulos anteriores deste trabalho monográfico.

Cabe ressaltar que o não-respeito a direitos adquiridos pelo Poder Constituinte Originário, quiçá não deva ser encarado ou visto como uma espécie de retroatividade, mas, sim, como a instituição de uma nova ordem que, como já dito, tem poderes amplos e irrestritos e, neste diapasão, pode manter todos os direitos consolidados, pode manter alguns e destituir outros de existência, e pode até, já tendo entendimento da amplitude de tal Poder, criar tudo novo sem respeitar quase nada ou nada.

A segunda nos leva em direção ao sistema adotado. E, também, aqui se pode ter um caso legítimo de desrespeito a direitos adquiridos, quando a norma que o protege é de natureza infraconstitucional. Neste caso pode ou, pelo menos, tem o legislador autorização para editar normas com efeitos retroativos, desde que sejam expressos. Ressalta-se que, mesmo no sistema legal, a regra é a irretroatividade, devendo ser retroativa a lei somente em situações especiais, mas o fato é que o legislador está livre, de mãos desatadas, e, assim sendo, as situações especiais retrooperantes podem ser construídas dentro do contexto político, social e histórico.

Ainda dentro das possibilidades inerentes ao sistema legal, há outra hipótese possível de retroatividade, qual seja, no caso de leis interpretativas. E, neste caso, o juiz também pode aplicar a norma jurídica aos fatos ocorridos no tempo pretérito, pois se entende que a lei interpretativa, sendo esta definida pelo legislador, não modificou em nada a lei interpretada, ou seja, havia uma cognição discrepante daquela desejada ou querida *ab initio* pelo moldador da norma, não sendo passível de se considerar como nova a interpretação agora adotada, mas a única que era possível.

E o magistrado, mesmo que a lei interpretativa declare que não se aplica ao passado, poderá dar efeito retroativo a lei. Deve-se registrar que apesar desta possibilidade, qual seja, de aplicação da lei a fatos passados, não se estaria diante da clássica idéia de retroatividade, mas apenas fazendo valer o que deveria ter sido considerado desde o nascedouro da lei, ou seja, a lei tinha por objetivo dizer o que foi dito pela norma interpretativa e não o que afirmavam que ela dizia.

De qualquer forma, pode-se considerar que apesar de ser um tipo especial de atuação retroativa, há a incidência da lei a fatos não abarcados por ela anteriormente, seja por erro de interpretação ou não, mas o fato é que há a retroatividade.

As duas primeiras possibilidades acima aventadas são situações de retroatividade da lei ferindo, legitimamente, direitos adquiridos. O último caso, de leis interpretativas, há a modificação de situações jurídicas ou de direitos tidos como adquiridos, porém alcançados apenas com esteio em uma determinada visão ou entendimento que foi contrária àquele que, primitivamente, o legislador desejou e, desta forma, deve-se voltar ao *status quo* primário ou admitido pelo legislador, mesmo que para isso tenha que modificar ou extinguir direitos já incorporados ao patrimônio do indivíduo.

Há, entretanto, outro ponto a considerar que é a retroatividade mínima, tão bem caracterizada por Moreira Alves e por Matos Peixoto, ou a retrospectividade, mesmo fenômeno com outra denominação e que foi, didaticamente, definido por Elival Ramos. Tais fenômenos, - a retroatividade mínima ou a retrospectividade -, ocorrem em relação aos efeitos futuros que tiveram como causa situações jurídicas consolidadas sob o império de lei antiga,

sendo estes efeitos alcançados pela lei revogadora. Neste caso não há a violação ou o desfazimento de fatos passados, a lei nova abrange somente fatos prospectivos, devendo somente caracterizar-se pela não afronta a direitos adquiridos.

Outro importante argumento é o efeito da revogação ou derrogação de lei e, este ato, afetando direitos. Faz-se oportuno neste caso diferenciar direitos consumados ou adquiridos, estes são intangíveis, da expectativa de direito ou direito sob condição ou a termo, estes são tangíveis pela nova lei. Não há direito adquirido a determinado estatuto jurídico e, assim sendo, é perfeitamente admissível a sua derrogação ou revogação, com respeito aos direitos já incorporados ao patrimônio do indivíduo. Assim sendo, a não existência de direito adquirido a regime jurídico, não implica em dizer que se pode infringir direitos adquiridos, mas tão somente que o regime é passível de modificação.

Finalmente deflui-se que há três casos clássicos em que, ou o Poder Constituinte ou o legislador, podem atingir direitos adquiridos, nos demais há uma movimentação relacionada a elementos que podem assumir a aparência de direito adquirido, como, por exemplo, o direito a termo ou o sob condição. Não se pode esquecer que os fatores reais de poder e as decisões políticas também permeiam as cortes jurídicas, inclusive, a Excelsa Corte e, desta forma, há decisões que são políticas com fundamentos jurídicos e, infelizmente, há decisões que são políticas com fundamentos, meramente, políticos e são estas últimas que, se praticadas, fatalmente enfraquecerão os alicerces, as raízes, que sustentam o Estado em momentos de crise.

“[...] o Estado tudo pode, desde que observe de forma irrestrita a Constituição Federal” (Ministro Marco Aurélio, julgamento da ADIN nº 3105)²²².

A inobservância de princípios que integram a Constituição faz com que o Estado se volte contra os elementos sua própria organização e termine por fragilizar os indivíduos que o integram ou, no mínimo, torná-los descrentes frente ao instrumento de criação do Estado. “O Estado tudo pode”, conforme disse o Ministro Marco Aurélio, é o Estado tudo pode mesmo, desde que não se volte contra si mesmo, pois assim agindo, estará indo de encontro ao elemento que o constituiu, ou seja, estará agindo contra si próprio, isto é, contra sua Constituição.

²²² Ação Direta de Inconstitucionalidade, requerida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, em relação ao *caput* do Art. 4º da Emenda Constitucional nº 41 (ementa ainda não publicada).

CONCLUSÃO

Como pode se verificar o tema é polêmico e controverso, faz parte da história jurídica milenar, tem abordagens doutrinárias diferentes, é tratado pelo leguleio e pelo rábula. De forma contrária, o tema também é empolgante, importante para a interpretação e aplicação de leis no tempo e, incontestavelmente, tem relevância especial para a segurança jurídica e para a paz social.

As teorias objetivas e subjetivas ao mesmo tempo em que tratam do direito adquirido sobre óticas diferentes, têm em seus objetivos finais pontos de contato com quase completa superposição, que se verifica na busca da intangibilidade de situações consolidadas ou consumadas, frente à nova ordem legal.

No que tange aos sistemas legais e constitucionais, há regras claras direcionadas tanto ao juiz como ao legislador, mas ambos apesar das aparentes diferenças têm, também, embutidos em seus limites algo como uma lógica impeditiva e bloqueadora da ação retrooperante, faz parte, pode-se assim dizer, de uma espécie de consciência ética em face da adoção de determinados comportamentos que, direta ou indiretamente, afetem algo que é ilibado.

Em relação à definição do instituto observa-se que há um certo receio a tal atitude, quiçá pelo temor a críticas, pela fungibilidade de situações em que o direito adquirido pode ser convocado para ser escudeiro de ataques ou, ainda, pelas diferentes teorias, elementos correlatos e idéias que são atinentes ao instituto. Creio que sobre esse ponto tem-se que amadurecer, inovar e até se ousar mais.

Quanto à retroação da lei e o direito adquirido frente ao Poder Constituinte Originário e Derivado, acredito que haja forte convergência de posições. Mas é importante salientar a idéia, creio que salutar, de ser expressa mesmo sendo a vontade do Poder Constituinte Originário quando se deseja atacar direitos adquiridos ou consumados. A medida torna límpida a vontade expressa na Constituição e, sendo assim, fica mais forte frente a interpretações discrepantes daquilo que realmente desejava o Poder Constituinte.

Importante lembrar que o Supremo Tribunal Federal, guardião maior da Constituição, firmou a inexistência de direitos adquiridos a regime jurídicos, mas também entende que os efeitos decorrentes da lei pretérita e que possuem todos os elementos constitutivos certos, líquidos e exigíveis são intocáveis pela novel legislação.

O direito adquirido representa um elemento importante a ser observado, principalmente pelo legislador, pois a afronta aos princípios constitucionais não podem começar na via legislativa, já que é a própria Constituição que faz essa limitação.

Finalmente pode-se concluir que o efeito retrooperante da lei deve ser evitado, mas pode-se considerar que, apesar de não parecer, a regra geral, na nossa atual ordem jurídica, é a possibilidade da ocorrência de tal fenômeno. Há, no entanto, alguns limitadores e ocorre que somente perante eles é que a lei não pode ter efeitos para o tempo pretérito. Esses limitadores são constitucionais e, dentre eles, está o direito adquirido. Somente se vislumbra a possibilidade de eliminação direitos adquiridos frente ao Poder Constituinte Originário, nos casos em que é protegido por lei infraconstitucional ou frente a leis interpretativas.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA

ALVES, José Carlos Moreira. Direito adquirido. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, v. 2, n. 15, 2002, p. 579-587.

ALVIM, Arruda (Org.). **Aspectos controvertidos do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para cursos de direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

CRETELA JÚNIOR, José. Jurisprudência Administrativa. **Revista Forense**, São Paulo: Forense, v. 241, 1996, p. 261-267.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. São Paulo: Forense. 1992.

Dantas, Ivo. **Direito adquirido, emendas constitucionais e controle de constitucionalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

DECRETO-LEI Nº 4.657, de 04.09.1942. Dispõe sobre a introdução ao Código Civil Brasileiro. DOU de 09.09.1942.

DINIZ, Almachio. **Direito civil – parte geral**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1916.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.

ESPINOLA, Eduardo. **A lei de introdução ao código civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1988.

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

_____. **O poder constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Poder Constituinte e direito adquirido. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, v. 86, n. 745, ano 1997, p. 18-26.

FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

HORTA, Raul Machado. Constituição e direito adquirido. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, n. 112, 1991.

LEI Nº 10.406, de 10.01.2002. Institui o código civil. DOU de 11.01.2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira; Mônica Maria Guimarães Savedra. **Metodologia da pesquisa jurídica: manual para elaboração e apresentação de monografias**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PEIXOTO, JOSÉ CARLOS DE MATOS. Limite temporal da lei. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 173, n. 576, 1948, p. 459-485.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, t. 5.

PORCHAT, Reinaldo. **Curso elementar de direito romano**. 2. ed. São Paulo: Cia Melhoramentos, 1937, vol. I.

_____. **Da retroatividade das leis civis**. São Paulo: s.e., 1909, p. 23.

RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SILVA, Zélio Furtado da. **Direito adquirido**. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

SOARES, José Ronald Cavalcante Soares. **Estudos de direito constitucional: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Ltr, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. RE 140.499. Ementa: [...], Relator Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 12 de jun de 1994. DJ de 09.09.1994, p. 23.444.

_____. Pleno. ADIn 493-0. Voto e Retator: [...], Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 25 de jun de 1992. DJ de 04.09.1992.

_____. Pleno. RE 226.855-7. Voto [...], Ministro Carlos Veloso. Brasília, DF, 12 de abr de 2000.

_____. Pleno. RE 226.855-7. Voto e Relator [...], Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 31 de ago de 2000. DJ de 13.10.2000.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1896.

TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e estado democrático de direito**. São Paulo: Landy Livraria, 2003.