

Constituição e Direito Adquirido

Professor RAUL MACHADO HORTA
Professor Catedrático e Titular de Direito
Constitucional na Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO

1. *Amplitude do tema.*
2. *Duas posições conflitantes.*
3. *Facta praeterita, direito adquirido e direito privado.*
4. *Condicionamentos ao direito adquirido.*
5. *Constituição e direito adquirido.*
6. *Irretroatividade e direito adquirido nas Constituições brasileiras.*
7. *Poder constituinte e direito adquirido.*
8. *Princípio da continuidade das leis no tempo e direito adquirido.*
9. *Tratamento do direito adquirido no Constitucionalismo brasileiro.*

1. O tema é amplo e sujeito às posições doutrinárias que procuram esclarecê-lo, desde a antiguidade clássica, no tocante ao conflito das leis no tempo e de época mais recente, a partir do século XVIII, no confronto entre a Constituição e o direito adquirido. Esta exposição examinará a relação entre constituição, irretroatividade da lei e direito adquirido, considerando a genérica formulação do tema e a posição adotada pelo Direito Constitucional Brasileiro.

2. A aceitação e a recusa do direito adquirido podem ser exemplificadas nas colocações de dois publicistas que se aprofundaram na análise jurídico-política dessa categoria.

FERDINAND LASSALLE¹, autor da *Théorie Systematique des Droits Acquis — Conciliation du Droit Positif et de la Philosophie du Droit*, em dois volumes, conforme a tradução francesa da segunda edição alemã, sem prejuízo de sua identificação com o socialismo, sustentou que nos debates em torno do conceito de direitos adquiridos vibrava

“l’âme du monde moderne et d’où découlent toutes les luttes politiques et sociales de notre siècle”².

LÉON DUGUIT, o luminar da Escola Francesa do Direito Público, ao contrário, desconhecia essa projeção quando negava, dogmaticamente, a existência de direitos adquiridos, na famosa passagem das *Leçons de Droit Public Général*³, afirmando, enfaticamente, que há mais de meio século ensinava direito e, até então, ainda não sabia o que era direito adquirido. Concebia a idéia como fruto da oposição aos direitos inatos do jusnaturalismo, que vinham da natureza, enquanto os direitos adquiridos emergiam da sociedade. De qualquer forma, dizia DUGUIT, a expressão deve ser rejeitada.

3. A elaboração da idéia de direito adquirido vincula-se a permanência de *facta praeterita*, que a regra do Imperador Teodosio formulou no ano 440, em famoso enunciado romanístico, vedatório da revogação de *facta praeterita* pela lei:

“Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit”⁴.

A situação preexistente e a lei posterior configuram ou não a existência do direito adquirido. A construção conceitual de direito adquirido impõe a fixação do princípio da imutabilidade e da irrevogabilidade da situação anterior por ato contrário e sucessivo, capaz de desfazê-la com dano ou prejuízo ao seu titular.

Como vantagem incorporada ao titular, a patrimonialização tornou-se inerente ao direito adquirido, criando situação individual e concreta. A

1 *Théorie Systematique des Droits Acquis — Conciliation du Droit Positif et de la Philosophie du Droit* — 2 vols. — Paris — V. Glard — E. Brière — 1904.

2 Ferdinand Lassalle — obra citada — p. 3.

3 Léon Duguit — *Leçons de Droit Public Général* — Paris — E. de Boccard — 1926 — p. 308.

4 Ferdinand Lassalle — obra citada — p. 24.

segurança jurídica do direito adquirido contra sua mudança e desfazimento criou a regra técnica de defesa da posição vantajosa. Criação do direito anterior, que o consolidou, o direito adquirido se antepunha ao direito novo e às mudanças decorrentes do novo direito. Expressão do direito novo, a lei como norma abstrata dispunha da virtualidade de criar o direito adquirido e, ao mesmo tempo, através da sucessão legislativa no tempo, anular esse direito pela revogação do princípio que o constituíra no direito antigo. A irretroatividade das leis tornou-se a barreira protetora do direito adquirido, assegurando a permanência e a incompatibilidade entre o direito antigo e o novo direito legislado. O direito adquirido representa a intangibilidade da lei no tempo. A irrevogabilidade da lei é técnica de proteção desse direito, assegurando a indevassabilidade da matéria regulada na lei antiga.

Colocado na confluência entre a lei antiga e a lei nova, compreende-se a precedência que o tema mereceu no domínio do Direito Privado, atraindo a atenção dos civilistas. O desconhecimento, durante largo período histórico, da *idéia material e documental da Constituição explica a elaboração* do direito adquirido no domínio do Direito Civil, com o auxílio das categorias do Direito Privado, para proteção de interesses privados. Por outro lado, a concentração da matéria constitucional, especialmente na fase de seu esplendor clássico, na *organização dos Poderes do Estado, na composição e competência de seus órgãos e na declaração genérica de direitos e garantias individuais*, apartava o Direito Público do Direito Privado, com a decorrente impenetrabilidade das categorias privatísticas pelas nascentes normas publicísticas.

O conceito de direito adquirido é definido no Direito Privado, e essa definição precede e configura sua introdução na norma posterior do Direito Público. É na doutrina dos civilistas que recolhemos a definição dos direitos adquiridos, seja entre os mais antigos, como MERLIN DE DOUAI ⁵ —

“les droits acquis sont ceux qui sont entrés dans notre domaine, qui en font partie, et que ne peut plus nous ôter celui de qui nous les tenons,”

CHABOT DE L'ALLIER ⁶, segundo o qual, os direitos adquiridos são os que foram

“irrévocablement conférés et définitivement acquis avant le fait, l'acte ou la loi que l'on veut opposer, pour empêcher la pleine et entière jouissance de ces droits.”

⁵ Paul Roubier — *Le Droit Transitoire — Conflits des lois dans le temps* — 2ª edição — Dalloz et Sirey — 1960 — p. 96.

⁶ Paul Roubier — obra citada — p. 96.

MOURLON —

“Les droits acquis, a-t-on dit, sont ceux qui son entrés dans notre patrimoine et qui ne peuvent pas nous être enlevés par le fait d'un tiers,”

ou entre os mais modernos civilistas, a exemplo de DEMOLOMBE ⁷:

“le droit bien et dûment devenu nôtre, dont nous sommes investis, qu'un tiers ne pourrait pas nous enlever.”

BAUDRY-LACANTINERIE ⁸:

“l'avantage qui nous appartient, qui figure dans notre patrimoine, qui ne peut être ravi par le fait de celui de qui nous le tenons ou par le fait d'un tiers”

HENRI DE PAGE:

“Le droit acquis est celui qui est entré dans notre domaine, qui en fait partie, et que ne peut plus nous enlever celui de qui nous le tenons. C'est le droit pleinement et définitivement réalisé,”

e de C. F. GABBA ⁹, que definiu o direito adquirido

“comme un droit qui a été crée sous l'empire d'une loi donnée, et qui est devenu immédiatement partie du patrimoine du sujet, encore que l'occasion de le faire valoir ne soit apparue qu' après l'entrée en vigueur d'une loi différente.”

4. As soluções de acomodação entre a lei antiga e a lei nova, atenuando a eficácia do direito adquirido, brotaram de formulações civilísticas, refletindo a primazia do direito privado na revelação de condicionamentos e de limitações ao direito adquirido. Provieram de formulações civilísticas a separação entre direitos adquiridos e simples expectativas ou esperanças ¹⁰, a retroatividade das leis interpretativas, das leis de ordem pública, das leis de competência e de processo, reduzindo a incidência do princípio da

⁷ *Paul Roubier* — obra citada — p. 113.

⁸ *Paul Roubier* — obra citada — p. 113.

⁹ *Paul Roubier* — obra citada — p. 122.

¹⁰ *Henri de Page* — *Traité Elementaire de Droit Civil Belge* — vol. I — Bruxelles — 1833 — pp. 213 e 220.

irretroatividade da lei e, conseqüentemente, do direito adquirido. PAUL ROUBIER¹¹ qualificou de surpreendente o silêncio do Código Civil alemão de 1900, o famoso *Bürgerliches Gesetzbuch — BGB —*, monumento do Direito Privado, em relação ao princípio da não-retroatividade das leis. Mutismo intencional, que a Exposição de Motivos justificou, sustentando que toda lei pode, e mesmo deve, determinar os limites de sua ação no tempo. Na ausência de texto expresso, a Exposição de Motivos recomendava ao intérprete buscar na lei a regra que dispusesse sobre os limites de seus efeitos no tempo.

MARCEL PLANIOL e GEORGES RIPERT¹² adotam posição representativa dos condicionamentos privatísticos do direito adquirido e da irretroatividade das leis, quando, embora doutrinariamente admitindo que a lei antiga faça parte do contrato e a ele se aplica como estipulação implícita das partes, reconhecem ao legislador a faculdade de impor a incidência da lei nova aos contratos anteriores à sua promulgação, fundada no interesse superior da ordem pública.

CASTRO Y BRAVO¹³, reportando-se aos casos de aplicação da lei nova com efeitos retroativos no Direito espanhol, ensina que a doutrina e a jurisprudência de seu país autorizam as leis com efeitos retroativos, ainda que não declarado em cláusula expressa, distinguindo os casos em que a retroatividade poderá decorrer de cláusula especial ou da interpretação do texto da lei. CASTRO Y BRAVO inclui nesta segunda categoria, denominado por ele de irretroatividade por declaração tácita da lei, as disposições de natureza interpretativa e as que repelem situações anteriormente constituídas, por incompatíveis com os fins morais e sociais da lei.

No Brasil, CARLOS DE CARVALHO¹⁴, ao promover a recopilação do Direito vigente, a que deu o título — “Direito Civil Brasileiro Recopilado” ou “Nova Consolidação das Leis Civis”, na redação do artigo 21 do referido texto, acolheu a doutrina limitadora do direito adquirido e atenuadora da irretroatividade, admitindo a retroatividade da lei, em determinados casos, *verbis*:

“As leis não têm o efeito retroativo, salvo as que regulam assunto de ordem ou de direito público, qual a abolição de uma

11 Paul Roubier — obra citada — p. 125.

12 Marcel Planiol — Georges Ripert — *Traité Pratique de Droit Civil Français* — vol. VI — Paris LGDJ — 1930 — pp. 34/35.

13 Federico de Castro y Bravo — *Derecho Civil de España* — 2ª edição — vol. I — Madrid — 1949 — pp. 651/652.

14 ...

instituição e o estado e a capacidade das pessoas, respeitados os fatos consumados, isto é, que produziram todos os efeitos de que eram suscetíveis.”

O Supremo Tribunal Federal, antes da vigência do Código Civil, como demonstram julgados citados por JOSÉ AFONSO MENDONÇA DE AZEVEDO¹⁵, em seu livro *A Constituição Federal interpretada pelo Supremo Tribunal Federal*, sufragou a retroatividade das leis de ordem pública, *verbis*:

“136 — As leis de ordem pública retroagem...” (4-12-1909).

“146 — Contra as leis de ordem pública não podem ser invocados direitos adquiridos.” (6-12-1916).

Identificando nas formulações privatísticas a sede e a fonte de limitações e de condicionamentos ao direito adquirido e à irretroatividade das leis, não pretendo excluir a doutrina publicística de contribuição no mesmo sentido. O que assinalo é a predominância e mesmo a primazia daquelas formulações no domínio do Direito Privado.

No campo do Direito Público, destaco a posição de LEON DUGUIT que, como vimos, negou a existência de direitos adquiridos e formulou doutrina atenuadora da irretroatividade das leis, com a limitação de seu campo de incidência. Partindo da distinção entre situações jurídicas subjetivas e situações jurídicas objetivas, o notável mestre da Faculdade de Direito de Bordeaux converteu esta segunda categoria na área das leis retroativas. As situações jurídicas subjetivas, segundo DUGUIT¹⁶, são especiais e individuais. O seu exemplo mais claro é o contrato. As situações jurídicas objetivas derivam diretamente da norma jurídica, da lei positiva. São situações gerais e permanentes. A lei nova não pode modificar uma situação jurídica subjetiva, e se ela o fizer, a lei será retroativa e contrária ao direito superior. A lei nova se aplica, ao contrário, às situações objetivas ou legais¹⁷. Reconhecendo a intangibilidade das situações jurídicas subjetivas e a inerente modificabilidade das situações objetivas pela aplicação a elas da lei nova, DUGUIT, mediante uma distinção cerebrina, reduziu o campo de incidência da irretroatividade das leis e alargou os casos de aplicação da retroatividade. O mestre de Bordeaux ofereceu,

15 José Afonso Mendonça de Azevedo — *A Constituição Federal Interpretada pelo Supremo Tribunal Federal* — Rio de Janeiro — 1925 — pp. 48-49.

16 Léon Duguit — *Traité de Droit Constitutionnel* — v. I — Paris — 1927 — pp. 306, 308, 312, 313.

17 Léon Duguit — obra citada — pp. 238/239.

desta forma, a contribuição publicística à corrente privatística que preconiza limitações ao princípio da irretroatividade das leis.

5. O princípio do direito adquirido, que a doutrina civilística concebeu como projeção da irretroatividade das leis, não ingressou direta e imediatamente na Constituição. Também na ordem constitucional a primazia coube ao princípio da irretroatividade, que se converteu em regra da Constituição, enquanto o direito adquirido se comportava como princípio-reflexo daquele, sem dispor da incorporação ao plano da norma constitucional.

No constitucionalismo ocidental, a Constituição norte-americana de 1787 exprime o momento inaugural da irretroatividade da lei com o alcance hierárquico de norma suprema. O artigo 1.º — Seção 9 —, em sua cláusula 3, veda ao Congresso aprovar *bill of attainder* ou lei *ex post facto* (*No bill of attainder or ex post fact law shall be passed*). Na lição dos intérpretes da Constituição norte-americana, o *bill of attainder* é o ato legislativo que impõe uma pena sem processo judicial e a lei *ex post facto* a que torna criminoso o ato realizado antes de sua sanção e que era reputado inocente na época de sua prática. Proibindo a pena sem processo judicial e a qualificação de criminoso a ato praticado anteriormente à vigência da lei nova, a irretroatividade da Constituição norte-americana é de natureza criminal, vedando leis penais retroativas. Essa preferência pela irretroatividade das leis penais, como objeto e matéria da regra constitucional, reproduziu-se no constitucionalismo francês do final do século XVIII, no período da Revolução de 1789.

Com efeito, a proteção constitucional da irretroatividade da lei penal firmou-se, originariamente, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, posteriormente convertida no texto inicial da Constituição Francesa de 3 de setembro de 1791, cujo artigo 8.º dispunha, *verbis*:

“La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.”

A Constituição Girondina de 1793, permanecendo no domínio da irretroatividade da lei penal, inseria nos artigos 15 e 16 de sua Declaração de Direitos duas regras protetoras, para dispor, na primeira, que ninguém poderia ser punido senão pela lei estabelecida e promulgada antes do crime e, na segunda regra, qualificar de ato arbitrário a lei que procedesse de forma contrária, isto é, considerasse delito fato anterior à sua existência, dando ao efeito retroativo da lei o caráter de crime, *verbis*:

“Nul ne doit être puni qu'en vertu d'une loi établie, promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée.” (Art. 15.)

“La loi qui punirait des délits commis avant qu'elle existat serait un acte arbitraire. L'effet rétroactif donné à la loi est un crime.” (Art. 16.)

A Declaração de Direitos, que precedeu o Ato Constitucional de 1793, reproduziu, em seu artigo 14, as duas regras da Constituição Girondina, a elas acrescentando o princípio da defesa no processo.

A irretroatividade ampla, para abranger a lei criminal e a lei civil, tornou-se regra da Declaração de Direitos da Constituição republicana de 1793, superando a restrita irretroatividade da lei penal, consagrada nos textos anteriores, *verbis*:

“Aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif.” (Art. 14.)

As Constituições Francesas de 1799 e 1814, a Carta Constitucional de 1830 e a Constituição da República de 1848 não inscreveram em seus textos a regra da irretroatividade da lei penal, como nos documentos constitucionais de 1791 e 1793, nem a irretroatividade conjunta da lei penal e da lei civil, consagrada na Constituição de 1793. Num e noutro sentido, a irretroatividade perdeu a primazia de norma constitucional. Com a exceção das Leis Constitucionais de 1875, que silenciaram quanto ao princípio da irretroatividade, mantendo sua desconstitucionalização, as Constituições mais recentes de 1946 e 1958, prosseguindo na técnica iniciada na Constituição de 1852 (art. 1.º), preferiram reafirmar os Direitos e as Liberdades do Homem e do Cidadão de 1789, limitando-se a acrescentar princípios políticos, econômicos e sociais particularmente necessários ao nosso tempo, como fez a Constituição de 1946, em procedimento reiterado pela Constituição de 1958. Tendo conservado em seu Preâmbulo a Declaração de 1789 e deixando de a ela acrescentar outros princípios, verifica-se que a Constituição Francesa de 1958 manteve a irretroatividade de conteúdo penal, sem alcançar a irretroatividade da lei civil, que é, como vimos, posterior a Declaração de 1789 e à Constituição de 1791. Na França, perdurando a irretroatividade da lei penal, em norma constitucional, relegou-se a irretroatividade da lei, em sentido amplo, ao plano da lei ordinária, sob o comando do artigo 2.º do Código Civil de 1804, *verbis*:

“La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif.”

DE PAGE¹⁸ considera o artigo 2.º do Código Civil Francês *um princípio fundamental do direito*, valendo como

“un précepte pour le législateur, une obligation pour le juge et une garantie pour les citoyens.”

18 *Henri de Page* — obra citada — p. 211.

Situação idêntica, no tocante à irretroatividade restrita à lei penal, é a que se contém na Constituição da República da Itália de 1947. O artigo 25, segundo inciso, da Constituição italiana limitou-se a dispor que

“Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.”

A irretroatividade ampla constitui regra das *Disposições sobre Leis em Geral*, texto que precede ao Código Civil, cujo artigo 11, regulando a eficácia da lei no tempo, reproduz o enunciado do Código Civil Francês, *verbis*:

“La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo.”

Comentando a dupla categoria de normas sobre irretroatividade, uma na Constituição, com alcance restrito à lei penal, e outra na legislação ordinária, dotada de alcance genérico, *Carlo Cereti*¹⁹ assinalou que a irretroatividade prevista no texto introdutório do Código Civil encerra um princípio geral do ordenamento jurídico, que deve ser observado por todos, sem constituir, entretanto, limite jurídico para os órgãos legislativos. Estes órgãos poderão atribuir efeito retroativo à lei formal, pois, em matéria não penal, a irretroatividade é princípio de política legislativa, que pode ser ultrapassado pelo próprio legislador, quando necessário. Em matéria penal, ao contrário, a irretroatividade constitui limite insuperável, imposto pelo artigo 25 da Constituição.

Estendendo a comparação ao Direito latino-americano, registramos a posição correspondente do Direito argentino. A Constituição argentina de 1.º de maio de 1853 e as sucessivas reformas de 1860, 1866, 1898 e 1967 contemplam a irretroatividade da lei penal, dispondo que ninguém será penalizado sem processo prévio fundado em lei anterior ao fato, nem julgado por lei inexistente na época do fato (art. 18). A irretroatividade ampla, para a legislação de caráter não penal, como na França e na Itália, abrigou-se no artigo 3.º do Código Civil da República Argentina, de 1.º de janeiro de 1871, em redação de idêntico conteúdo à dos Códigos Civis da França e da Itália, na sua primeira parte, *verbis*:

“Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos.”

19 *Carlo Cereti* — *Corso di Diritto Costituzionale Italiano* — 5ª edição — Giappichelli Editore — 1958 — p. 363.

A irretroatividade da lei penal, como regra da Constituição, e a irretroatividade da lei, de forma ampla, na legislação ordinária codificada, torna invulnerável a primeira categoria de normas, acarretando a sanção da inconstitucionalidade, em caso de sua transgressão. A irretroatividade da lei na legislação ordinária, não obstante o seu caráter de princípio fundamental do direito e de regra de política legislativa, fica submetida ao juízo e conveniência do legislador, que poderá ultrapassá-la em outra lei. Gerando o direito adquirido, que é princípio-reflexo da irretroatividade, a intangibilidade desse direito fica comprometida quando a irretroatividade ampla não constituir *princípio constitucional*.

O Código Civil Argentino, inovando a regra do Código Civil Francês, reproduzida no Código Italiano, reforçou a segurança jurídica dos direitos adquiridos, acrescentando à proibição do efeito retroativo a de que as leis não podem alterar direitos já adquiridos. A lei posterior, que atingi-los, violando princípios da lei geral, ensejará sempre a proteção jurisdicional dos direitos adquiridos. Na França e na Itália, a noção de direitos adquiridos perdura na doutrina e na jurisprudência, sem a eficácia e a energia do princípio legal conferido pelo Direito argentino.

6. O constitucionalismo brasileiro, desde o seu texto inicial, em 1824 consagrou o princípio da irretroatividade ampla, desconhecendo a técnica da irretroatividade parcial, preferida nas Constituições dos Estados Unidos de 1787, da Argentina de 1853, da Itália de 1947 e da França de 1958.

O tratamento constitucional da matéria no Direito Brasileiro pode ser destacado em dois períodos. No primeiro, a irretroatividade ampla se localiza na Constituição e a proteção do direito adquirido adviria, inicialmente, daquela irretroatividade, como princípio-reflexo, para, posteriormente, decorrer de regra expressa do direito ordinário, convivendo com o princípio constitucional da irretroatividade. No segundo período, a irretroatividade ampla foi absorvida pelo direito adquirido, que se tornou princípio constitucional, invulnerável pela lei ordinária.

A Constituição do Império de 25 de março de 1824 e a Constituição da República de 24 de fevereiro de 1891 pertencem ao primeiro período, consagrando nos respectivos textos a irretroatividade ampla, da qual se projetava o princípio do direito adquirido, corolário da irretroatividade e a ela inerente, por relação congênita. Na Constituição do Império, a irretroatividade, que ingressou no título final — Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros — se condensava na breve regra do artigo 179, § 3.º, o qual, referindo-se à lei já mencionada nos parágrafos 1.º e 2.º, dizia, simplesmente, *verbis*:

“A sua disposição não terá efeito retroativo.”

PIMENTA BUENO²⁰, o melhor exegeta da Constituição do Império, ponderava que

“o sagrado princípio da não-retroatividade da lei deve ser respeitado ainda mesmo no caso de interpretação.”

Na Constituição Federal de 1891, a irretroatividade ampla da lei deslocou-se da Declaração de Direitos, para tomar a forma de vedação de leis retroativas, dirigida à União e aos Estados, como regra das Disposições Preliminares da Organização Federal, contida no artigo 11, § 3.º, *verbis*:

“É vedado aos Estados, como à União, prescrever leis retroativas.”

RUI BARBOSA²¹, o maior intérprete da Constituição de 1891, não foi, entretanto, seguido quando deu ao princípio constitucional inteligência restrita, para confiná-lo nos limites da irretroatividade da lei penal, a exemplo da Constituição norte-americana, a qual, como se viu, adotou terminologia adequada ao alcance da irretroatividade criminal, o que não se verificou na Constituição Brasileira da 1.ª República. A Constituição de 1891, na linha da Constituição do Império (art. 179 — 11), manteve na Declaração de Direitos, em regra autônoma, a proibição de retroatividade da lei criminal, consagrando o princípio da exigibilidade da lei anterior, *verbis*:

“Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada” (art. 72, § 15).

Na vigência da Constituição de 1891, a promulgação do Código Civil, pela Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, com vigência em igual data do ano seguinte, incorporou ao ordenamento jurídico a definição de direito adquirido, que se tornou princípio legal autônomo, desprendendo-se da condição anterior de princípio-reflexo da irretroatividade da lei. A Introdução ao Código Civil não só definiu (art. 3, § 1.º) como impôs à lei o respeito ao direito adquirido (art. 3), *verbis*:

“A lei não prejudicará, em caso algum, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, ou a coisa julgada.

Consideram-se adquiridos, assim, os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo

20 José Antônio Pimenta Bueno — *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império* — Rio de Janeiro — 1857 — p. 394.

21 Rui Barbosa — *Comentários à Constituição Federal Brasileira* — Coligidos e ordenados por Homero Pires — vol. I — 1932 — p. 375.

de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem" (art. 3, § 1.º).

As Constituições Federais de 1934, 1946, 1967 e 1988 integram o segundo período do constitucionalismo brasileiro, quando o direito adquirido tornou-se princípio constitucional, absorvendo nele a irretroatividade da lei, que deixou de figurar no enunciado da Constituição, por sua absorção na regra do direito adquirido.

A Constituição de 1934 fixou o princípio constitucional do direito adquirido na Declaração de Direitos, conforme formulação iterativamente reproduzida nas Constituições de 1946 (art. 141, § 3.º), de 1967 (art. 150, § 3.º) e de 1988 (art. 5.º — XXXVI), *verbis*:

"A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."

A partir da Constituição de 1934, introduziu-se a inovação de contemplar a retroatividade da lei penal benéfica ao réu, *verbis*:

"A lei penal só retroagirá quando beneficiar o réu" (art. 113 — 27).

A Carta de 1937, que instituiu regime autoritário, não manteve o princípio da intangibilidade do direito adquirido, que experimentou processo de desconstitucionalização, nem reiterou a retroatividade benéfica da lei penal, que desapareceu da norma constitucional. Não proscreveu as leis retroativas, como vedação à União e aos Estados, e assim a ablação constitucional do princípio foi completa, conferindo ao legislador ordinário completa discricionariedade. A Carta de 1937 substituiu a retroatividade benéfica por outro princípio, segundo o qual *as penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores* (art. 122 — 13), o que não corresponde ao conteúdo mais liberal da retroatividade da lei penal benéfica. Na vigência da Carta de 1937, a nova Lei de Introdução do Código Civil (Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942), revogou o artigo 3.º da anterior Introdução ao Código Civil, que assegurava o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, deixando aberta a possibilidade de leis retroativas, se assim dispusesse a própria lei, como facultava a ressalva — *salvo disposição expressa em contrário* —, que figurava no artigo 6.º da Lei de Introdução de 1942, *verbis*:

"A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito."

A Lei n.º 3.238, de 1.º de agosto de 1957, na vigência da Constituição de 1946, restabeleceu na sua plenitude o princípio do direito adquirido, em obediência ao preceito que o consagrara na norma constitucional superior.

7. Sendo pacífica no Direito Brasileiro a intangibilidade do direito adquirido, quando considerado em relação à lei ordinária, *que não poderá prejudicá-lo*, cabe, finalmente, apurar se a Constituição, que consagra o direito adquirido, poderá dispor contrariamente a ele.

A questão se situa no campo da competência do poder constituinte originário, se for o caso de nova Constituição, e na do poder constituinte de revisão, de emenda ou de reforma, para os casos de alteração do texto constitucional existente.

As grandes revoluções, determinando profundas alterações na estrutura política, social e econômica, não se detiveram diante das situações consolidadas anteriormente, deixando de reconhecer o direito adquirido.

No curso da Revolução Francesa de 1789, LASSALLE²² cita como representativas da negação do direito adquirido as leis da Convenção de 1793, dispondo sobre sucessões ocorridas desde 14 de julho de 1789, com efeito retroativo. A abolição do regime feudal, de seus direitos e deveres, sem indenização, por ato da Assembléia Nacional, sepultou direitos adquiridos, dentro do processo revolucionário francês de 1789. A Constituição Francesa de 1791 legitimou e consagrou a derrocada do antigo regime, como se lê em sua introdução, segundo a qual:

“Il n’y a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d’ordres, ni régime féodal, ni justices patrimoniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives qui en dérivèrent, ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations, pour lesquelles on exigeait des preuves de noblesse, ou qui supposaient des distinctions de naissance, ni aucune autre supériorité, que celle des fonctionnaires publics dans l’exercice de leurs fonctions. Il n’y a plus ni vénalité, ni hérédité d’aucun office public. Il n’y a plus, pour aucune partie de la Nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au droit commun de tous les Français. Il n’y a plus ni jurandes, ni corporation de professions, arts et métiers. La loi ne reconnaît plus ni voeux religieux, ni aucun autre engagement qui serait contraire aux droits naturels ou à la Constitution.”

22 Ferdinand Lassalle — obra citada — p. 476.

Em outra manifestação radical do que LASSALLE chamou de mudanças bruscas da história moderna, quando a consciência geral do direito produz uma nova ordem de coisas — “les changements soudains et brusques que l’histoire moderne a enregistrés en si grand nombre et où la conscience générale de droit engendre un nouvel ordre de choses”²³ —, à Revolução Comunista de 1917, igualmente sucumbiram na voragem revolucionária o direito adquirido e as instituições do direito anterior. A Declaração dos Direitos dos Povos da Rússia, de 15 de novembro de 1917, o primeiro documento político após a deflagração daquela Revolução, suprimiu a propriedade e proclamou a libertação dos camponeses do poder dos proprietários da terra. A nova relação de forças projetou-se na Constituição da República Socialista Federativa Soviética Russa, de 10 de julho de 1918, a primeira Constituição Soviética Russa, responsável pela organização da República dos Soviets dos operários, soldados e camponeses. A nova ordem constitucional fundava-se na socialização da terra, na abolição da propriedade privada, com a transferência aos trabalhadores, sem nenhuma indenização, de todas as terras, consideradas, doravante, patrimônio do povo (art. 3.º, *a — b*). Converteu em propriedade do Estado Soviético as fábricas, as oficinas, as ferrovias, outros meios de produção e de transporte e os bancos (art. 3.º — *c — e*). Confirmou o repúdio aos empréstimos contraídos pelo Governo Czarista (art. 3.º — *d*). Declarou que a tarefa fundamental da Constituição consistiria na instauração da ditadura do proletariado da cidade e do campo (art. 9). A Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1936, que sucedeu à de 1923, tornando-se a terceira Constituição Soviética, dentro da concepção marxista de Constituição balanço, registradora das conquistas já obtidas, estruturou o poder em função do sistema socialista e da propriedade socialista dos instrumentos e dos meios de produção, que decorreram da anterior liquidação do sistema econômico capitalista, da abolição da propriedade privada dos instrumentos e dos meios de produção, como recorda o artigo 4.º da Constituição de 1936.

As Revoluções Francesa de 1789 e a Soviética de 1917 são modelos das revoluções que estabeleceram nova ordem política e social, destruindo a ordem anterior. A fratura, num e noutro caso, foi violenta e os direitos adquiridos da nobreza feudal, da aristocracia territorial e das classes dominantes receberam golpe mortal.

O Poder Constituinte, que implantou a República Burguesa na França e a Ditadura do Proletariado, na União Soviética, não só liquidou direitos adquiridos das classes dominantes, como não chegou sequer a conceber a idéia da proteção do direito adquirido, antepondo esse direito a lei que resultasse da atividade do legislador. A Revolução Soviética expropriou

²³ *Ferdinand Lassalle* — obra citada — pp. 475/476.

a propriedade privada e socializou os meios e instrumentos de produção. A Revolução Francesa de 1789, criando as condições favoráveis à implantação e apropriação da propriedade privada pela burguesia, não estendeu a esta instituição o amparo do princípio constitucional da irretroatividade das leis, que os textos constitucionais restringiram, como vimos, a irretroatividade da lei criminal, protegendo a liberdade física. Na França, a irretroatividade da lei civil surgiu mais tarde, para desaparecer, em seguida, o que impediu a formulação do *direito adquirido como princípio* constitucional, dotado de força inibidora da atividade contrária do legislador. O desdobramento verificado no sistema jurídico francês, a partir do Código Civil de 1804, incorporando o princípio legal da irretroatividade ampla, permitiu o reconhecimento do direito adquirido como situação decorrente da irretroatividade legal, sem alcançar, entretanto, a supremacia de princípio constitucional.

8. As mudanças operadas na fisionomia do regime político brasileiro não atingiram a profundidade das alterações que decorreram de processo revolucionário radical.

A passagem do regime monárquico ao regime presidencial não se fez acompanhar de traumatismos sociais e econômicos. A vida pública republicana recebeu a colaboração de antigos monarquistas e a presença de antigos Conselheiros do Império nos cargos de relevo da administração republicana justificou que se desse à Primeira República a qualificação de *República de Conselheiros*. Pode-se dizer que a medida mais drástica ficou representada pelo trecho constitucional de 1891 que, pondo ênfase na igualdade de todos perante a lei, solenemente declarava:

“A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho” (art. 75, § 2.º).

A Constituição de 1891 afirmou a continuidade entre o direito antigo e o direito novo, desde que compatível com a Constituição e os princípios nela consagrados, *verbis*:

“Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime no que explícita ou implicitamente não forem contrárias ao sistema de governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados” (art. 83).

A ruptura que a Revolução de 1930 introduziu no ordenamento jurídico de 1891 não dispensou as cautelas compatibilizadoras entre o direito

anterior e a ordem que emanava do exercício de poderes discricionários do Governo Provisório. O Decreto n.º 19.398, de 11 de novembro de 1930, que institucionalizou a Revolução, de autoria de consagrado Jurista, o Dr. Levy Carneiro, se distingue pelo conjunto de limitações que traçava ao emergente poder revolucionário, prescrevendo o exercício da atividade judiciária consoante “as leis em vigor” (art. 3.º), assegurando a vigência das Constituições federais e estaduais, as leis e decretos federais, as posturas, deliberações e outros atos municipais (art. 4.º), declarando em vigor as obrigações e os direitos resultantes de contratos, de concessões ou outras outorgas (art. 7.º), proclamando vigentes e obrigatórias todas as relações jurídicas entre pessoas de direito privado e dando expressa garantia aos respectivos *direitos adquiridos* (art. 6.º). A Constituição de 1934, que decorreu do processo revolucionário de 1930, manteve a regra da continuidade do direito anterior compatível com as disposições constitucionais novas (art. 187) e erigiu o direito adquirido em garantia individual, que a lei não prejudicará (art. 113-3). As Constituições de 1946, 1967 e 1988 não se afastaram dessa linha, que assegura a continuidade do direito anterior não incompatível com a Constituição nova, e a garantia individual do direito adquirido. A Carta de 1937 distanciou-se desse procedimento quando desconstitucionalizou o *direito adquirido*, que perdeu a natureza de princípio constitucional no plano das garantias individuais. Não obstante essa ruptura, para favorecer a liberdade normativa do legislador, que se tornou prerrogativa exclusiva do Presidente da República, através da plétórica edição de decretos-leis, manteve a regra da continuidade das leis anteriores compatíveis com a Constituição.

Em face desses fundamentos, que caracterizam o Direito Constitucional Brasileiro, é necessário analisar e aplicar com prudência a regra jurisprudencial de que

“Não pode haver direito adquirido contra preceito expresso da Constituição” (RDA — 24:57 — 54:215).²⁴

A inexistência do direito adquirido há de decorrer de incompatibilidade entre ele e a Constituição, que é o caso extremo da inaplicabilidade e descontinuidade do direito anterior. A Constituição, por decisão soberana do constituinte originário, poderá revogar o direito adquirido, da mesma forma que revoga as leis anteriores incompatíveis. Como a sucessão constitucional no Brasil não se opera por mudanças violentas e se faz acompanhar da continuidade no tempo das leis anteriores, os casos de conflito entre a Constituição e o direito adquirido serão reduzidos, quando não raros. Em

²⁴ Pinto Ferreira — *Comentários à Constituição Brasileira* — 1º volume — 1989 — Editora Saraiva — p. 148.

nosso sistema, a Constituição é fonte protetora do direito adquirido, sobrepondo-o à lei.

Não se recusa ao constituinte originário desfazer o direito adquirido. O que se assinala é a ocorrência rara desse desfazimento pelo respeito do constituinte brasileiro ao princípio da continuidade das leis. Esse princípio pode ser expresso, quando assim consagrado na Constituição, ou poderá decorrer do regime e de outros princípios adotados pela Constituição, para integrar o conjunto inominado dos *princípios decorrentes*, como se dá na Constituição da República de 1988 (art. 5.º, § 2.º). Nesta Constituição, localizamos uma das raras e explícitas recusas de aplicação do direito adquirido. Trata-se do artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que veda a invocação do direito adquirido nos casos de percepção de vencimentos, remuneração, vantagens, adicionais e proventos em desacordo com a Constituição.

O Poder Constituinte de Revisão participa dos mesmos condicionamentos, que agem sobre o poder constituinte originário, em matéria de direito adquirido, sobressaindo-se, nesse domínio, o princípio da continuidade das leis, salvo incompatibilidade com a norma constitucional.

Há diferença de grau e de intensidade entre o Poder Constituinte originário e o Poder Constituinte de Revisão. A Constituição da República de 1988 aprofundou essa distinção, ao ampliar as limitações materiais que incidem no exercício do Poder Constituinte de Revisão, estabelecendo que não poderá ser 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 (art. 60, § 4.º — I — II — III — IV). Ao incluir no rol da matéria vedada ao poder de constituinte de revisão a emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, a Constituição transformou o título II da Constituição, que abrange os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5.º — I até LXXVII), os Direitos Sociais (artigos 6.º, 7.º — I até XXXIV, 8.º, 9.º, 10, 11), a Nacionalidade (art. 12 — I — II — III — IV — V — VI, 13), os Direitos Políticos (arts. 14, 15, 16), e os Partidos Políticos (art. 17 — I — II — III — IV) no seu núcleo irreformável e, por isso, inatingível pelo Poder de Emenda. Dentro dessa irreformabilidade, encontra-se o princípio de que a lei não prejudicará o direito adquirido (art. 5.º, XXXVI). O Poder Constituinte originário poderá, em tese, suprimir o direito adquirido, de modo geral, incluindo nessa supressão a regra que veda a lei prejudicial de direito adquirido. No caso do Poder Constituinte de Revisão, será questionável a emenda que propuser a supressão do direito adquirido assegurado pelo constituinte originário. A emenda ficará exposta a arguição de inconstitucionalidade. Por outro

lado, à emenda constitucional é vedado, por cláusula expressa da Constituição, propor a abolição do princípio que protege o direito adquirido contra a lei prejudicial a ele. O mencionado princípio é direito individual, integrando o título dos *Direitos e Garantias Fundamentais*, que a Constituição deu por irreformável.

9. No Direito Constitucional Brasileiro, a relação entre Constituição e direito adquirido conduz às seguintes conclusões:

1. A Constituição é fonte e protetora do direito adquirido.
2. Só é recusável o direito adquirido incompatível com preceito da Constituição.
3. O constituinte originário não tem exercitado, com freqüência, a competência para negar e desfazer o direito adquirido.
4. A competência desconstitutiva do direito adquirido pelo constituinte de revisão, se aquele resultou de decisão do constituinte originário ou de sua compatibilidade com a Constituição, é passível de arguição de inconstitucionalidade, por violação de decisão fundamental do constituinte originário.
5. O princípio constitucional que protege o direito adquirido contra lei prejudicial é irreformável, por se tratar de direito e garantia individual, não podendo a sua abolição constituir objeto de proposta de emenda à Constituição.
6. A proteção constitucional ao direito adquirido, que despontou, de forma expressa, na Constituição Federal de 1934, corresponde a valor incorporado à estrutura do regime político e do Estado Democrático Brasileiro.
7. As mudanças constitucionais operadas pelas sucessivas Constituições Brasileiras, mesmo no período de ruptura com o regime antigo, como na queda do Império, em 1889, e na interrupção da legalidade da Primeira República, em 1930, se distanciaram das mudanças radicais comandadas por Revoluções portadoras de nova ideologia e de novo ordenamento social, político e econômico.
8. A evolução constitucional brasileira, ao invés de opor Constituição e direito adquirido como valores antitéticos, vem promovendo a acomodação e o convívio entre Constituição e direito adquirido, que perdura até os nossos dias.