

**LUÍS ANTONIO ROSSI**

**O INSTITUTO DO DIREITO ADQUIRIDO E SEUS  
IMPASSES TEÓRICOS E SOCIAIS**

**Pontifícia Universidade Católica**

**São Paulo**

**2006**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**LUÍS ANTONIO ROSSI**

**O INSTITUTO DO DIREITO ADQUIRIDO E SEUS  
IMPASSES TEÓRICOS E SOCIAIS**

*Dissertação apresentada à banca examinadora  
como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em  
Filosofia do Direito, orientada pelo Prof. Dr. Márcio Pugliesi.*

**Pontifícia Universidade Católica**

**São Paulo**

**2006**

## FICHA CATALOGRÁFICA

Rossi, Luís Antonio  
Instituto do Direito Adquirido e seus impasses técnicos e  
teóricos / Luís Antonio Rossi. – 2006.  
122 f.; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito) – Pontifícia  
Universidade Católica, São Paulo, 2006.  
Bibliografia: f.120-122.

1.Teoria Geral do Direito 2.Direito Adquirido 3.

Filosofia do Direito

LUÍS ANTONIO ROSSI

O Instituto do Direito Adquirido e seus Impasses  
Teóricos e Sociais

Dissertação submetida à Comissão Examinadora, como requisito  
básico para obtenção do título de Mestre em Direito

BANCA EXAMINADORA

---

---

---

Aprovada em \_\_/\_\_/\_\_

*Para não cometer lapsos: a todos os que, direta ou indiretamente,  
contribuíram para o presente trabalho.*

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço a meu orientador Dr. Marcio Pugliesi, pela paciência e sabedoria de interpretação de gestos transmissores de dificuldades. A meus pais, a minha esposa a meus companheiros e companheiras de escritório, sem os quais este trabalho certamente não teria se concretizado.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 INTRODUÇÃO AO FENÔMENO DO DIREITO ADQUIRIDO .....</b>	<b>12</b>
1.1 O direito adquirido: um breve esboço e um apanhado dogmático .....	12
1.2 O direito à luz da história: a eclosão da legalidade.....	16
1.3 O direito adquirido: síntese histórica.....	24
1.4 Histórico das teorias construídas acerca do direito adquirido .....	32
1.5 A relação entre direito subjetivo e direito adquirido, abordadas pelas teorias construídas acerca do instituto .....	34
1.6 Um breve relato sobre a história do instituto do direito adquirido no Brasil.....	38
<b>2 O DEBATE TEÓRICO-DOG MÁTICO ACERCA DO DIREITO ADQUIRIDO .....</b>	<b>46</b>
2.1 Teoria subjetivista ou clássica .....	52
2.2 Teoria objetivista .....	54
2.3 Teorias subjetivista e objetivista no Brasil.....	58
2.4 A questão da expectativa do direito.....	60
2.5 Coisa julgada e ato jurídico perfeito: sua relação com o direito adquirido .....	62

2.6 O direito adquirido e a irretroatividade da lei, uma distinção dogmática relevante .....	83
2.7 Direito adquirido e ordem pública.....	96
<b>3 DESCOMPASSOS DO INSTITUTO DO DIREITO ADQUIRIDO.....</b>	<b>98</b>
3.1 Descompassos do Direito Adquirido a partir do Marxismo.....	98
3.2 Descompassos do Direito Adquirido a partir da Teoria Geral do Direito .....	100
3.3 O privilégio ao privado em face do social .....	102
<b>4 UM CASO EXEMPLAR: DECISÃO PROFERIDA PELO STF NA ADI 3105.....</b>	<b>106</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>118</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>120</b>

## RESUMO

O Direito Adquirido desenvolveu-se ao longo da história conjuntamente com o desenvolvimento do próprio Direito, tornando-se, a partir da formação tecnicista do Direito, um instituto dogmático de natureza complexa, construído por teorias dos séculos XVIII e XIX, que, amoldadas ao caráter individualista de antanho, ingressou em profunda crise de anacronismo frente às modificações sociais havidas a partir de meados do século XX. Numa análise histórica, dogmática, filosófica, verifica-se que a construção do Direito Adquirido não responde aos reclamos sociais hodiernos, enfrentando o instituto uma crise de identidade, que se reflete a partir das incertezas de sua aplicação, seus descompassos frente a evolução da Teoria Geral do Direito e mesmo de uma análise marxista do Direito. Um exemplo pontual repousa em recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, citado no último capítulo, cujo teor, ao abordar o Direito Adquirido, aponta para os descompassos do instituto diante de uma mudança estrutural da sociedade. As complexidades teóricas que envolvem o conceito estrutural do instituto e seu descompasso frente aos reclamos atuais, apontam, à guisa de solução para a crise, a um retorno às raízes, para que o Direito Adquirido seja contemplado como um princípio de impedimento da retroatividade da lei, de revolvimento dos fatos efetivamente consumados, afastado, assim, o ranço individualista que impregna sua estrutura teórica.

Palavras-chaves: 1. Direito Adquirido 2. Teoria Geral do Direito 3. Filosofia do Direito

## **ABSTRACT**

Acquired Right has been developed over the years, alongside the development of Law itself and has become a complex-natured dogmatic institute set off by the Legal technical formation. Based on theories from the XVIII and XIX centuries molded according to the past individualistic character, Acquired Right has been facing a severe crisis of anachronism over the social modifications that occurred over the XX century. From a historical, dogmatic and philosophical analysis, it is possible to verify that the construction of Acquired Right does not respond to the modern social claims, which leads to an institutional identity crisis, reflected by the uncertainties of its application, by its disarrangement facing the evolution of General Legal Theory and even by a Marxist analysis of Law. A prompt example lies in a recent trial held in the Supreme Court, cited in the last chapter, whose content, by addressing Acquired Right, indicates the disarrangements of the institute over a social structural change. The theoretical complexities involving the institute's structural concept and its disarrangement over the current claims indicate, as a solution to the crisis, a return to the origins, so that Acquired Right be contemplated as an impediment principle of law retroactivity, of effectively consummated-fact revolving, which pushes aside the individualistic animosity that permeates its theoretical structure.

Key-words: 1. Acquired Right 2. General Legal Theory 3. Legal Philosophy

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a uma análise jurídica do instituto do Direito Adquirido, sempre tendo presente as vertentes filosófica, histórica, social e econômica que esculpiram esse instituto ao longo de sua existência. O texto aborda, além de um conceito dogmático do Direito Adquirido, a manifestação do instituto ao longo da história, sua construção tecnicista – a partir do surgimento tecnicista do próprio Direito –, os percalços e ramificações teórico-dogmáticas do instituto a partir de seu modelo tecnicista, até desaguar numa demonstração dos descompassos do instituto, a revelar sua fragilidade frente aos reclamos sociais de um Estado de demandas coletivas.

Em termos metodológicos, a presente dissertação trata dos descompassos do Direito Adquirido a partir do Marxismo e a partir da Teoria Geral do Direito. Os descompassos vislumbrados são decorrentes, a rigor, da instalação que o instituto promove do privilégio ao privado em face do social. A dissertação termina por citar um caso exemplar acerca destes descompassos: uma recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em apreciação À

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) sob n. 3105, cujo teor invoca violação a Direito Adquirido, na qual o voto de cada um dos Ministros daquela Corte de Justiça exprime os percalços teóricos do instituto.

## **1 - INTRODUÇÃO AO FENÔMENO DO DIREITO ADQUIRIDO**

### **1.1 O Direito Adquirido: um breve esboço e um apanhado dogmático**

Adquirir um Direito significa tornar-se o seu titular. Para isso é preciso que se obedeam às normas de conduta, a partir do que a situação jurídica resulta configurada. Diz-se, assim, configurada a irretroatividade da eficácia da lei nova, a qual somente conhece exceções no que se refere ao Direito Penal e ao Direito Tributário, institutos onde se permite a retroação da lei para o benefício do réu ou do contribuinte.

Por irretroatividade da lei, com efeito, deve-se entender que a eficácia retroativa da lei, possível em tese, é inadmissível desde que a incidência da lei antiga tenha ocorrido plenamente, pois preenchidas as condições da lei antiga pelo titular do Direito subjetivo, considera-se o Direito como adquirido, porquanto houve a incidência no sentido de que o adquirente

está apto a exercê-lo. O princípio do Direito Adquirido protege a situação de titular já adquirida.

No ordenamento jurídico brasileiro a irretroatividade da lei tem *status* constitucional. Afora o comando apresentado pela Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 6º, onde está escrito que “a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”, assinalado, em seu § 2º que “consideram-se direitos adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”. Há de se ressaltar as regras do art. 5º, XXXVI, XL, da Lei Penal e art. 150, III, da Lei Tributária – preceitos constitucionais com o intuito de resguardo ao Direito Adquirido.

Numa perspectiva dogmática, autores como Sidou (2001, p.278) abordam o Direito Adquirido como aquele que é produzido por um fato idôneo, decorrente de uma lei existente ao tempo em que se produziu, e que pode ser exercido, integrando o patrimônio de quem o adquiriu, sendo, desse modo, imodificável por lei posterior. O Direito Adquirido pode ainda ser atual – quando de exercício imediato – ou futuro – quando a aquisição não se acabou de operar. Mas o Direito Adquirido não pode ser confundido com a mera expectativa do Direito ou com faculdades.

Os Direitos concretos e adquiridos compreendem aqueles que, dentro da esfera do poder facultado pelas leis relativas às pessoas e às coisas,

têm em vista um determinado e vantajoso efeito, por essas leis contemplado de forma explícita ou implícita. Surgem nos indivíduos ou devido à onerosidade humana, ou em decorrência direta da própria lei, em seguida a fatos e circunstâncias nos modos e condições por ela preestabelecidas.

Tem-se, desse modo, que a faculdade é anterior ao Direito Adquirido e consiste em um simples meio para adquiri-lo. A expectativa, por sua vez, configura-se como a mera esperança de um Direito que, pela ordem natural das coisas, e em conformidade com uma legislação existente, entrará certamente para o patrimônio de uma pessoa quando se realizar um acontecimento previsto.

Assim, o Direito Adquirido difere da expectativa, porque já entrou para o patrimônio de um indivíduo. Uma nova lei, não pode, portanto, revogar um direito de tal expressividade, conquistado pelos cidadãos.

De acordo com Bulos (2006), denomina-se Direito Adquirido aquele que já foi integrado ao patrimônio e à personalidade de seu titular, de forma que nem norma, nem fato posterior possam vir a alterar situação jurídica já consolidada sob sua égide. Na verdade, trata-se de todo aquele direito que é consequência de um fato idôneo para gerá-lo em virtude de norma aplicada antes da entrada em vigor de uma nova norma relacionada ao mesmo assunto e que, nos termos do preceito inovador sob o comando do qual o fato aconteceu, tenha ele (o direito originado do fato acontecido) entrado, de imediato, a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.

Dentre os operadores do Direito Constitucional, Bastos (2001, p. 58)

afirma que:

[...] o direito adquirido consiste na faculdade de continuar a extraírem-se efeitos de um ato contrário aos previstos pela lei atualmente em vigor, ou, se preferirmos, continuar-se a gozar dos efeitos de uma lei pretérita mesmo depois de ter ela sido revogada. Portanto, o direito adquirido envolve sempre uma dimensão prospectiva, vale dizer, voltada para o futuro.

Para França (1982), o direito adquirido ou intertemporal consiste no fato de que os fatos consumados na vigência de uma lei continuam a produzir os mesmos efeitos, mesmo que com a vigência de uma nova lei. Assim, pela teoria do direito adquirido prefere-se a situação jurídica como expressão mais à determinação da eficácia de uma nova lei.

As leis responsáveis por regular uma determinada situação jurídica não podem atingir, sem retroatividade, as situações jurídicas anteriormente constituídas. Daí se infere que uma situação jurídica estabelecida de forma válida segundo a lei então em vigor não pode ser considerada irregular em decorrência de uma lei posterior. Em outras palavras, isso quer dizer que a validade de uma situação, em conformidade com a lei do dia de sua criação, não pode ser colocada em questão por uma lei posterior. Porque importa a duração da criação da situação jurídica, desde que esta criação tenha ocorrido antes da lei nova (FRANÇA, 1982).

A constituição de uma situação jurídica pode ainda se apresentar sob a forma de um estado contínuo (prescrição aquisitiva). Acerca disto, pode-se afirmar que, uma vez terminada essa formação, uma nova lei, que não mais a permitir, não poderá ser aplicada às situações completamente criadas sob a lei precedente, sem que haja retroatividade. Assim, por exemplo, a prescrição aquisitiva consiste em uma situação que não se estabelece senão com uma posse de longa duração: enquanto a prescrição permanece em curso, enfrenta-se uma situação em processo de formação e o problema do efeito de uma nova lei refere-se à questão do efeito imediato da lei.

No entanto, França (1982) explica que a partir do momento em que esta prescrição está terminada, então não pode ser mais colocada em dúvida por uma lei posterior ao seu término, sem que haja retroatividade. Nesse caso, irrelevante é o modo de criação da situação jurídica, quer se trate de um fato material ou de um ato jurídico. Da mesma maneira, não tem importância que as situações jurídicas em causa apresentem-se sob a forma de Direitos subjetivos ou sob a forma de situações jurídicas objetivas. O Direito transitório trata de proteger o próprio fato aquisitivo, cuja eficácia jurídica não pode ser eliminada por uma lei diversa daquela sob a qual ocorreu o fato.

A dogmática utiliza a irretroatividade, deveras, para ressaltar o valor da segurança jurídica, sem o qual, reclama, haveria a instauração de intermináveis conflitos. Seu objetivo, em verdade, repousa na busca de solucionar conflitos com o mínimo de perturbação social. Seu fundamento é

ideológico e refere-se à concepção liberal do Direito e do Estado, como adiante se verá.

## 1.2 O Direito à luz da história: a eclosão da legalidade

Na Antiguidade Clássica, o Direito era um fenômeno de ordem sagrada. Em Roma, foi uma ocorrência imanente a sua fundação, ato considerado miticamente como decisivo e marcante na configuração de sua cultura, por tornar-se uma espécie de projeto a ser aumentado e engrandecido no tempo e no espaço. Foi essa idéia, transmitida de geração em geração, por meio da tradição, que delineou sua expansão na forma de um império.

Nesse contexto, o Direito, forma cultural sagrada, manifestava-se através do exercício de uma atividade ética, a prudência, virtude moral do equilíbrio e da ponderação nos atos de julgar. Nesse quadro, a prudência ganhou relevância especial, recebendo a qualificação particular de *Jurisprudencia*. A Grécia, no período clássico, quando do apogeu de sua filosofia, expressava claramente o caráter prudencial do Direito, que não se vinculava meramente à formalidade da lei, como nos tempos modernos, mas tratava diretamente da distribuição das coisas e bens, portanto, de algo muito concreto. Assim, de acordo com Maman (2000, p.73) explica essa posição particular do pensamento jurídico grego:

A noção de justiça no pensamento grego, em Platão e Aristóteles, é definida brevemente na “regra de ouro”: *o seu a cada um*, que passa para o direito romano com Ulpiano: *lustia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. Daí deriva ser injustiça não dar a cada um o seu, ou seja, na base da injustiça encontra-se a privação no patrimônio, nas coisas corpóreas ou incorpóreas, nos bens ou na pessoa de outrem: portanto, tudo muito concreto, não há abstração na referência do “seu”.

O pensamento grego foi absorvido pelos romanos que, mais ainda, faziam do Direito uma prática da justiça concreta. A denominação “direito natural” iniciou-se nessas duas culturas jurídicas da antiguidade. No entanto, este conceito muito pouco lembra o Direito natural moderno. Este é técnico, atenta fundamentalmente à segurança individual. Aquele atenta à justiça natural do indivíduo na *polis*. Neste sentido, continua Maman (2000, p.73-74):

O *suum cuique*, em Aristóteles e no Direito Romano, não se funda sobre o conceito de direito subjetivo, que é estritamente moderno, mas sobre a distribuição justa dos bens, riquezas e ônus da sociedade – é o direito natural como método – “experimental” método que conduz ao encontro das soluções justas, adequadas e úteis, baseado nas virtudes da justiça e da prudência, esta disposição *sui generis* entre a ciência e a arte, que tem muito desta e bastante da filosofia, sem deixar de participar da ciência.

Assim, em Roma, o desenvolvimento da jurisprudência deu-se como um quadro regulativo muito particular. A legislação, em verdade, adstringia-se a regular matérias muito especiais. Portanto, o Direito não era algo completo, como hoje se pretende, mas sim uma forma supletiva de ordem jurídica. Não se apresentava na forma de proposições jurídicas, mas como esquema de

ação para determinados fatos-tipos, preenchidos por jurados, que, através de suas decisões, formavam a jurisprudência.

A palavra jurisprudência, uma das expressões usadas pelos romanos, ao de disciplina, *sicentia*, *ars*, *notitia*, para designar um saber jurídico, consistia numa virtude desenvolvida pelo homem prudente, capaz de sopesar soluções, apreciar situações e tomar decisões. Para que ela se exercesse era necessário o desenvolvimento de uma arte no trato e confronto de opiniões, proposições e idéias que, contrapondo-se, permitiam uma explanação das situações. Essa arte corresponde ao que Aristóteles chamava de dialética, a arte das contradições, que ensinava a discutir, confrontar as opiniões, formando um procedimento crítico.

Mora (2001), ao conceituar a dialética, admite que o termo possui diversos significados na sociedade contemporânea, mas na Antiguidade Clássica era realmente entendido como uma arte e possuía estreita relação com o vocábulo “diálogo”. Assim, a “arte dialética” pode ser definida primariamente como “arte do diálogo”. Enquanto no diálogo existem pelo menos dois lados que se contrapõem entre si, na dialética, há duas “razões” ou “posições” entre as quais se estabelecem precisamente um diálogo, ou seja, um confronto no qual há uma espécie de acordo no desacordo. Há também sucessivas mudanças de posições induzidas por cada uma das posições “contrárias”.

O uso da técnica dialética no desenvolvimento do pensamento prudencial conduziu os romanos a um saber considerado de natureza prática. No desenvolvimento desse saber, os romanos, sem dúvida, produziram definições duradouras e critérios distintivos para as diferentes situações em que se manifestavam os conflitos jurídicos de sua práxis. O pensamento prudencial manifestou como um poder de argumentar e de provar. As figuras construtivas da dogmática nascente deixam de ser imanente da ordem jurídica para serem mediação entre esta e as decisões concretas.

Estas características denotam que aos antigos o Direito era definido não como técnica, mas como arte. Assim o Direito era tratado pelo jurisconsulto Celso: *ars boni et equi*. Como arte do belo e do eqüitativo, os romanos – e de uma certa maneira os gregos e os povos antigos – compreendiam o fenômeno jurídico. De fato, o Direito Romano é a grande expressão da atividade pretoriana, do fazer justiça como arte de dar a cada um o que é seu.

Na Idade Média, pode-se dizer que o pensamento jurídico fez-se essencialmente em torno do poder real, conferido ao monarca pelos desígnios divinos. No continente Europeu, o poder real tendeu a um centralismo crescente, notadamente no que toca ao Direito centralizado nas mãos do rei. Ao se colocar o rei como personagem central e único, albergando para si a centralização de todos os poderes, permitam que fosse aflorado um importante conceito que se refletirá para sempre no mundo jurídico: o conceito de soberania. Por um tal instituto, manifestado concretamente pelo apossamento

de terras, propiciou-se uma nova forma de conceber o Direito, a partir de um princípio centralizador.

Um típico pensamento que revela o arcabouço jusfilosófico desse tempo é o hobbesiano. Hobbes (2001) sustenta que o soberano é aquele que detém todo o poder de decisão sobre os diferentes aspectos da vida em sociedade, inclusive em matéria religiosa. Se assim não fosse, a religião implicaria a existência de um poder distinto da soberania civil, o que certamente resultaria em conflitos. No entender desse filósofo deve-se garantir a soberania absoluta ao rei, desde que esse assegure a liberdade dos súditos.

Hobbes (2001, p.251) atesta:

O cargo do soberano (seja ele um monarca ou uma assembleia) consiste no objetivo para o qual lhe foi confiado o soberano poder, nomeadamente a obtenção da *segurança do povo*, ao qual está obrigado pela lei de natureza e do qual tem de prestar contas a Deus, o autor dessa lei, e a mais ninguém além dele.

A partir do Renascimento o Direito começa a perder suas ligações com o sagrado, assumindo, gradativamente, uma estrutura tecnicista. Isso significa que aos poucos, o poder soberano deixa de ser reconhecido como um poder divino.

Dessa forma, diferentemente dos antigos, os pensadores modernos, menos preocupados com as relações morais do bem na vida, passam a

trabalhar com a racionalização<sup>1</sup> das condições efetivas de sobrevivência. E essas necessidades práticas de uma sociedade que se tornou mais complexa, devido ao desenvolvimento do sistema capitalista de produção, exigem soluções técnicas que estão na base do desenvolvimento das doutrinas jurídicas. Assim, para Mascaro (2003, p.45):

As formas econômicas pré-capitalistas são socialmente estáticas, vividas a partir da experiência social, porque a divisão social antiga é estamental e a situação estamental não é o direito fungível, é poder pessoal. Por isso o direito antigo não é essencialmente técnica, mais que tudo é arte ou tragédia, é acaso ou destino, é o poder em sua forma bruta. As formas econômicas capitalistas, no entanto, são a divisão social a partir da dinâmica e não da estática, a partir da transação e não da tradição, e o direito moderno capitalista se funda na igualdade impessoal e hipotética de qualquer transação comercial e não na realidade social de cada agente concreto que se relaciona. O direito moderno é técnico porque se quer impessoal e sempre previsível; no fundo, o capitalismo se quer como lógica da reprodução econômica impessoal e previsível. O domínio, a exploração e a reprodução da natureza, que são a técnica moderna, são a fortuna dos nossos tempos enquanto o acaso parecia ser a fortuna dos antigos. Lá, direito era dádiva, aqui é técnica.

Portanto, se o problema antigo residia na adequação à ordem natural, o moderno passa a ser o domínio técnico da natureza ameaçadora. É nesse momento que emerge o temor que irá obrigar o pensador a indagar como proteger a vida contra a agressão dos outros, o que entreabre a exigência de uma organização racional da ordem social. Tal formalização é que vai ligar o pensamento jurídico ao chamado pensamento sistemático.

---

<sup>1</sup> Um dos pensadores da época do Renascimento que merece ser destacado é Kant, cuja educação esteve pautada na tradição racionalista de Christian Wolf. A razão constitui-se como um dos elementos centrais da filosofia kantiana, para o qual a consciência representa o primeiro ato da razão e nela se funda em última instância toda a experiência (MORA, 2001).

A teoria jurídica européia, que até então era mais uma teoria da exegese e da interpretação de textos singulares, passa a receber um caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura dominou e até hoje domina os códigos e compêndios contemporâneos. Numa teoria que devia legitimar-se perante a razão por intermédio da exatidão lógica de suas proposições, o Direito conquista uma dignidade metodológica especial.

De acordo com Ferraz Jr. (1996), a redução das proposições a relações lógicas é pressuposto da formulação de leis naturais, que pudessem ser consideradas universalmente válidas, se relacionado ao postulado antropológico que entende o homem não como um cidadão da cidade de Deus, ou, como no século XIX, do mundo histórico, mas um ser natural, um elemento de um mundo concebido segundo leis naturais.

Entretanto, embora a teoria do Direito na Era Moderna tenha rompido o elo entre a jurisprudência e o procedimento dogmático pautado na autoridade dos textos romanos, não conseguiu romper o caráter dogmático. Ao contrário, nessa época tratou-se de aperfeiçoar a dogmática, ao dar-lhe uma qualidade de sistema que se constrói a partir de premissas, cuja validade está assentada em sua generalidade racional. A teoria jurídica torna-se um construto sistemático da razão e, em nome da própria razão, um instrumento de crítica da realidade.

Com isso, a teoria jurídica estabelece uma oposição entre os sistemas formais do Direito e a própria ordem vital, possibilitando um espaço

juridicamente neutro para a perseguição legítima da utilidade privada, ou seja, o estabelecimento da paz e do bem estar social. Isso significa que o Direito não visa apenas garantir a segurança humana, mas trabalha no sentido de aperfeiçoar o ser humano colaborando para tornar sua vida o mais agradável possível (FERRAZ JR., 1996).

A partir daí, a função do jurista se restringe cada vez mais à teorização e sistematização da experiência jurídica, visando uma unificação construtiva dos juízos normativos e do esclarecimento de seus fundamentos. Isso originou, já ao final do século XIX, o positivismo legal<sup>2</sup>, com uma autolimitação do pensamento jurídico ao estudo da lei positiva e ao estabelecimento da tese da estabilidade do Direito. Esse desenvolvimento redundou na configuração de um modo típico de pensar o Direito, o qual se transformou na que ainda hoje se conhece como ciência dogmática do Direito. A ciência dogmática do Direito, notavelmente liberal, em sua ideologia e encarando, por conseguinte, o Direito como regras dadas (pelo Estado, protetor e repressor), tende a assumir o papel de conservadora daquelas regras, que, então, são por ela sistematizadas e interpretadas.

Em termos de função social da dogmática do positivismo, Ferraz Jr. (1996) sustenta que esta se resume a atribuir a seus conceitos um caráter abstrato que lhe possibilita uma emancipação das necessidades cotidianas dos interesses em jogo, de forma a neutralizar os interesses concretos na formação do próprio Direito. Essa neutralização já fora exigida pela conformação do

---

<sup>2</sup> Positivismo jurídico. “Escola jurídica, contraposta à do *jusnaturalismo*, que só entende por direito o que é formalizado na lei” (SIDOU, 2001, p. 655).

Estado liberal. Em meio a esse contexto jurídico está alicerçado o instituto do Direito Adquirido.

### **1.3 O Direito Adquirido: síntese histórica**

A história do Direito Adquirido ou Direito Intertemporal, conforme explicita França (1968), pode ser dividida em três fases, a saber: a embrionária, a pré-científica e a científica. Ao longo do desenvolvimento dessas três fases fundamentais, o espírito humano foi se aprimorando no caminho da busca de duas idéias essenciais: o princípio da irretroatividade das leis e a noção correlata do respeito ao Direito Adquirido.

A fase embrionária foi caracterizada, muitas vezes, pela omissão da noção de Direito Adquirido. França (1968) argumenta ainda que as primeiras manifestações do princípio da irretroatividade já estavam presentes nos primórdios da humanidade. Todavia, para que o pensamento jurídico pudesse chegar à consciência dessa idéia, teve de passar por muitos estágios de sua evolução, visto que tais noções supunham o estabelecimento absolutamente nítido de uma série de outros conhecimentos que lhes eram preliminares.

Num primeiro momento, foi necessário que as sociedades políticas passassem de estado de fato para o estado de Direito, afirmando-se o Direito escrito, em substituição ao consuetudinário, definindo-se regras jurídicas para

substituir preceitos ético-religiosos que até então guiavam de forma exclusiva a conduta humana. Também foi preciso que surgisse a noção de linha divisória entre o império da lei nova e o da lei antiga e, pois, da revogação de uma lei por outra. Somente depois dessa longa estruturação do Direito se pôde colocar com nitidez o problema da irretroatividade das leis, tendo o Direito Adquirido como seu limite.

França (1968) descreve que no Direito Egípcio, as regras jurídicas eram determinadas com base em preceitos ético-religiosos. Isso é evidenciado uma vez que a extinção das obrigações era acompanhada de juramento aos deuses para se libertar de dívidas. Todavia o surgimento do Código de Bocchoris forneceu o meio de neutralizar a interferência dos preceitos ético-religiosos nas regras propriamente jurídicas, obrigando o devedor a rezar uma oração solene, que o impedia de apelar para os deuses. Esta pode ser considerada uma das primeiras manifestações da cisão entre a lei nova e a antiga, bem como da preservação do Direito Adquirido do credor, muito embora o Direito Adquirido não tenha sido assegurado contra a retroatividade da lei nova.

O Direito Mesopotâmico teve por base o Código de Hamurábi, que se configura como o primeiro grande ordenamento de caráter estritamente jurídico. Segundo França (1968), os artigos de tal Código nada informam acerca do princípio da irretroatividade das leis ou da idéia de Direito Adquirido. Todavia, certas passagens do prólogo do Código de Hamurábi possuem expressões que permitem inferir as seguintes indicações: o estado de Direito, a

subordinação dos soberanos à lei, a linha divisória entre o Direito antigo e o Direito novo.

O Direito Hebraico, não obstante ao seu fundamento religioso, apresenta determinados aspectos tecnológicos que somente bem mais tarde os romanos passaram a adquirir. Uma das principais características desse Direito diz respeito a distinção entre as normas de Direito Sagrado das de Direito Civil e, entre estas, as de Direito Público das de Direito Privado. Entretanto, no que tange aos Direitos Adquiridos, conforme esclarece França (1968), nada se encontra no Direito Hebraico. Assim, o princípio da irretroatividade das leis não tinha alcançado nitidez no ordenamento mosaico.

Para o Direito Grego, França (1968) destaca a questão da revogação das leis e o estabelecimento de novas, a partir das palavras de Aristóteles, o qual fez referência ao estabelecimento de uma constituição por Sólon, deixando de ser aplicadas às leis de Drácon. Portanto, os gregos tinham noção da substituição da lei antiga pela lei nova. A lei antiga podia permanecer somente quando considerada justa. Nessa hipótese, a lei antiga era então confirmada e o seu texto afixado em lugar público.

O Direito Romano contém os primeiros delineamentos científicos do Direito Intertemporal. Todavia, é importante ressaltar aqui que tais delineamentos resultam de uma elaboração multicelular, visto que manifestações mais precisas serão encontradas apenas no final da República.

Dentro da história do império romano, merece destaque a Lei das XII Tábuas, onde foi escrito: “aquilo que o povo decidiu por último, seja o direito em vigor”. No entender de França (1968), nessa expressão existe uma manifestação significativa do direito transitório. Entretanto, à medida em que o senso jurídico no contexto da civilização romana foi se tornando mais aguçado, essa idéia foi sendo externada, através do desenvolvimento de um vocabulário mais exato e técnico. Assim, com o aperfeiçoamento das leis, a idéia da irretroatividade foi lançando raízes sobre no Direito Romano.

Todos os sistemas jurídicos desses diversos povos citados integram a fase embrionária no histórico da lei de irretroatividade e do Direito Adquirido. Essa fase é sucedida pela pré-científica, que passa por uma extensa evolução, iniciando com as primeiras exposições de certa forma sistemáticas acerca da matéria até os pressupostos da Ciência Jurídica atual (FRANÇA, 1968).

Na fase pré-científica aparecem ainda três períodos distintos: o Direito Antigo, que é formado pelo Direito Romano posterior a Lei das XII Tábuas; o Direito Intermédio, com as suas diversificadas manifestações e o Direito Moderno, que compreende o Direito Renascentista e o jusnaturalista.

No que tange ao Direito Antigo, cabe destacar o governo de Augusto (27 a. C), que se constituiu como o tempo áureo da ciência jurídica dos romanos, tornando a idéia do Direito transitório bem mais clara. Tem-se também o governo de Diocleciano, no qual se promoveu uma grande reforma, sendo o Direito reduzido praticamente ao poder absoluto do monarca. De suma

relevância para a questão do direito transitório é a Segunda Regra Teodosiana, a qual assim dispõe: “É norma assentada a de que as leis e constituições dão forma aos negócios futuros e de que não atingem os fatos passados, a não ser que tenham feito referência expressa, quer ao passado, quer aos negócios pendentes” (FRANÇA, 1968, p. 56).

Essa Regra Teodosiana contém em si vários princípios descritos por França (1968), quais sejam:

- a lei, via de regra, regula somente o futuro e não o passado;
- por não se referir ao passado, a lei não se aplica a casos pendentes;
- em casos excepcionais, a lei pode abranger o passado e os casos pendentes;

Ainda em relação ao Direito Antigo, destaca-se a legislação de Justiniano, onde várias passagens reconhecem o Direito enquanto algo transitório, ressaltando o aspecto intertemporal do Direito. Desse período, conforme França (1968), restaram três idéias básicas: *facta futura* os sucedidos *ex die legis* e *facta praeterita* os sucedidos *ante diem legis*; *facta pendentia* os sucedidos *ante diem legis*, mas cujos efeitos ultrapassam a promulgação da lei nova.

É relevante pontuar também que Justiniano tratou de aplicar o princípio da irretroatividade das leis a um grande número de matérias (testamentos, juros, dotes, estado de filiação, assuntos penais etc). Com isso, garantiu ao tema um desenvolvimento sem precedentes no Direito Romano (FRANÇA, 1968).

O Direito Intermédio, que compreende o segundo período dentro da fase pré-científica do direito adquirido, seguiu a tendência na direção da irretroatividade. A título de exemplificação, tem-se o Código Visigótico, que assinalava a irretroatividade da lei nova em relação às causas já legalmente resolvidas, a não ser que uma justa novidade das causas viesse a exigir .

O surgimento da Escola de Bolonha, fundada no início do século XII, que teve como principal nome Felinus Sandaeus, também está situada dentro do período do Direito Intermédio. No que diz respeito ao Direito Intertemporal, Felinus tratou de expor e condensar a doutrina sobre a matéria, tanto dos canonistas quanto dos romancistas. França (1968) entende que a síntese efetuada por Felinus Sandaeus representa o primeiro grande marco na evolução do Direito Adquirido, desde Justiniano.

O terceiro período situado na fase pré-científica compreende o Direito Moderno, onde se tem a legislação italiana, germânica, francesa e norte-americana. Foi um período de consolidação dos Estados modernos e, por conseguinte, de renovação da ciência jurídica, diminuindo a influência de determinação do Direito Canônico.

A modernidade principia com práticas pouco simétricas em relação a irretroatividade. Os Costumes de Paris, de 1510, consagravam a regra Teodosiana, enquanto os Costumes de Calais preferiram a *causae finitae*, sendo que, dentro dessa dualidade oscilava a matéria. Posteriormente, em Portugal, as Ordenações Filipinas, com a determinação prospectiva para desfazimento de contrato de compra e venda, cultuou-se a idéia de que a natureza das leis era dispor para o futuro.

Logo depois, também a França adotou tal posicionamento. O art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, proibiu a irretroatividade ao campo penal. E as Constituições dos séculos XIX, em sua grande parte, passaram a reconhecer e consolidar o princípio da irretroatividade.

Em relação às inovações em termos de Direito Intertemporal no Direito Moderno, França (1968, p.121) assim descreve:

A mais importante contribuição do Direito deste período [...] está em sua legislação, no fato de consagrar o princípio da irretroatividade das leis, e o do próprio respeito ao Direito Adquirido, como regra constitucional, conforme se vê, particularmente, na Constituição Federal americana de 1787.

As contribuições doutrinárias de diversos autores desse período, enriquecendo e estruturando a noção de Direito Adquirido, contribuíram significativamente para a instauração da fase científica dessa matéria. Nessa

última fase estabelecida por França (1968), três etapas distintas configuraram-se, a saber: da consolidação da Doutrina do Direito Adquirido, de forma a caracterizar-se como a Doutrina Clássica em termos de Direito Intertemporal; o das vicissitudes da Doutrina Clássica, na qual renomados doutrinadores procuram substituir os critérios consolidados por outros considerados mais completos; o da volta à Doutrina Clássica, ao longo do qual alguns juristas evidenciam que tais tentativas não dão conta de apresentar soluções, nem mais clara, nem mais práticas, do que as combatidas.

Essa fase é denominada de científica por contar com diversas investigações de juristas acerca do tema dos Direitos Adquiridos, cujas exposições tinham caráter sistemático. Além disso, enquanto nas fases anteriores a matéria, em termos doutrinários, progredia passo a passo com a legislação, ou, inclusive, se adiantava mais nesta do que naquela, na fase científica o desenvolvimento do tema na doutrina é efetuado bem mais rápido do que ocorre nos ordenamentos. Por vezes, estes últimos até apresentaram uma certa regressão (FRANÇA, 1968).

Outra característica desta fase científica é que as Constituições, em sua maior parte, em virtude da influência francesa, não adotaram o princípio da irretroatividade das leis em matéria civil, restringindo sua aplicação a matéria estritamente penal.

Em termos de Códigos desenvolvidos durante a fase científica, tem-se que o art. 2º do Código de Napoleão, que se constituiu como um retrocesso

histórico do princípio da irretroatividade das leis, foi tomado como pilar para a construção da maior parte dos ordenamentos do século XIX. O Código Italiano (1868) limitou-se a traduzir a norma contida no Código de Napoleão. O código Espanhol (1888), também adaptou a mesma norma; surgiu, assim, o Direito Hispano-Americano (FRANÇA, 1968).

No que concerne aos principais teóricos dos Direitos e suas construções em relação da doutrina clássica acerca do Direito Adquirido, estes serão objeto específico de outro item.

#### **1.4 Histórico das teorias construídas acerca do Direito Adquirido**

A partir do século XIX, desloca-se a questão do Direito Adquirido claramente à teoria, devido à consolidação da prática jurídica tecnicista-positivista.

Apreciando a doutrina do Direito Adquirido formulada nos séculos XIX e começo do século XX, substancialmente pela Exegese e pela Escola Histórica, França (1968) resume em três as teorias sobre os conflitos da lei no tempo: a teoria do Direito Adquirido (ou teoria clássica), a teoria dos fatos realizados e a teoria das situações jurídicas.

A primeira delas é chamada subjetivista, por apoiar-se exclusivamente na noção de Direito do sujeito ou de Direito subjetivo; as outras duas são conhecidas como teorias objetivas, por enfocarem não o sujeito, mas o objeto daquela relação, seja a realização ou não do fato jurídico seja a situação jurídica existente.

Ainda segundo França (1968), o estudo doutrinário acerca do Direito Adquirido pelas teorias acima apontadas se divide em três momentos: o primeiro, no qual a teoria clássica se consolida; o segundo no qual esta teoria se enfraquece e um terceiro e último, no qual esta teoria ressurge, prevalecendo sobre as demais.

De fato, embora a teoria da situação jurídica tenha provocado enorme repercussão, não se pode dizer que ela tenha superado a teoria clássica acerca da concepção de Direito Adquirido e irretroatividade das leis, conforme aponta França (1968). Para ele, a doutrina clássica se revigorou, prevalecendo até os dias atuais, principalmente na França, Itália e Alemanha, a partir de sua franca acolhida e proteção por parte do Direito Canônico. Os canonistas, como depositários da doutrina do *ius quaesitum* e grandes colaboradores de sua evolução, embora percam prestígio na Modernidade, ganham contemporaneamente novo realce nos domínios da intertemporalidade. Em capítulo posterior, um tratamento detalhado acerca destas teorias será promovido.

### **1.5 A relação entre Direito subjetivo e Direito Adquirido, abordada pelas teorias construídas acerca do instituto**

A teoria do Direito Adquirido (teoria clássica), a teoria dos fatos realizados e a teoria das situações jurídicas guardam, cada qual a seu modo, estreita relação com a noção de Direito subjetivo. Prova disso é que a primeira delas é também chamada teoria subjetivista, exatamente por apoiar-se exclusivamente na noção de Direito do sujeito ou de Direito subjetivo.

As duas últimas, embora conhecidas como teorias objetivistas, por enfocarem não o sujeito, mas o objeto daquela relação, seja a realização ou não do fato jurídico seja a situação jurídica existente, também encontram ligação intrínseca com a noção de Direito subjetivo, dado que o Direito subjetivo é atribuído ao sujeito de Direito pelo Direito objetivo, denotando-se, a partir daí, que um não ocorrerá sem o outro.

Essa abordagem é importante na medida em que se denota que essas teorias foram construídas no século XIX e XX, sendo sua ligação à noção de Direito subjetivo, a qual se reporta à construção dessa figura jurídica daquele período. E a noção de Direito subjetivo da Era Moderna potencializa uma dicotomia entre Direito subjetivo e Direito objetivo, a partir de uma nova concepção de liberdade.

Em relação a esse assunto, Ferraz (1996) escreve que os antigos consideravam a liberdade como *status*. Dessa forma, a liberdade não compreendia simplesmente uma qualidade interna da vontade individual a ser explorado em solidão. A liberdade era manifesta do agir político e compreendia uma qualificação pública. Em outros termos, ser livre significava ter capacidade de agir politicamente, sendo iguais aos demais que também possuíam o privilégio de atuar no âmbito político, constituindo-se como cidadãos.

A partir do surgimento do cristianismo, uma nova concepção de liberdade veio à tona, a saber, o livre-arbítrio. A partir dessa perspectiva, a liberdade passou a ser entendida como algo interno, uma qualidade da vontade traduzida *velle et nolle*, querer e não querer, da qual todos os homens podem partilhar, seja qual for seu *status* social ou político. Essa noção de livre-arbítrio tornou-se o motivo de intensas disputas durante o período do Renascimento, servindo de pressuposto à generalização da pessoa como elemento identificador do ser humano, ou seja, o homem enquanto pessoa e como ser livre (FERRAZ, 1996).

Entretanto, essa noção de livre-arbítrio, segundo Ferraz (1996), veio acompanhada de outra consequência, uma vez que o caráter íntimo da liberdade cristã possibilita ao indivíduo que ele se torne um centro isolado. Dessa forma, o livre-arbítrio se exerce não importando se o exercício é possível ou não. Isso significa que é admissível querer e não poder, sendo que mesmo numa prisão, o homem conserva sua vontade livre. Todavia, se o livre-arbítrio

não puder exteriorizar-se publicamente, então as condições de liberdade estarão restritas.

A própria presença do outro indivíduo, igualmente livre, representa um limite à expressão de liberdade. Portanto, a liberdade de um indivíduo encontra seus limites na liberdade do outro. Com isso, o lado público do livre-arbítrio possibilita a compreensão da liberdade como não impedimento. Isso compreende o conceito negativo de liberdade: o homem é livre à medida que pode expandir o que quer.

Prosseguindo em seu relato, Ferraz (1996) aponta a importância dessa nova construção da teoria acerca da liberdade, para o engendrar das novas estruturas formais tecnicistas necessárias à estabilidade do modo de produção capitalista. Defende o autor que a noção torna-se fundamental para o capitalismo nascente, para a liberdade que aos poucos se torna uma característica inerente ao mercado. A disputa pelo poder político e a aniquilação da ideia dos antigos de que a liberdade é um *status* é representada pela luta da burguesia contra os privilégios feudais. Assim, pautando-se no livre-arbítrio, na liberdade como não-impedimento é construído um conceito positivo de liberdade. Essa é a concepção de liberdade como autonomia<sup>3</sup>, enquanto capacidade de estabelecer para si mesmo as normas de comportamento. Em termos políticos, isso compreende a liberdade de se autogovernar, conforme dispõe o contrato social.

---

<sup>3</sup> A palavra autônomo vem do grego: *autos* (eu mesmo, si mesmo) e *nomos* (lei, norma, regra). Aquele que tem o poder para dar a si mesmo a regra, a norma, a lei é autônomo e goza de autonomia ou liberdade. Autonomia significa autodeterminação (CHAUÍ, 2001, p. 338).

Em relação a essa abordagem acerca do que vem a ser a liberdade enquanto autonomia, cabe salientar as contribuições do filósofo Kant ([s/d]). Para ele, autonomia é a capacidade apresentada pela vontade humana de se autodeterminar segundo uma legislação moral por ela mesma determinada, livre de qualquer fator estranho ou exógeno com uma influência subjugante, como uma paixão ou uma inclinação afetiva incoercível.

A convergência do conceito negativo e positivo de liberdade dá origem a uma nova noção, qual seja: a liberdade no sentido moderno, intimista e, ao mesmo tempo, pública. Ela constituirá a base para a defesa da noção de propriedade privada identificada com a riqueza, para a defesa da economia de mercado livre e para a concepção do Estado com um guardião (ameaçador) das liberdades fundamentais estabelecidas no documento da Carta Magna. Assim, a liberdade passa a funcionar como limite à atividade legiferante do Estado, posteriormente configurando-se como a noção de Direito subjetivo em oposição ao Direito objetivo.

O instituto do Direito Adquirido nasce, sem sombra de dúvidas, e é talhado a partir desta construção de Direito subjetivo, como uma espécie deste, exatamente como um instrumento tecnicista capaz de frear a intervenção legiferante do Estado à liberdade construída pelo modelo do Estado liberal.

## **1.6 Um breve relato sobre a história do instituto do Direito Adquirido no Brasil**

Em termos de Direito Adquirido, prevalece no Brasil a tradição da constitucionalidade do respeito ao Direito Adquirido. Tal característica, conforme Silveira (2006), já pode ser identificada na Constituição de 1824, embora não houvesse leis nacionais, uma vez que as leis vigentes eram portuguesas (Ordenações Filipinas do Reino de Portugal). Essa situação permaneceu durante toda a primeira Constituição Republicana, no ano de 1891.

Segundo França (1982), o princípio geral, relacionado à aplicação das leis novas para o futuro está descrito no prólogo das Ordenações Filipinas. Entretanto, vários casos de retroação expressa existiam naquela lei, por motivos ligados à ordem pública.

Foi durante a vigência da primeira Constituição Republicana que teve início à doutrina nacional sobre Direito Intertemporal, muito embora até o ano de 1917, quando se deu a introdução do Código Civil, o país continuou significativamente preso ao sistema de Portugal. Naquela época, muitos autores defendiam a não atribuição da irretroatividade da lei, conforme estipulado de modo literal na constituição. Dentre os conceituados juristas, pode-se citar Rui Barbosa, Teixeira Freitas e Reinaldo Porchat (SILVEIRA, 2006).

Dessa forma, a entrada em vigor do primeiro Código Civil Brasileiro (Código Beviláqua), bem como da antiga Lei de Introdução (Lei nº 3.017/16), configuraram-se como acontecimentos de suma relevância, marcando a história do Direito Civil, assim como do Direito Intertemporal. A antiga Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) dispunha em seu art. 3º que: "a lei não prejudicará, em caso algum, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, ou a coisa julgada", tratando de conceituar esses institutos nos parágrafos seguintes. Portanto, pode-se dizer que esse texto foi responsável pela afirmação legislativa da regra do respeito ao Direito Adquirido no Brasil.

No ano de 1934, quando se deu à promulgação de uma nova Constituição, em 16 de julho, a redação do dispositivo referente ao Direito Intertemporal sofreu alterações. Segundo Silveira (2006), o legislador constituinte não se manifestou acerca da retroatividade ou irretroatividade da lei nova, deixando a salvo somente o Direito Adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A Constituição de 1934, em seu art. 113, n. 3, estabelece que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico e a coisa julgada". Comentando esse dispositivo, França (1968) escreve que o Direito Adquirido, como regra constitucional não parece ter sido fruto de uma outorga da cúpula, mas resultou de uma reivindicação popular, fundada nos seus mais justos anseios e nas suas melhores tradições.

Ainda em relação às primeiras leis aqui produzidas, que fizeram referência expressa ao Direito Adquirido, França (1968, p. 312) acrescenta:

Não obstante a regra da Constituição de 1891 completada pelo dispositivo da Lei de Introdução ao Código Civil, a respeito da Irretroatividade das Leis e do Direito Adquirido como limite à sua retroprojeção; e não obstante o ter alcançado, o próprio Direito Adquirido, na Carta Magna de 1934, o caráter de norma constitucional – durante este período de várias leis se promulgaram, ora de efeito imediato, de modo a interferirem diretamente nos contratos em curso, ora de efeito expressamente retroativo de forma a modificarem mesmo *negotia finita*.

Com o golpe do Estado Novo, que levou Getúlio Vargas ao poder, no ano de 1937, foi concebida uma terceira Constituição Republicana. Surgiu uma inovadora e provisória etapa do direito intertemporal no Brasil, uma vez que a Constituição rompeu com a tradição, silenciando em relação à retroatividade da lei, transpondo à lei ordinária essa tarefa. Desse modo, aplicando o modelo europeu, nesse período, deu-se ao legislador a liberdade de produzir leis cujos efeitos atingissem direitos já adquiridos. No entanto, a regra contida no art. 3º da LICC, permanecia em vigor, estando o juiz, portanto, obrigado a observá-la.

Comentando os textos das primeiras constituições da república, França (1982) escreve que a Constituição Brasileira de 1891, assim como as de 1934 e 1946, revestiu de caráter fundamental o princípio da irretroatividade das leis. Todavia, a de 1937, silenciando acerca do tema, fez depender de lei expressa ordinária a existência e eficácia do mesmo princípio.

França (1968) esclarece que na Constituição de 1934, pela primeira vez em toda a história do Brasil independente, deixou de ter caráter constitucional o princípio da irretroatividade das leis em matéria civil. Ademais, a declaração “Dos Direitos e Garantias Individuais”, responsável por regular a matéria, omitiu qualquer referência acerca do tema. Persistiu somente a irretroatividade em termos de matéria penal, como se observa no art. 1222, inciso XI: “ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada”. Tal dispositivo era complementado pelo inciso XIII, o qual assim determinava: “as penas estabelecidas ou agravada na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores”.

No período de vigência da Constituição de 1937 veio à tona a nova Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42). O art. 6º deste Decreto-Lei, posteriormente foi modificado, assim previa: “a lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito”.

De acordo com Caio Mario (apud SILVEIRA, 2006), o legislador deixou de lado a doutrina clássica do direito adquirido, para encarar objetivamente a situação jurídica, tal como propunha a teoria de Roubier. Com essa modificação no direito intertemporal, o legislador buscava eliminar do nosso direito a chamada teoria do Direito Adquirido.

Acerca do art. 6º, da LICC, França (1968, p. 330) assim se posiciona:

[...] perpetrando segundo golpe contra uma das novas mais importantes instituições jurídicas – a do Direito Adquirido – pela primeira vez, já agora não em um século, mas em sete séculos de História Jurídica Luso-Brasileira, o legislador de então houve por bem substituir precioso elemento de brasilica autenticidade, por um galicismo jurídico desnecessário e, para nós, inexpressivo. Felizmente esse desvio estrangeirista somente durou quatro anos, pois a Constituinte de 1946, ao restabelecer o curso da nossa evolução democrática, retomou também a fidelidade às nossas tradições nessa matéria.

Durante esses quatro anos, a omissão constitucional, juntamente com a possibilidade de o legislador dar à lei efeitos que atingissem Direitos já Adquiridos constituía verdadeira insegurança nas relações jurídicas, defende Silveira (2006). Ainda assim, o problema não se tornou tão extenso como de poderia presumir devido a dois motivos:

- em virtude da boa técnica utilizada pelo legislador que, ao aplicar a teoria de Roubier pela primeira vez, trata de diferenciar os efeitos passados da nova lei, dos efeitos imediatos desta, deixando claramente em caráter de exceção, tanto a sua eventual retroatividade, quanto às hipóteses de sobrevivência da lei velha;
- o curto espaço de tempo entre a entrada em vigor da LICC (1942) e a redemocratizadora Constituição Federal de 1946 que, restaurando a tradição, elevou ao nível constitucional a proteção do Direito Adquirido.

Assim, mesmo tendo deixado de lado a teoria tradicional acerca do Direito Adquirido por um certo tempo, Silveira (2006) afirma que a jurisprudência não conseguiu se desvencilhar dos princípios assentados, e mesmo o Direito Positivo adotando fundamento diverso, permaneceu fiel aos conceitos antigos, procurando solucionar os conflitos intertemporais de leis por meio da aplicação de norma de cunho objetivista, mas jogando com as idéias subjetivas de Direito Adquirido e expectativa de Direito. Os juízes, tendo constituído o seu espírito a partir da inspiração das teorias tradicionais, não conseguiram se desvencilhar de seus cânones, não podendo, portanto, ajustarem-se adequadamente às concepções modernas.

A partir da retomada da teoria tradicional com a Constituição de 1946 (art. 141, § 3º), a única dúvida, segundo Pereira (apud FRANÇA, 1982), que prevalecia no âmbito da prática era a relacionada à caracterização dos Direitos Adquiridos, máxime quando entrava em jogo a prescrição, diferindo a que o Código passou a estabelecer da que foi estabelecida pela legislação anterior.

Com a nova Carta Magna, a constitucionalidade do art. 6º da LICC passou a ser questionada. Mas essa discussão foi transitória devido à nova redação do mesmo artigo, fornecida pela Lei nº 3.238/57, que atualmente regula, em nível infraconstitucional, o Direito Intertemporal brasileiro. Nesse sentido, tem-se que a redação atual do art. 6º, tratou de compilar a antiga

tradição da proteção do Direito Adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, com a afirmação expressa de que a lei terá efeito imediato e geral.

No que tange à situação política conturbada da década de 60, a Reforma de 1967, bem como Emenda Constitucional nº 1 de 1969, não produziram quaisquer inovações em relação ao Direito Intertemporal. O mesmo princípio, com as mesmas palavras, subsiste na Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, inciso XXXVI, como já visto anteriormente.

Portanto, segundo Silveira (2006), diferentemente da maior parte dos ordenamentos jurídicos europeus, no Brasil, o princípio da irretroatividade, com exceção da Constituição de 1937, esteve inserido em nível constitucional, vinculando, dessa forma, o legislador, num primeiro momento, e o juiz quando da aplicação da lei.

Sendo assim, pode-se afirmar que o sistema brasileiro em termos de irretroatividade da lei é rígido, visto que proibido está o legislador de criar norma que atinja algum Direito Adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Do mesmo modo, o juiz não pode interpretar a lei de forma que viole a proteção constitucional. Uma vez que se identifique uma lei que viole o texto constitucional, cabe ao Judiciário negar-lhe vigência.

Hodiernamente, inexistente na disposição constitucional qualquer referência direta à retroatividade ou irretroatividade da lei. Conforme Silveira

(2006), essa omissão conduz os doutrinadores a discussão acerca de qual seja o princípio vigente nos dias de hoje.

A partir do momento em que se adota o princípio da retroatividade, qualquer lei atingiria fatos passados, com exceção, é claro, se viesse a prejudicar Direito Adquirido o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Nesses casos, a retroatividade não vingaria apenas quando se tiver disposição normativa expressa em contrário.

Por outro lado, defendendo o princípio da irretroatividade como o vigente, a lei nova poderia atingir fatos passados somente por disposição expressa nesse sentido, ressalvado sempre o Direito Adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. O que resta indiscutível em meio a essa discussão, segundo Silveira (2006), é que a lei nova é irretroativa no que diz respeito à possibilidade de atingir os Direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Importa salientar ainda que, independentemente da regra no Direito pátrio, não há como adotar um princípio absoluto de que a lei é totalmente irretroativa ou é em todo retroativa. Diante da omissão constitucional quanto ao princípio adotado com o fim de dirimir os conflitos intertemporais das normas jurídicas, deve-se reportar para o que diz a lei infraconstitucional sobre o tema.

Dessa forma, o art. 6º, da LICC, afirma que a lei terá "efeito imediato e geral", o que não se encontra no texto constitucional. Para Silveira (2006), se

a lei tem efeitos a partir da sua entrada em vigor, ou seja, efeito imediato, a conclusão a que se chega é que o princípio adotado no Direito brasileiro é o da irretroatividade. Isso não impede, com algumas exceções, que o legislador dê a *novatio legis* efeito retroativo, desde que, evidentemente, não atinja aqueles três institutos mencionados na norma constitucional e na LICC.

## **2 - O DEBATE TEÓRICO-DOGMÁTICO ACERCA DO DIREITO ADQUIRIDO**

A dogmática emprega a irretroatividade, sobretudo para ressaltar o valor da segurança jurídica, sem a qual reclama haveria a instauração de conflitos intermináveis. Na realidade, sua finalidade repousa na busca de solucionar conflitos com o mínimo de perturbação social. Seu fundamento é ideológico e refere-se à concepção liberal do Direito e do Estado.

Entre as principais teorias dogmáticas construídas ao longo da fase científica, como apontado por França (1968) do desenvolvimento do instituto do Direito Adquirido e da irretroatividade das leis, cabe salientar os seguintes juristas: Savigny, Lassalle, Dernburg, Gabba e Roubier. A teoria desses autores será apresentada brevemente nas páginas seguintes, focando o Direito Adquirido, sendo que as posições assumidas por Gabba e por Roubier, principais representantes da divisão teórica do Direito Adquirido em subjetivista e objetivista, merecerão tópicos específicos.

Friedrich Karl Von Savigny (1779-1861), nasceu em Frankfurt, ensinou de 1810 até 1842, na Universidade de Berlim. De 1842 a 1848 foi Chanceler da Prússia. Savigny foi o fundador da denominada “escola histórica do Direito, opondo-se a toda concepção considerada “abstrata” das leis.

Dessa forma, Savigny (apud MORA, 2001) destacou profundamente o caráter orgânico e histórico das leis enquanto expressam a vontade de um povo e não as exigências de uma suposta razão universal, válida para todos os homens. As leis são, da mesma forma que os costumes e as línguas, a manifestação da realidade viva de uma sociedade, e uma vez que a comunidade se desenvolve historicamente, o mesmo ocorre com suas leis.

Em relação à teoria de Savigny, Mora (2001, p. 2600) ainda esclarece:

O ponto de vista universalista, adotado pelos partidários do Direito natural e propugnado por todos aqueles que procuram impor uma legislação única a todas as comunidades humanas, é considerado por Savigny como um ponto de vista meramente abstrato, que esvazia o Direito de todo o seu conteúdo. Savigny julgava que a historicidade do Direito não é incompatível com seu tratamento sistemático; a realidade vivente do Direito só pode ser tratada sistematicamente, mas o estudo sistemático tem de ser aplicado às realidades mesmo, isto é, às expressões do povo nas formas das leis.

Como se observa, Savigny difere dos defensores da abordagem natural do Direito que propunham a criação de normas universalmente válidas. Para ele, isso conduziria à abstração do Direito, tornando-o ineficaz. Uma norma jurídica deve ter por base as características culturais e as

especificidades de uma comunidade, evoluindo juntamente com as mudanças que perpassam a sociedade na qual o Direito se constitui.

No que tange mais especificamente à questão da irretroatividade das leis, Savigny (apud RÃO, 1960) fazendo abstração das soluções normativas, defende a irretroatividade da lei como decorrência da “natureza das coisas”, limite que, segundo ele, deve opor-se indistintamente ao legislador e ao juiz e, de modo absoluto, quando estão em questão leis relacionadas à aquisição e à perda de direitos.

Comentando a obra de Savigny, França (1968) explica que o trabalho do jurista alemão pode ser dividido em três partes fundamentais, quais sejam: I) apresentação dos princípios básicos, na dogmática jurídica, no Direito positivo e no Direito Comparado; II) aplicação dos princípios estipulados aos diferentes campos do Direito Privado e III) exposição do problema das exceções.

A essência do pensamento de Savigny está situada na primeira parte de sua obra, onde o jurista deixa claro que as novas leis não devem ter força retroativa, bem como devem deixar intactos os Direitos Adquiridos. No que tange a inexistência de retroatividade nas leis, tem-se que essa regra precisa ser compreendida em sentido formal, de tal modo que “nega pura e simplesmente a ação da nova lei sobre as conseqüências dos fatos passados, em qualquer grau imaginável” (FRANÇA, 1968, p. 143).

Com relação à regra que diz que cabe às novas leis manter os Direitos Adquiridos intactos, Savigny (apud FRANÇA, 1968) estabelece a diferença entre Direito Adquirido, expectativa de Direito e Direitos não exercitáveis. Assim, Direitos Adquiridos compreendem as relações jurídicas de um determinado indivíduo, ou seja, os elementos de uma esfera que não dependem da vontade individual. Já a expectativa pode ser explicada levando-se em conta o exemplo de uma pessoa que, sendo herdeira *ab intestato* de outra, vê suas expectativas frustradas pelo surgimento de uma nova lei que, antes da morte do portador do patrimônio, tira-lhe essa prerrogativa. Por fim, os Direitos não exercitáveis dizem respeito àqueles considerados sob condição ou a termo.

Savigny (apud FRANÇA, 1968) enumera três fundamentos para justificar o respeito aos Direitos Adquiridos, quais sejam: a *fides* que deve ser depositada nas leis vigentes; a relevância da estabilidade das relações existentes e a inviabilidade lógica de aplicação de um princípio contrário.

No que concerne ao Direito Positivo, Savigny (apud FRANÇA, 1968), partindo da Regra Teodosiana, infere que se trata de um princípio para o juiz e não para o legislador. Essa regra assegura-lhe os elementos para realizar as considerações em relação às exceções, as quais são de duas espécies: por extensão, em que o legislador vai o mais longe que pode ir e, por restrição, em que se protegem expectativas simples. Cabe ressaltar que essas exceções devem seguir o requisito básico de serem estabelecidas de forma precisa pela nova lei.

A obra de Savigny é secundada por Ferdinand Lassalle<sup>4</sup>, que traz nova contribuição germânica à doutrina Clássica, por meio da Teoria Sistemática dos Direitos Adquiridos, em 1861. Ráo (1960, p.437) afirma que a primeira formulação mais densa acerca do Direito Adquirido atribui-se ao alemão Lassalle, cuja visão ele sintetiza da seguinte maneira:

[...] o fundamento e o limite da irretroatividade se identificam com a necessidade de se tutelar a liberdade individual e, assim sendo: a) nenhuma lei pode retroagir e alcançar o indivíduo, atingindo seus atos voluntários; b) mas retroagir pode qualquer lei, quando alcança o indivíduo fora dos atos de sua vontade, como, por exemplo, com relação às qualidades que ele não adquiriu por si, mas que lhe pertencem em comum, como a toda a humanidade, ou ainda, quando a lei o alcança apenas na medida em que modifica e afeta a própria sociedade, através de suas instituições organizadas.

Com efeito, a retroação das leis poderia ser admitida em relação em uma determinada abrangência de ação do indivíduo, como se observa acima. Para Lassalle (apud MORA, 2001), a evolução das idéias e das instituições jurídicas era de cunho fundamentalmente histórico, sendo que somente a história pode garantir validade (temporal) às idéias e instituições.

---

<sup>4</sup> Lassalle nasceu em Breslau (1825-1864), estudou em Berlim, seguindo, sobretudo as tendências hegelianas. Em 1845, mudou para Paris e, em 1848, entrou em contato com Marx e Engels (com os quais posteriormente entrou em desacordo). Em 1849, foi preso por sua participação num movimento de agitação política em Düsseldorf. Anos mais tarde mudou-se para Berlim. Teve uma participação no Congresso Operário de Leipzig, o que foi relevante para sua carreira política. Lassalle é considerado um hegeliano de esquerda e um dos principais teóricos do socialismo alemão (MORA, 2001).

Sobre o assunto França (1968) acrescenta que Lassalle defendia uma espécie de Direito histórico, ou seja, uma categoria de natureza e de desenvolvimento histórico.

Lassalle (apud FRANÇA,1968) tem também o mérito de ter sido pioneiro na adoção do Direito Adquirido como critério diretivo para a solução dos problemas de Direito Intertemporal. O jurista acreditava que a retroatividade representava um atentado à liberdade e à responsabilidade do homem. Por esse motivo, seria a retroatividade inadmissível.

Dernburg (apud FRANÇA,1968) escreveu uma obra pontuada de pormenores, ensinando que as novas leis não possuem força retroativa, ou seja, não se referem àquilo que foi juridicamente constituído no passado, mas somente àquilo que deve ser juridicamente constituído no futuro.

De acordo com esse princípio, permanece ileso o valor dos negócios jurídicos, quando os mesmos, no momento de sua criação, tenham correspondido a disposições de formas legais, ainda que mais tarde novas leis estabeleçam outras formas. Além disso, devem ficar igualmente intactas as relações jurídicas constituídas quando da vigência do antigo Direito.

No entender de França (1968, p.148), as mais importantes contribuições de Dernburg em relação ao tema em questão estão situadas justamente no conceito de Direito Adquirido, como se observa:

É opinião dominante a de que só os “direitos adquiridos” não são atingidos pelas leis novas. Mas sobre a questão, de que seja direito adquirido, existem diversidades de opinião assaz relevantes. Alguns exigem [...] um particular título de aquisição. Outros entendem, por direitos adquiridos, aquelas faculdades que não repousam sobre a liberdade natural, e não competem a todos os cidadãos do Estado ou a certas classes, baseadas em disposições gerais de direito, mas são adquiridas pelos indivíduos por efeito de uma particular causa jurídica [...] – circunscrever a exclusão da retroatividade aos direitos adquiridos é de rejeitar por motivos intrínsecos.

A partir dessa passagem, França (1968) entende que Dernburg advoga em favor do alargamento do conceito de Direito Adquirido, ainda que de forma indireta, tendo por base a falta de consenso em torno do conceito de Direito Intertemporal.

Sutis ou mesmo divagantes até aqui, as divergências acerca das construções teóricas sobre Direito Adquirido assumem contornos eloqüentes a partir dos trabalhos desenvolvidos por Gabba, na defesa de uma teoria subjetivista, e por Roubier, ardente defensor de uma concepção objetivista deste instituto jurídico. Estes estudos representam o ápice do pensamento jurídico dicotômico formulado em relação ao Direito Adquirido, razão pela qual merecem, cada qual, uma abordagem específica e pontual.

## **2.1 Teoria subjetivista ou clássica**

A teoria clássica, consoante já se assinalou, deita suas raízes na noção de Direito Subjetivo, sendo o Direito Adquirido uma espécie da qual o Direito Subjetivo é gênero.

Esta teoria nasce a partir de construções sobre Direito Adquirido como a de Savigny, ganhando força com as construções de Lassale. Mas é na obra de Gabba - *Teoria della Retroattività delle Leggi* – que a forma clássica de pensar o Direito Adquirido atinge seu ápice, a partir de um novo delineamento que passa a tratá-la de maneira dicotômica: retroatividade e violação de Direito Adquirido. Em sua obra, após detida análise histórica da matéria, Gabba conclui que “os conceitos dos legisladores se vêm determinando sempre mais com o progresso da Civilização”, determinação essa 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 consistem unicamente no respeito ao Direito Adquirido.”

O autor italiano aponta ainda dois obstáculos à construção científica da retroatividade da lei. O primeiro deles decorre da índole complexa dos institutos jurídicos. O segundo reside na indeterminação do significado de muitas expressões técnicas. Diante disso, prossegue, há imperiosa necessidade da busca de princípios gerais dos quais se devam deduzir, atendidas as circunstâncias, princípios concretos, destinados à aplicação prática. Mas tais princípios, obviamente, devem respeitar os Direitos Adquiridos traçados em todas as partes do sistema jurídico, que as leis novas, de

quaisquer espécies, devem obedecer. E, em matéria de retroatividade, continua o jurista, o termo Direito Adquirido não se toma na generalíssima acepção, de modo a abranger Direitos Consumados, senão apenas “aqueles que foram adquiridos, mas não foram ainda efetuados ou consumados”.

A partir desta ordem de idéias, Gabba (1891, p.191) passa a advogar a seguinte definição de direito adquirido:

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 foi consumado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo, e que b) nos termos da lei sob cujo império se entabulou o fato do qual se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.

Gabba (1891, p.191 e 192), trata de justificar a utilização do termo *fato* com vistas a abranger “fatos e relações jurídicas”; diz ter falado em fato consumado porque, quando da origem do fato não seja a lei perfeita como quereria a lei do tempo, esta lei não pode ter uma eficácia que a lei posterior deva respeitar. E, por fim, assinala ter usado o termo fazer parte do patrimônio, pois os Direitos Adquiridos não se confundem com meras possibilidades ou abstratas faculdades jurídicas, nem às simples expectativas.

## 2.2 Teoria objetivista

A teoria clássica acerca do Direito Adquirido não reinou absoluta. A ela se opuseram as teorias do fato realizado e da situação jurídica, a primeira encetada pelo italiano Giampietro Chironi, a partir da noção de exclusividade formulada pelo alemão Friedrich Affloter (PIRES, 2005).

Essa teoria defendia a verificação de se o fato jurídico havia sido realizado e não se o Direito Subjetivo havia sido inteiramente criado em benefício do seu titular, considerando-se realizado o fato inteiramente regular na sua existência pela lei do tempo em que é levado a efeito, sendo então protegido por ação judicial. Segundo Chironi (apud FRANÇA, 2000, p.56-58) “a ação, o direito a ela, é característica fundamental para o cumprimento do ato”.

No entanto, oposição maior enfrentou a teoria clássica, a partir do surgimento da teoria das situações jurídicas, teoria essa que encontra sua expressão lapidar em Roubier. Filiaram-se a ela, dentre outros, Marcel Planiol, Henri Capitant e Leon Duguit.

Roubier justifica a adoção da expressão “situação jurídica” afirmando que seu conceito corresponde melhor à realidade e ser cientificamente mais rigorosa, em detrimento da expressão Direito Subjetivo. Acrescenta ainda que, em relação à expressão Direito Adquirido, seu uso é indevido não só pelo caráter restritivo do termo Direito em comparação ao termo situação jurídica, mas também porque seu significado é simplesmente o de Direito Adquirido a que a lei nova não se aplique, o que, na verdade, não passa de mera afirmação do princípio da irretroatividade das leis.

O objetivo da teoria de Roubier (1960, p.377) é o de analisar as conseqüências da nova lei sobre a totalidade da situação jurídica, distinguindo o efeito retroativo da aplicação imediata. Assim, para se compreender as dificuldades que podem resultar da ação de uma lei no tempo é suficiente constar que essas situações não se realizam em geral em um único momento; antes, apresentam um desenvolvimento no tempo, de tal modo que a lei nova pode intervir a um certo momento desse desenvolvimento. Caso atinja partes anteriores, será então retroativa, mas se atinge apenas partes posteriores, seu efeito é apenas imediato.

Prosseguindo em suas proposições, Roubier (1960, p.385) no desenvolvimento dos momentos sucessivos de uma situação jurídica, promove uma relevante distinção: aponta uma fase dinâmica, que corresponde ao momento da constituição dessa situação, como também ao momento de sua extinção e uma fase estática, que corresponde ao momento em que esta situação produz seus efeitos.

Com essa distinção, Roubier (1960, p.393) quer mostrar o que para ele se apresenta como evidência: uma lei cujo objeto consiste em regular condições de constituição ou de extinção de uma situação jurídica, não pode tomar em consideração fatos anteriores a sua entrada em vigor, não sem ser retroativa.

Assim, as leis relativas aos modos de constituição ou de extinção de uma situação jurídica não podem, sem retroatividade, pôr em questão a eficácia ou ineficácia jurídica de um fato passado. Entretanto, caso se trate não só de determinar a constituição ou extinção de uma situação jurídica, mas de fixar os efeitos dessa situação jurídica, a definição do caráter retroativo da lei é ainda mais simples: todos os efeitos jurídicos produzidos pela situação jurídica configurada antes da lei nova fazem parte do domínio da lei antiga. Como exemplo, assinala, suposta situação jurídica que produza seus efeitos durante um certo lapso de tempo, a lei nova poderá determinar os efeitos jurídicos que produzirão após sua entrada em vigor, sem que apresente outro caráter que o de mero efeito imediato. Em arremate: é na data de entrada em vigor da lei nova que se estabelece a separação dos domínios das duas leis, a antiga e a nova (1960, p.397).

Para realçar sua posição, o autor francês, ao defender a aplicação imediata da lei nova acerca das situações jurídicas existentes ao tempo de sua edição, utilizava-se do exemplo da perpetuação do Direito de Propriedade, o qual, a teor da teoria combatida pelo autor francês, estaria condenado ao absurdo da imutabilidade eterna.

Sintetizando o pensamento de Roubier, Batalha (1980, p.158) assinala:

A teoria de Roubier é a que condensa com mais força elementos de vulneração da teoria clássica do direito adquirido; não obstante as resistências que se lhe opõem, exerce significativa influência na generalidade dos

escritores franceses, assim como sobre estrangeiros, marcando diversos sistemas jurídicos, especialmente pelo esforço de separação das idéias de retroatividade e efeito imediato.

É retroativa, pois, a lei nova, se voltada para os *facta praeterita*. Os *facta futura*, para o autor, são alcançados pela lei nova na lógica dos efeitos imediatos. Na situação em que a lei nova esteja relacionada a *facta pendentia*, devem distinguir-se as partes anteriores à sua edição, que não podem ser por ela alcançadas, e as posteriores, em relação às quais a lei nova tem incidência de efeito imediato. O efeito de sobrevivência da lei antiga verifica-se quando a lei nova não se aplica a certos efeitos futuros (PIRES, 2005).

### **2.3 Teorias subjetivista e objetivista no Brasil**

No Brasil, consoante acima se demonstrou, houve, como ainda há, espaço para ambas as teorias propostas acerca do Direito Adquirido. De fato, embora não se possa deixar de reconhecer a prevalência da teoria subjetivista, a teoria objetivista tem, aqui e acolá, influenciado o mundo jurídico no tratamento sobre o Direito Adquirido, mormente em razão da dificuldade técnico-jurídica na abordagem de tormentoso tema.

De acordo com França (1968), a teoria subjetivista no âmbito nacional mereceu o prestígio de Rui Barbosa e Reynaldo Porchat, dentre outros. Também ele, França (2000), parece ter se encantando com as

proposições construídas por Gabba acerca de uma tal teoria, sendo que o demonstra, em várias ocasiões. Numa oportunidade diz que uma análise dos elementos contidos no Direito científico, na legislação e na jurisprudência parece autorizar que se fale numa volta à doutrina clássica, inclusive nos países que forma berço da teoria objetivista.

E sua própria construção acerca de um conceito de Direito Adquirido em muito se assemelha com o trabalho desenvolvido pelo jurista italiano. Como conceito de Direito Adquirido, França (1968, p.504), propõe a seguinte construção:

[...] de acordo com a lei vigente, Direito Adquirido é aquele que o seu titular possa exercer. Essa noção, excessivamente sucinta, assim deve ser interpretada: Direito adquirido é a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto.

Mas, numa demonstração da dificuldade na superação do duelo travado entre as teorias, o próprio França (2000), no que é acompanhado por Pereira (1995), reconhece não haver a possibilidade de adoção de uma única regra simples, genérica, de aplicação singela e apriorística para toda espécie de lei e qualquer categoria de situação jurídica.

A angústia de Pereira (1995, p.99) resulta sublimar na seguinte afirmação:

[...] a aceitação da doutrina clássica, em face da evidência do bom senso e do espírito prático que a inspira; a consagração não só da irretroatividade, mas do próprio direito adquirido com regra constitucional; e absorção, possível e necessária, a despeito de adotada por autores contrários à doutrina tradicional, da regra do efeito imediato.

E, em uma outra abordagem, Pereira (1998, p.31) pontua com precisão cirúrgica a dicotomia existentes entre as teorias:

Na solução do problema (do conflito intertemporal de leis), duas escolas se defrontam. Uma, “subjetivista”, representada precipuamente por Gabba, afirma que a lei nova não pode violar direitos precedentemente adquiridos, que ele define como conseqüências de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei vigente ao tempo em que se efetuou, embora o seu exercício venha se apresentar sob o império da lei nova (Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, v. I, p. 182 et seq.). O que predomina é a distinção entre o “direito adquirido” e a “expectativa de direito”. Outra, “objetivista”, que eu considero representada por Paul Roubier, para o qual a solução dos problemas está na distinção entre “efeito imediato” e “efeito retroativo”. Se a lei nova pretende aplicar-se a fatos já ocorridos (*facta praeterita*) é retroativa; se se refere aos fatos futuros (*facta futura*) não o é. A teoria se diz objetiva, porque abandona a idéia de direito adquirido, para ter em vista as situações jurídicas, proclamando que a lei que governa os efeitos de uma situação jurídica não pode, sem irretroatividade, atingir os efeitos já produzidos sob a lei anterior (Roubier, Paul, Op. cit., v. I, n. 41 et seq.).

#### **2.4 A questão da expectativa do Direito**

Após a longa exposição acerca do Direito Adquirido e sua relação com o Direito Subjetivo, relevante se torna prestar esclarecimentos da questão

da expectativa do Direito. Como já visto anteriormente, o Direito Subjetivo representa a possibilidade de que seja exercido, de forma garantida, aquilo que as normas de Direito atribuem a alguém como próprio.

Em outros termos, o Direito Subjetivo compreende um Direito assegurado por normas jurídicas e exercitável em conformidade com a vontade do titular. Caso o Direito Subjetivo não seja exercido, sobrevindo uma lei nova, tal Direito se transforma em Direito Adquirido, pois era um Direito exercitável e exigível à vontade do seu titular, estando o mesmo já incorporado ao seu patrimônio, para ser exercido quando lhe fosse conveniente.

No entanto, se o Direito não configurava Direito Subjetivo antes da lei nova, mas apenas mera expectativa de Direito, não se transforma em Direito Adquirido com a entrada em vigor de uma nova lei, uma vez que esta não se aplica à situação objetiva constituída sob a vigência da lei anterior.

Para que possa existir uma expectativa de Direito, segundo Porchat (1907), o fato ou ato jurídico ensejador da situação subjetiva deve estar em desenvolvimento, não obstante ainda não se tenha completado, já que, se assim fosse, estaria caracterizado o Direito Adquirido. Nesse sentido, cabe destacar o art. 125, do Código Civil de 2002, o qual determina que somente se terá Direito Adquirido, no caso da subordinação da eficácia do negócio jurídico a condição suspensiva, quando esta for verificada. Isso significa que, estando pendente a condição suspensiva, não se terá Direito Adquirido, mas somente expectativa de Direito ou Direito eventual.

Conforme salienta Fiuza (2002), o Direito Adquirido somente se concretizará após o implemento da condição. A eficácia do ato negocial ficará suspensa até o momento da realização do evento futuro e incerto. A condição é dita realizada quando o acontecimento previsto se verificar. Então, ter-se-á o aperfeiçoamento do ato negocial, operando-se *ex tunc*, ou seja, desde o dia de sua celebração, se *inter vivos*, e à data da abertura da sucessão, se *causa mortis*, daí ser retroativo.

Todavia, a retroatividade da condição suspensiva não é aplicável aos contratos reais, visto que somente há transferência de propriedade depois da entrega do objeto sobre que versam ou da escritura pública devidamente transcrita (FIUZA, 2002).

## **2.5 Coisa julgada e ato jurídico perfeito: sua relação com o Direito Adquirido**

O tratamento jurídico do Direito Adquirido resulta acompanhado, normativamente, pela abordagem legal da coisa julgada e do ato jurídico perfeito. Entre nós, tanto a Constituição Federal quanto a Lei de Introdução ao Código Civil, abordam, em um só núcleo normativo, os institutos do Direito Adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito.

Correia (2006) sustenta que a proteção constitucional ao Direito Adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada é um verdadeiro imperativo de justiça, impedindo que lei posterior venha modificar situações jurídicas constituídas de forma definitiva, em favor da certeza e segurança jurídicas e da efetiva proteção dos Direitos fundamentais, tendo em vista, ainda, que o referido dispositivo constitucional constitui cláusula pétrea, impossibilitado de ser suprimido ou modificado.

Portanto, esse tratamento englobado decorre de uma formalidade técnica, um rigor tecnológico com vistas a referendar a incessante busca legislativa pela instauração da segurança jurídica. Assim é que o monumento da segurança jurídica, que opõe barreiras à retroatividade da lei, em diversos sistemas, como o brasileiro, por exemplo, ergue-se sobre o tripé da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, embora sua estrutura fundante possa ser simplificada pelo pilar do respeito ao Direito Adquirido, o mais rigoroso critério de limitação, que, nessa condição, pressupõe a invulnerabilidade das demais categorias.

Dessa forma, o Direito Adquirido funcionaria como um gênero, do qual a coisa julgada e o ato jurídico derivariam como espécies. Se se erguer proteção para o Direito Adquirido, protegidos estarão, por conseguinte, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, cujas ameaças de vulneração são mais gravosas à segurança jurídica do que a incidente sobre o Direito Adquirido.

Nesse sentido, segue o entendimento manifesto por Sampaio (2005), ao afirmar que o gênero Direito Adquirido pode ser compreendido como um complexo fático e normativo que atribuiu a seus titulares a garantia de vantagem do *status quo* contra novidades legislativas que o redefinem. O ato jurídico perfeito e a coisa julgada são espécies do gênero Direito Adquirido.

A jurisprudência a seguir, apresenta maiores esclarecimentos acerca da relação entre coisa julgada, ato jurídico perfeito e Direito Adquirido, enquanto formadores do princípio da segurança jurídica.

**Proteção ao ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada – Princípio da Segurança Jurídica:** STF – Contrato. Depósitos em caderneta de poupança. Ato jurídico perfeito. Princípio constitucional da intangibilidade das situações definitivamente consolidadas (CF, art. 5º, XXXVI). Impossibilidade da incidência de lei nova destinada a reger os efeitos futuros de contratos anteriormente celebrados. Hipótese de retroatividade mínima vedada pela Constituição da República. Precedentes do STF. Agravo improvido. No sistema constitucional brasileiro, a eficácia retroativa das leis (a) que é sempre excepcional, (b) que jamais se presume e (c) que deve necessariamente emanar de disposição legal expressa não pode gerar lesão ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada. A lei nova não pode reger os efeitos futuros gerados por contratos a ela anteriormente celebrados, sob pena de afetar a própria causa – ato ou fato ocorrido no passado – que lhes deu origem. Essa projeção retroativa da lei nova, mesmo tratando-se de retroatividade mínima, incide na vedação constitucional que protege a incolumidade do ato jurídico perfeito. A cláusula de salvaguarda do ato jurídico perfeito, inscrita no art. 5º, XXXVI, da Constituição, aplica-se a qualquer lei editada pelo Poder Público, ainda que se trate de lei de ordem pública. Precedentes do STF. [...] Motivos de ordem pública ou razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, ex parte principis, a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a

em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade - não podem ser invocados para viabilizar o descumprimento da própria Constituição, que, em tema de atuação do Poder Público, impõe-lhe limites inultrapassáveis, como aquele que impede a edição de atos legislativos vulneradores da intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada. Doutrina e jurisprudência.

Na jurisprudência a seguir, o Supremo Tribunal Federal reitera o entendimento de que a lei não pode retroagir para ferir o ato jurídico perfeito, o Direito Adquirido e a coisa julgada, mesmo que sob o pretexto de estabelecer normas de ordem pública, como se pode notar pela ementa do julgado:

**E M E N T A:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CADERNETA DE POUPANÇA - CONTRATO DE DEPÓSITO VALIDAMENTE CELEBRADO - ATO JURÍDICO PERFEITO - INTANGIBILIDADE CONSTITUCIONAL - CF/88, ART. 5º, XXXVI - INAPLICABILIDADE DE LEI SUPERVENIENTE À DATA DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE DEPÓSITO, MESMO QUANTO AOS EFEITOS FUTUROS DECORRENTES DO AJUSTE NEGOCIAL - RE NÃO CONHECIDO. CONTRATOS VALIDAMENTE CELEBRADOS - ATO JURÍDICO PERFEITO - ESTATUTO DE REGÊNCIA - LEI CONTEMPORÂNEA AO MOMENTO DA CELEBRAÇÃO. - Os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração. Mesmo os efeitos futuros oriundos de contratos anteriormente celebrados não se expõem ao domínio normativo de leis supervenientes. As conseqüências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação em vigor no momento de sua pactuação. Os contratos - que se qualificam como atos jurídicos perfeitos (RT 547/215) - acham-se protegidos, em sua integralidade, inclusive quanto aos efeitos futuros, pela norma de salvaguarda constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República. Doutrina e precedentes. INAPLICABILIDADE DE LEI NOVA AOS EFEITOS FUTUROS DE CONTRATO ANTERIORMENTE CELEBRADO - HIPÓTESE DE RETROATIVIDADE MÍNIMA - OFENSA AO PATRIMÔNIO JURÍDICO DE UM DOS CONTRATANTES

- INADMISSIBILIDADE. - A incidência imediata da lei nova sobre os efeitos futuros de um contrato preexistente, precisamente por afetar a própria causa geradora do ajuste negocial, reveste-se de caráter retroativo (retroatividade injusta de grau mínimo), achando-se desautorizada pela cláusula constitucional que tutela a intangibilidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas. Precedentes. LEIS DE ORDEM PÚBLICA - RAZÕES DE ESTADO - MOTIVOS QUE NÃO JUSTIFICAM O DESRESPEITO ESTATAL À CONSTITUIÇÃO - PREVALÊNCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO. - A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro. Razões de Estado - que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, ex parte principis, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo - não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública - que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) - não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade."(RE-205193/RS, rel. Min CELSO DE MELLO, primeira turma, unânime, julgado em 25/02/1997, publicado no DJ em 06-06-97.)

Como se observa, da mesma forma que a lei não atinge determinação anterior que originou o Direito Adquirido, também não atinge coisa julgada ou ato jurídico perfeito, visto que estas últimas constituem-se como espécies do Direito Adquirido, que representa o gênero. O fato de o Estado poder intervir no domínio econômico não dispensa o Poder Público da obrigação jurídica de respeitar os postulados que se originam no ordenamento constitucional brasileiro, principalmente, no que diz respeito aos princípios, como o que tutela a intangibilidade do ato jurídico perfeito, que estão revestidos por um claro sentido de fundamentalidade.

Não por outra razão, procura-se, por razões técnicas, abordar a um só tempo os três conceitos, dada a comunhão de objetivos – a segurança jurídica – e as similitudes que acompanham estes institutos, trocados comumente uns pelos outros.

Estudiosos propõem definições a partir das quais procuram pontuar distinções. Assim, por ato jurídico perfeito se deve entender aquele negócio, ato *stricto sensu* ou ato-fato, que, tendo ultimado seu processo formativo factual, integra-se, pela incidência de uma norma, ao sistema jurídico, tal como conformado em determinada circunstância temporal e espacial.

No dizer de Miranda (1968, p.62) é o “fato jurídico que tem o seu momento-ponto no espaço-tempo: entrou em algum sistema jurídico, em dado lugar e data”. Assim, insere-se no plano da existência tal como se apresenta, sendo sua juridicidade a coloração que lhe dá aquele sistema.

De acordo com Moraes (2005, p.300), “o ato jurídico perfeito é aquele que reuniu todos os seus elementos constitutivos exigidos pela lei”. O princípio constitucional do respeito ao ato jurídico perfeito é aplicável a todas as leis e atos normativos, inclusive às leis de ordem pública.

Nessa mesma perspectiva de entendimento, Sidou (2001) escreve que o ato jurídico perfeito é aquele que emana de agente capaz e, tendo por objeto lícito, obedece a forma prescrita e não defesa em lei, entendendo-se por consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. Representa,

dessa maneira, uma das formas por meio das quais se constitui o Direito Adquirido.

Bastos (1994) conceitua o ato jurídico perfeito como aquele que se aperfeiçoou, que reuniu os elementos necessários a sua formação, debaixo da lei velha. Isso não significa que, por si só, o ato jurídico perfeito encerre em seu bojo um Direito Adquirido. Na verdade, seu beneficiário está imunizado de oscilações de forma aportadas pela lei nova.

O ato jurídico perfeito é entendido, segundo Correia (2006), como o ato jurídico já consumado, perfeito e acabado e em conformidade com as normas legais então vigentes. A título de exemplo, pode-se citar o caso da celebração de um contrato de acordo com o ordenamento jurídico vigente no momento da referida celebração.

A coisa julgada, a seu turno, é, segundo Chiovenda (1998, p.452):

[...] a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda, e consiste em que, pela suprema exigência da ordem e da segurança da vida social, a situação das partes fixada pelo juiz com respeito ao bem da vida (res), que foi objeto de contestação, não mais se pode, daí por diante, contestar; o autor que venceu não pode mais ver-se perturbado no gozo daquele bem; o autor que perdeu não lhe pode mais reclamar, ulteriormente, o gozo.

Corroborando tal entendimento, Moraes (2005) sustenta que a coisa julgada compreende a decisão judicial da qual não caiba mais recursos, caracterizando-se pela imutabilidade.

Correia (2006) define a coisa julgada como a eficácia que torna indiscutível e imutável a sentença que não mais está sujeita a recurso no âmbito do Poder Judiciário, isto é, insuscetível de qualquer alteração posterior, em conformidade com o disposto no art. 467<sup>5</sup>, do Código de Processo Civil. Importa salientar que de atos ilícitos não se originam Direitos, segundo o disposto na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, a base legal da coisa julgada está no Código de Processo Civil, nos arts. 467 a 475, cabendo ressaltar os seguintes:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

- I – Os motivos, ainda que importantes, para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
- II - A verdade dos fatos, estabelecida como fundamento de sentença;
- III - A apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença faz coisa julgada em relação a terceiros.

A explicação da coisa julgada, conforme Chiovenda (1998), está pautada na exigência social da segurança no gozo dos bens, visto que o processo é entendido como instituto público destinado à atuação da vontade da lei em relação aos bens da vida por ela assegurados, resultando na emanção de um ato de vontade que condena ou absolve.

---

<sup>5</sup> Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário.

Portanto, a sentença da coisa julgada diz respeito unicamente à afirmação ou a negação de uma vontade do Estado que garanta a alguém um bem da vida no caso concreto. E somente a isso pode-se estender a autoridade do julgado. Nesse sentido, por intermédio da sentença é alcançada a certeza da existência de tal vontade e, pois, a incontestabilidade do bem reconhecido ou negado. Essa incontestabilidade concretiza-se mediante a preclusão de todas as questões suscitadas e de todas as questões que poderiam ainda ser levantadas em torno da vontade concreta de lei, com o fim de obter o reconhecimento do bem negado ou o desconhecimento do bem reconhecido (CHIOVENDA, 1998).

A preclusão corresponde a um instituto geral com aplicações constantes no processo e consiste na perda de uma faculdade processual por terem sido tocados os extremos fixados pela lei para o exercício dessa faculdade no processo ou em uma fase do processo. Chiovenda (1998) esclarece que na aplicação em relação à coisa julgada, a preclusão corresponde a perda da faculdade de propor questões, ou seja, da faculdade de contestar.

Ainda no que tange a caracterização da coisa julgada, Chiovenda (1998, p.452), acrescenta:

A coisa julgada é a eficácia própria da sentença que *acolhe ou rejeita a demanda*, e consiste em que, pela suprema exigência da *ordem e da segurança da vida social*, a situação das partes fixada pelo juiz com respeito

ao bem da vida, que foi objeto de contestação, não mais se pode, daí por diante, contestar; o autor que venceu não pode mais ver-se perturbado no gozo daquele bem; o autor que perdeu não lhe pode mais reclamar, ulteriormente, o gozo. A eficácia ou a autoridade da coisa julgada é, *portanto, por definição, destinada a agir no futuro, com relação aos futuros processos.*

Sidou (2001) escreve que a coisa julgada diz respeito à situação da sentença em relação a qual não mais cabe recurso, tornando-se imutável e indiscutível para as partes. A coisa julgada possui, assim, limites subjetivos, ou seja, um determinado espaço dentro do qual a coisa julgada opera em relação às pessoas submetidas a sua indiscutibilidade, que são somente as partes entre as quais a sentença é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros, salvo se esses houverem sido citados no processo.

A coisa julgada pode ser dividida, conforme explica Sidou (2001, p.168-169) nas seguintes categorias:

Coisa julgada administrativa: condição de imutabilidade das decisões tomadas nos processos administrativos, assim reconhecida nos regimes que adotam contencioso da espécie. Inadmitida no Brasil, onde impera o preceito fundamental de que nenhuma lesão de direito individual escapará à apreciação do Poder Judiciário.

Coisa julgada formal: efeito meramente transitório da sentença, isto é, obrigatoriedade tão-só com relação ao processo em que foi emitida e com o estado de coisas levado em conta no momento de decidir, e assim uma sentença inimpugnável, não, porém imutável.

Coisa julgada material: efeito da sentença que é inimpugnável no mesmo processo e imutável, embora em outro júízo posterior. Diz-se também coisa julgada substancial.

A coisa julgada material, de acordo com Theodoro Junior (2001), na sistemática do Código de Processo Civil, compreende o fenômeno por meio do qual a sentença de mérito torna-se imutável e indiscutível, seja no processo em que foi prolatada, seja em qualquer outro que venha futuramente a ser instaurado entre as mesmas partes ou seus sucessores.

A coisa julgada formal tem sua origem na omissão ou no esgotamento dos recursos de uma sentença, pela qual a sentença não poderá ser reexaminada e, pois, alterada ou reformada, no mesmo processo em que foi proferida, sendo que seus efeitos – declaratório, condenatória ou constitutivo – tornam-se imutáveis. Em outros termos, o comando emergente da sentença, enquanto ato imperativo do estado, torna-se definitivo, inatacável, imutável, não podendo ser desconhecido fora do processo (AZAMBUJA, 1994).

Pode-se afirmar ainda, em conformidade com Azambuja (1994), que a coisa julgada formal e a coisa julgada material são degraus do mesmo fenômeno. Proferida a sentença e passados os prazos de recursos, a sentença torna-se imutável (coisa julgada formal); e, por conseguinte, tornam-se imutáveis os seus efeitos (coisa julgada material).

Com base nessas categorias de coisa julgada, Moraes (2005) acrescenta que a proteção constitucional incide somente sobre a coisa julgada material (*autoritas judicatae*), a qual compreende aquela entendida como a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte

dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Importa pontuar que a possibilidade de previsão no ordenamento jurídico de revisão criminal ou ação rescisória não é incompatível com a Constituição Federal de 1988, visto que, devem existir instrumentos de controle da sentença judicial transitada em julgado, quando essa apresentar vícios graves, que resultem em perturbação da ordem jurídica (MORAES, 2005).

Freire (2001) defende que a coisa julgada, juntamente com a litispendência, a perempção e ainda a cláusula compromissória são, em verdade, impedimentos fático-jurídicos ao regular exercício da ação, absolutamente extrínseco à relação processual, constituindo, a ausência de tais situações, outra face do interesse de agir.

Tendo esclarecido os conceitos de ato jurídico perfeito e coisa julgada, é preciso assinalar que o Direito Adquirido não se confunde com o ato jurídico perfeito. Isso se deve ao fato de que, um determinado Direito pode ainda não ter se incorporado definitivamente no patrimônio do titular, devido sua subordinação a uma condição suspensiva.

Ao mesmo tempo, ele está materializado em um ato jurídico perfeito, que merece a proteção constitucional do art.5º, XXXVI, da Constituição da República de 1988, e, como tal, não pode ser objeto de qualquer modificação

legislativa, impondo-se limite verdadeiro ao poder legiferante do Estado tendo em vista a obtenção da segurança jurídica.

Correia (2006), esclarece que na ausência dessa segurança ter-se-ia um verdadeiro caos jurídico em detrimento da sociedade organizada, com as mais nefastas conseqüências. No intento de evitar tais conseqüências, o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988 consagrou a doutrina da irretroatividade das leis, assegurando-lhe embasamento no texto constitucional, diferentemente do que ocorre em outros sistemas normativos, possibilitando a proteção de modo mais efetivo da segurança jurídica.

Portanto, a partir do momento em que o princípio geral da irretroatividade das normas jurídicas é consagrado como preceito constitucional de garantia, “tanto se dirige ao juiz, quanto ao legislador, tanto compreende o Direito Público, quanto o Direito Privado” (RÁO, 1960, p.433).

Nesse sentido, acerca do princípio da irretroatividade das leis, Pereira (1995) esclarece que outros sistemas de Direito, os quais representam a maioria, tomam posição diferente da adotada na legislação brasileira. Tais sistemas tomam o princípio da não-retroatividade como regra, sendo que a lei ordinária o consigna com o sentido de medida de política legislativa. A partir dessa concepção a lei não deve retroagir e, ao ser aplicada, cabe ao juiz guardar-se de lhe dar interpretação, com efeito, retrooperante.

Entretanto, como o princípio não se dirige obrigatoriamente ao legislador, reserva-se a ele a liberdade de votar leis retroativas, quando entender que tal é conveniente ao interesse público. Conforme Pereira (1995), essa doutrina vigora na França, cujo Código Civil, em seu art. 2º, prescreve que a lei só dispõe para o futuro, e não tem efeito retroativo. No mesmo sentido o Código Italiano de 1942, em seu art. 11, e o Código Civil espanhol, cujo art. 3º diz que a lei não tem efeito retroativo, salvo se o legislador determinar disposição contrária. O Código Civil argentino, em seu art. 3º, compartilha do mesmo entendimento consignando que a lei não tem efeito retroativo nem pode modificar os Direitos já adquiridos.

A idéia da não-retroatividade, sob a inspiração do preceito, resulta do fato de que a lei não pode alcançar o tempo passado sem a retroatividade, e como “a irretroatividade é imposta ao juiz como norma orientadora da aplicação do Direito far-se-á esta sempre orientada pela idéia de excluir qualquer efeito retrooperante” (PEREIRA, 1995, p.94).

Ressalte-se, porém, que nesses casos o legislador não está sujeito à regra, podendo prescrever eficácia retroativa às leis. Pautando-se por essa concepção, infere-se que o juiz não pode atribuir às disposições novas, efeito retroativo, com exceção dos casos em que o legislador tenha claramente manifestado sua vontade nesse sentido.

Ainda acerca dessa visão, Ráo (1960) afirma que, embora o enunciado da irretroatividade possa estar presente em lei comum, dirigindo-se,

assim, formalmente somente ao juiz, não pode o legislador resolver o passado e conferir, de forma arbitrária, efeito retroativo a quaisquer normas jurídicas. Se assim o fosse, estaria o legislador a violar regras de Direito Natural.

E não é somente ao legislador que esse dever incumbe, mas ainda a todo poder competente para realizar a edição de leis e demais normas jurídicas obrigatórias, pois a todas elas, independentemente de quais forem (leis, decretos, regulamentos, entre outros), o mesmo princípio aplica-se.

Portanto, ao se afirmar que a nova norma jurídica não possui efeito retroativo, salvo disposição em contrário, tem-se duas implicações: ou por esta se possibilita ao legislador modificar atos e fatos passados e os Direitos deles nascidos, e, dessa forma, constrange-se um dos princípios fundamentais do Direito Natural, ou se faz referência, somente, à faculdade de atingir os efeitos desses atos, fatos e direitos e, nesse caso, a expressão retroatividade é utilizada de maneira inadequada, defende Ráo (1960).

De acordo com Pereira (1995), em outras situações, o princípio da não-retroatividade é concebido de forma mais rígida do que como uma medida simplificada de política legislativa, visto que assume o sentido de uma norma cuja natureza remete ao texto constitucional. Com essa natureza, o princípio da não-retroatividade reflete extensão muito maior e, principalmente, com intensidade mais profunda. Nesse sentido, não se configura somente como uma regra imposta ao juiz, ao qual é vedado atribuir à lei efeito retrooperante.

É uma norma que atua de forma coercitiva em relação ao legislador, que, por sua vez, fica proibido de instituir leis retroativas. Diferentemente daqueles sistemas que permitem ao legislador a manifestação clara do propósito de impor às disposições legais efeito retroativo, aqui essa liberdade lhe é negada. Dessa forma, a lei que tenha um tal efeito reveste-se de clara inconstitucionalidade, cabendo ao Poder Judiciário recusar-lhe aplicação.

Assim, sabendo-se que o princípio da irretroatividade dirige-se ao próprio legislador no sistema jurídico brasileiro, tem-se entendido na doutrina que a norma de ordem pública não poderá retroagir em prejuízo do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do Direito Adquirido. Do mesmo modo, os Direitos de obrigação são regidos pelas normas do tempo em que se constituíram (CORREIA, 2006).

Cabe ainda ressaltar que o Código Civil de 1916, ao disciplinar os atos jurídicos, definindo as suas modalidades de atos jurídicos, estabeleceu em seu art. 114 (art. 121<sup>6</sup> no Código Civil atual) que se deve entender por condição a cláusula que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto, sendo espécies dessa modalidade a condição suspensiva e a condição resolutiva. O Código Civil de 2002 não alterou a diferenciação entre condição suspensiva e condição resolutiva, conforme consigna em seus arts. 125<sup>7</sup> e 127<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> **Art. 121.** Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

<sup>7</sup> **Art. 125.** Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.

<sup>8</sup> **Art. 127.** Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido.

Fiuza (2002, p.129) conceitua a condição suspensiva e a condição resolutiva da seguinte forma:

Condição suspensiva: Será suspensiva a condição se as partes protelarem, temporariamente, a eficácia do negócio até a realização do acontecimento futuro e incerto.

Condição resolutiva: A condição resolutiva subordina a ineficácia do negócio a um evento futuro e incerto. Enquanto a condição não se realizar, o negócio jurídico vigorará, podendo exercer-se desde a celebração deste o direito por ele estabelecido. Mas, verificada a condição, para todos os efeitos extingue-se o direito a que ela se opõe.

Também Pereira (1995) trata de diferenciar o que vem a ser a condição suspensiva e a condição resolutiva. Escreve ele que no estado de pendência da condição, o Direito já é objeto de tutela jurídica, podendo variar em virtude da natureza do ato e da qualidade da condição. Porém, na *pendente conditione* não pode o titular do Direito suspenso praticar os atos que interfiram com o seu exercício. Prevalece aqui uma sensível diferença entre a pendência da condição suspensiva e da resolutiva.

Dessa forma, caso seja suspensiva, o Direito ainda não se adquire, ou seja, não nasce, enquanto não é realizado. Isso significa que aquele que alienou, continua sendo o proprietário. Por sua vez, o que adquiriu, não tem ainda nenhum Direito nascido e atual. Não se constitui senão uma obrigação incerta, que no futuro será convertida em obrigação pura, considera-se a situação imanente como um Direito e obrigação em processo de germinação,

uma situação em que no momento nada é devido, mas vigora a quase certeza de vir a ser.

No caso em que obrigação é resolutiva, na qual a extinção do Direito está subordinada ao evento, o Direito nasce desde logo e produz seus efeitos, sendo que o adquirente torna-se proprietário e o alienante deixa de o ser. Assim, desde logo se forma uma obrigação como se fosse pura e simples, porém sujeita a ser cancelada.

Miranda (1969 apud CORREIA, 2006) se manifesta acerca da diferenciação entre Direito Adquirido e ato jurídico perfeito, ainda que sujeito a termo ou condição. A diferença entre Direito Adquirido e ato jurídico perfeito situa-se no fato de que aquele decorre diretamente da lei em favor de um titular, enquanto o segundo compreende um negócio fundado na lei.

O ato jurídico perfeito compreende o negócio jurídico, ou o ato jurídico *stricto sensu*, envolvendo as declarações unilaterais de vontade, os negócios jurídicos bilaterais, os negócios jurídicos, as reclamações, interpretações, a fixação de prazo para a aceitação de doação, as comunicações, a constituição de domínio, as notificações, o reconhecimento para interromper a prescrição, entre outros atos. Assim, o ato jurídico perfeito, é aquele que sob o regime da lei antiga tornou-se apto para produzir os seus efeitos pela verificação de todos os requisitos necessários. Ainda que possa estar sujeito a termo ou condição é considerado perfeito.

Desse modo, tem-se que o contrato é ato jurídico perfeito, não podendo lei posterior, mesmo que de ordem pública, retroagir para modificar as normas contratuais fixadas entre as partes, de acordo com o ordenamento jurídico vigente no momento da celebração do ajuste, ainda que exista previsão de Direitos subordinados a condição suspensiva. Também é inviável a alteração unilateral do referido contrato por quaisquer das partes.

Assim, pode-se afirmar que o ato jurídico perfeito torna-se um Direito adquirido, sobre o qual lei nova não pode interferir. O mesmo entendimento se aplica à coisa julgada irrecorrível, que se torna um Direito Adquirido, sobre a qual nada mais pode intervir.

O Direito Adquirido, afinal, é tratado como a 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 nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.

Acerca da relação entre coisa julgada e ato jurídico perfeito com o Direito Adquirido, entendidas aquelas como subespécies dessa última, Sampaio (2005, p. 84) acrescenta:

Seja como direito estrito senso, seja como as subespécies de ato jurídico perfeito e coisa julgada, temos uma situação ou um complexo fático-jurídico consolidados pelo transcurso do tempo. Em sentido

estrito, consideramos direito adquirido o complexo de situações concretas e subjetivas, fundadas e esgotadas as hipóteses legais de aquisição; em sentido largo, direito adquirido é, ademais aquelas posições de vantagem que decorrem de um julgado irrecorrível; bem como situações existentes e realizadas de acordo com a lei.

A partir do exposto tem-se evidente a proximidade existente entre coisa julgada e ato jurídico perfeito com o Direito Adquirido. Um Direito Adquirido pode resultar de um ato jurídico perfeito, como pode não ser. O nascituro é titular de Direitos que não derivam de um tal ato. Da mesma forma, pode um ato jurídico e perfeito existir sem que haja, ainda, um Direito Adquirido.

No Direito Adquirido faz-se presente um reforço temporal ou qualificador e preclusivo de um Direito Subjetivo, que integra, teoricamente, o ativo de seu titular, o que Sampaio (2005) denomina de Direito Adquirido de valor econômico. Esse qualificador pode também integrar a esfera jurídica do indivíduo, o que recebe o nome de Direito Adquirido sem valor econômico.

Discutindo o sentido de Direito Adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada a partir do disposto na LICC, Sampaio (2005) sustenta que o Direito Adquirido e as suas espécies independem de concretização legislativa, sendo que a lei também não os impede desde que a margem de configuração não exceda aos limites impostos pelo texto constitucional em sua sistemática formal e material.

O art. 6º, do Decreto-Lei nº 4.657/1942, com a redação recebida da lei nº 3.238/1957, dispõe que “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o Direito Adquirido e a Coisa julgada”. A partir dessa disposição da lei, sustenta Sampaio (2005), advêm dois princípios: primeiro, que os efeitos das leis em vigor são imediatos; segundo, que existem três barreiras a essa incidência geral e imediata, embora aparentemente nada autorize em relação à retroatividade.

A vigência compreende a capacidade de impor e vincular condutas, de incidir sobre o âmbito da realidade. A eficácia da lei é justamente essa capacidade em concreto, é a vigência em ação, a incidência *ex post*, pressupondo a vigência e eventuais condicionamentos materiais e jurídicos, denominados por alguns de “eficácia técnico-jurídica”. Não há vigência ou incidência antecipada (retroatividade) ou residual (ultra-atividade), mas aplicação da lei, ou seja, incidência da lei.

Não se distingue na LICC os tipos ou o caráter da norma vigente, sua natureza própria da lei, civil ou penal, se é de ordem privada ou de ordem pública. Desde que esteja de acordo com a Constituição e não desrespeite Direito Adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, a incidência da lei é válida.

Como já conceituado anteriormente, o ato jurídico perfeito corresponde ao já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, ou seja, é todo passado consumido no ato mesmo de produzir-se. É

denominada de coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que não caiba recurso. E adquiridos são 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 (SAMPAIO, 2005).

Daí pode-se inferir que fato passado juridicamente qualificado como simples ato, como contrato ou com fato lato senso, vale dizer, que tenha uma conseqüência jurídica prevista sem necessidade de outros embaraços, que não sejam uma condição potestativa ou termo prefixado, não pode sobre nova qualificação jurídica. Entretanto, a condição potestativa pura é vedada pelo Código Civil, em seu art. 122, e a suspensiva, pelo mesmo Código, enquanto não verificada não permite que se fale em Direito Adquirido (art. 125).

Essa contradição contida no Código Civil de 2002 pode ser transposta por meio da aplicação do princípio *Tempus regit factum*. Isso significa que os efeitos pretéritos, as conseqüências havidas, mesmo que não exercidas ou gozadas regulam-se pela norma de seu tempo. Os fatos passados podem até ser abrangidos pela nova lei, em hipótese alguma, porém, para rediscutir seus efeitos independentes de outros fatos ou atos futuros.

Os fatos podem ser redefinidos por nova disciplina legal, desde que não se afetem qualidades já incididas sobre eles, por força de norma vigente. É por isso que se pode falar em lei que considere válidos atos que antes não o eram, desde que o faça desde o instante que entrar em vigor, sem desconstituir conseqüências já produzidas no passado. Isso significa, conforme Sampaio

(2005), que os fatos em toda a linha do tempo permanecem sempre abertos à lei do presente; os efeitos ou conseqüências a eles atribuídos por essa lei são sempre *ex nunc*, a partir de agora. Desde que se trate de lei razoável, mas deixemos esse considerar para outro instante, voltando-nos para o próprio *ser* do art. 6º, da LICC.

Importante lembrar que as definições de Direito Adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito são legais e não constitucionais. Logo, estão no mesmo plano das fontes legais ordinárias, ao que Sampaio (2005, p.175) acrescenta:

[...] dir-se-á que elas são normas de normas e nesse sentido fontes, de modo que as normas reguladas pelas fontes não podem modificar a própria fonte. Mas quem afirma que os enunciados do art. 6º da Lei de Introdução e fonte deve provar que o seja por alguma autorização do sistema de fontes do ordenamento brasileiro. Terá certamente tremenda dificuldade por uma razão simples: ela não existe. As fontes são típicas, não se encontrando no chão bruto da Constituição a afetação de competência a um legislador de direito intertemporal.

Desse modo, não cabe a uma norma dentro do poder constituído autoproclamar-se fonte, assim como não pode abrir mão de seu poder para fonte menor ou postular-se maior do que é. Isso significa que as definições contidas na LICC acerca de Direito Adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito não são constitucionais, ainda que os institutos com as quais trabalham o sejam. Disso resulta que pode estar sujeita a revogações ou a exclusões de certos âmbitos ou institutos por mera disposição ordinária.

## **2.6 O Direito Adquirido e a irretroatividade da lei, uma distinção dogmática relevante**

Uma lei possui três formas possíveis de aplicação no tempo: passado, presente e futuro. O passado para uma lei diz respeito a tudo o que aconteceu antes dessa lei entrar em vigor; presente é tudo que acontece durante a vigência da lei; e futuro compreende aquilo que irá acontecer somente depois de ela ter perdido sua força obrigatória, ou seja, ao efetivar-se a sua revogação.

Ressalte-se que uma norma de Direito que é eficaz na atualidade pode deixar de sê-lo no futuro. Em regra, a vigência delimita a eficácia do Direito. O Direito, entretanto, pode ter eficácia depois de revogado por respeito a situações constituídas ao tempo em que era vigente, as quais devem continuar a ser regidas pelo Direito abolido, por exemplo no caso de direito adquirido (GUSMÃO, 1997).

Esse aspecto também é abordado por Mendonça (2002), ao sustentar que certas regras jurídicas não são eficazes no tempo inicial de sua vigência, mas sua eficácia cresce gradativamente. O simples fato de a norma jurídica ser inobservada não significa que ela seja ineficaz, salvo se cair em desuso, isto é, se não for aplicada, habitual, uniforme e reiteradamente pelo poder público.

Com o passar do tempo, as normas também podem entrar em conflito. Cardozo (1995) salienta que o conflito intertemporal das normas jurídicas, por mais simples que seja a questão abordada, o que sempre se terá por pano de fundo será o problema dos limites de vigência das regras de Direito Positivo.

De fato, entendido o conceito de vigência como sendo a existência objetiva de uma norma, todos os problemas ligados ao campo do conflito intertemporal das normas jurídicas podem ser reduzidos, em última instância, à questão da definição dos limites que circunscrevem o campo de aplicabilidade das normas jurídicas. Todavia, a recíproca não é verdadeira. O problema dos limites do domínio de vigência das normas jurídicas é muito mais abrangente e amplo do que mera questão do conflito intertemporal de regras positivas que se sucedem.

A partir da admissão da existência de conflitos nas normas intertemporais, relevante torna-se revisar a distinção dogmática entre Direito Adquirido e irretroatividade das leis.

A teoria clássica acerca do Direito Adquirido, conforme Correa (2002), trata de proteger Direitos Subjetivos, admitindo somente que a lei nova seja aplicada de duas maneiras: irretroativamente, no intento de assegurar a proteção dos referidos Direitos Adquiridos, ou retroativamente, nos casos em que tais Direitos merecem ser desrespeitados em virtude de não serem caracterizados como adquiridos, visto que se trata de expectativas de Direito,

faculdades jurídicas ou por referirem-se a questões de ordem pública, nas quais o interesse público prevalece. Dessa forma, prevalece uma interação entre a aplicação da lei no tempo propriamente dita e a tutela aos Direitos Adquiridos.

A teoria clássica trata de vincular a proteção dos Direitos Adquiridos à irretroatividade da lei, quando, na verdade, conforme defende Correa (2002), é o efeito imediato que atingirá tais Direitos, visto que estão relacionados a situações fáticas que ocorrem na vigência da lei nova. O efeito da lei que garante tais Direitos será o efeito pós-ativo da lei velha, não o retroativo da lei nova.

A irretroatividade tem, sob essa perspectiva, a função de proteger as situações consumadas totalmente no passado, ou seja, que ocorreram no passado e obtiveram, também no passado, o tratamento jurídico previsto na norma antiga. Nesses casos, que constituem atos jurídicos perfeitos, a lei nova não poderá retroagir.

Diferentemente da teoria clássica, a teoria intermédia, ao determinar que a lei deve se aplicar aos fatos que lhe são contemporâneos, deixa sem solução situações pendentes diversas que, embora tenham ocorrido durante a vigência da lei nova, o tratamento jurídico ou estatuição a elas dado deve ocorrer com base na lei antiga. Para Correa (2002), o binômio retroatividade/irretroatividade não soluciona tais situações.

Com efeito, a teoria dos fatos passados versa sobre a aplicação, tanto da lei nova quanto da antiga, da mesma forma, a saber: “os fatos consumados durante a vigência da lei antiga são regulados pela lei antiga, os fatos consumados ao tempo da lei nova são regulados por esta” (CORREA, 2002, p.45). Todavia, a teoria não avalia o tratamento destinado aos efeitos da situação jurídica consumada durante a vigência da lei antiga, mas que só venham a ocorrer após a vigência da lei nova. De acordo com essa teoria, a lei nova será retroativa se atingir os fatos consumados, o ato jurídico perfeito e irretroativa se respeitá-los.

Não pode a lei modificar os fatos, pautando-se na mera justificativa de que os fatos materiais, por pertencerem ao mundo físico, não admitem alteração. Mas à lei é permitido alterar as conseqüências de fatos jurídicos ocorridos no passado, ou seja, os efeitos dessa situação jurídica, como aponta Roubier (apud CORREA, 2002).

A mudança na direção da conseqüência da lei pode operar *ex tunc*, atingindo as conseqüências daquele fato a partir de sua constituição (ou extinção), ou *ex nunc*, isto é, somente a partir da vigência da lei nova. Nesse caso, os efeitos produzidos até o início da entrada em vigor da lei nova serão respeitados.

Conhecendo-se as possibilidades de atuação da lei no tempo, resta definir em que casos a lei nova poderá atuar no passado e afastar a incidência da lei antiga, ou quando a lei antiga poderá atuar no futuro e afastar a

incidência da lei nova, ou em que casos cada uma atuará no tempo que constitui o presente, de cada uma respectivamente, sem tocar a outra (CORREA, 2002).

Para tanto, é fundamental definir o que vem a ser a irretroatividade. Sampaio (2005) escreve que os partidários da teoria subjetivista definem a irretroatividade tomando como base os Direitos subjetivos individuais, principalmente os Direitos Adquiridos (Savigny, Gabba), ou os atos de vontade dos indivíduos (Lassalle) como referência inexpugnável, estabelecendo distinção com os Direitos facultativos ou as expectativas de Direito.

Os defensores do objetivismo, por sua vez, procuram enquadrar a irretroatividade em conformidade com a situação jurídica envolvida. Dessa forma, pode ser abstrata, que corresponde aquela do proprietário e do homem casado, dotada de generalidade, a todas se aplicando, a qual admite um certo grau de retroação; ou concreta, como a do legatário e do locador, dependente tanto da lei quanto do ato de testamento e de locação respectivamente, que não a admite, por vezes ocorrendo a distinção entre as situações cumpridas de forma plena e aquelas que apresentam diversos graus de realização, ora dos fatos geradores, ora das conseqüências, ora das duas coisas juntas, atraindo soluções divergentes para da cada um dos casos.

Considerando-se as diversas possibilidades de combinações prevalece um predomínio da repulsa à atividade retroativa das leis. Todavia, Sampaio (2005) salienta que os diversos autores tratam de abrandar essa

proibição, distinguindo a eficácia retrospectiva legítima (ou constitucional) da ilegítima (ou inconstitucional). Dessa forma, o juiz não pode aplicar a nova lei a fatos pretéritos e consumados, bem como aos efeitos dessa lei que já foram verificados, sob pena de arbitrariedade e violação da confiança. Mas a aplicação retroativa pode se dar quando as conseqüências do fato consumado estejam por vir sem que se possam considerar pressupostas por ele.

Barbalho (apud SAMPAIO, 2005) adotou a teoria da natureza ou finalidade social da nova lei, delimitando como retroatividade legítima as hipóteses de regramentos que promovam o interesse público ou da coletividade sobre eventuais Direitos individuais. Para ele, portanto, podiam ser mencionados como exemplo de normas que transportavam a presunção de prevalência dos interesses gerais: as leis constitucionais ou políticas; as leis que regulam o exercício dos Direitos políticos e individuais ou as condições de aptidões para os cargos públicos; as de organização judiciária, competência e processo, entre outras.

Também Carvalho (apud SAMPAIO, 2005) defendia que a regra era a irretroatividade, embora pudessem ser consideradas legítimas as leis que dispunham para o passado como as de ordem pública, por exemplo, a abolição de uma instituição e o estado ou capacidade das pessoas, respeitados os fatos consumados. Em sistemática semelhante, reúnem-se exceções de retroação legislativa legítima e de efeitos imediatos das leis de ordem pública, por exemplo, em Roubier e Ráo.

Na realidade, para Sampaio (2005), tais exceções podem-se considerar como intrínsecas à matéria regulada *per se*, não podendo se falar em retroatividade, porque Direitos Adquiridos não se firmam com base nela como advoga a maior parte dos autores citados, embora outros continuem a ressalvar o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o Direito Adquirido.

Toledo (2003) também afirma que o princípio jurídico da irretroatividade não é absoluto, embora a efetiva atribuição de retroatividade a uma lei represente uma situação de exceção na história. Na verdade, isso somente ocorreu em momentos de anormalidade sociais ou rupturas históricas, como guerras ou revoluções. No curso normal da vida social, portanto, o princípio da irretroatividade vem, desde há muito, consolidando-se.

Duguit (apud TOLEDO, 2003) representa um dos autores que negam decisivamente qualquer possibilidade de efeito retroativo da lei. No entanto, justifica seu posicionamento recorrendo a princípios superiores à Constituição, semelhantes a princípios de Direito Natural, o que deixa sua fundamentação significativamente frágil.

Roubier (apud TOLEDO,2003) defende que o princípio da irretroatividade é inteiramente correto, que o desrespeito a ele deve ser estritamente excepcional. Isso significa que o princípio da irretroatividade das leis é a regra, enquanto a retroatividade representa eventual exceção.

Interpretando o pensamento de Roubier, Toledo (2003, p.194)

escreve que:

Esse é um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, mas que cede apenas em duas hipóteses: quando se trata de *lei de interpretação* [...] e quando o estado se encontra em situação excepcional de guerra – a revolução não pode ser aqui considerada, já que se trata de Estado Democrático de Direito, em que todas as questões sociais são resolvidas democrática e discursivamente pelos membros que compõem a sociedade.

Nesse sentido, o entendimento que ainda prevalece entre grande parte da doutrina, bem como em meio a jurisprudência, no entender de Toledo (2003), não mais é compatível com o atual Estado Democrático de Direito, no qual vigora, via de regra, o efeito imediato das leis, conjugado com o princípio do Direito Adquirido e justificados pelos princípios da certeza e da segurança jurídica.

Portanto, se a aceitação da irretroatividade relativa das leis era justificável no início do século passado, no qual o princípio do efeito imediato das leis ainda não tinha se estabelecido firmemente. No presente Estado Democrático de Direito essa concepção não tem mais lugar. A simples exigência de disposição expressa de efeito retro-operante da lei é muito pouco, hoje, para que se desrespeite o princípio da irretroatividade. Seria indispensável uma situação de completa anomalia social e histórica para justificar tal procedimento, não bastando a vontade do legislador para tanto.

No Direito positivo pátrio, como já observado anteriormente, o princípio da irretroatividade das leis sempre se fez presente, muito embora a Constituição Federal de 1988 não faça nenhuma referência literal ao mesmo. Todavia, de acordo com Toledo (2003, p.197);

[...] no atual texto constitucional brasileiro, pelo cânone da totalidade do objeto interpretado, bem como pelos princípios da unidade e coerência do ordenamento jurídico, da imperatividade do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada e pelas justificativas arroladas acima, resulta necessariamente a vigência do princípio da irretroatividade legal como *princípio fundamental* no Direito pátrio, princípio de nível constitucional.

Alguns autores, partindo da visão privatista das relações jurídicas e mesmo do ordenamento jurídico, defendem que o princípio da irretroatividade das leis se constitui como um preceito de “política legislativa” ou simples conselho para legislador, que, com bom senso e atenção à prudente necessidade de manutenção da estabilidade social, deve se abster de votar leis retroativas. Desse modo, destinam ao legislador o poder absoluto de decisão quanto aos efeitos de que a lei será dotada.

Mas no Estado Democrático de Direito, o princípio da irretroatividade não somente existe, mas possui nível constitucional, visto que é um dos princípios que compõe a essência do Estado. É, assim, princípio fundamental, ainda que não seja expressamente dessa forma declarada no texto constitucional, não se tratando de simples aconselhamento ao legislador, que, se porventura dotado de bom senso e sensibilidade aos valores sociais, agirá de modo prudente ao elaborar leis não retroativas.

Esse princípio, da mesma forma que os demais, é dotado de imperatividade, determinando obediência dos seus destinatários. Trata-se de princípio vinculante para o legislador, não estando no seu arbítrio ou discricionariedade cumpri-lo ou não. Uma vez que se entende o princípio da irretroatividade como constitucional, o problema do Direito Intertemporal é deslocado, conforme Toledo (2003), para a indagação do caráter retroativo da lei, não podendo ser aplicada em caso afirmativo.

Ainda no que tange a irretroatividade das leis, Toledo (2003) escreve que esse princípio atua sobre as situações jurídicas já constituídas e completadas, bem como sobre os efeitos gerados e já concluídos, determinando que os mesmos não podem ser atingidos pela lei nova. Em outros termos, isso significa que os efeitos da nova lei não podem remontar a período anterior à data de sua entrada em vigor.

Esse princípio tem por base o fato de a lei somente poder obrigar a partir do momento em que existe, sendo que, antes disso, seu conhecimento é inviável, não podendo, então, ser presumido em relação aos indivíduos a ela submetidos. Além disso, a irretroatividade também auxilia na questão da segurança jurídica. Como salienta Toledo (2003), a irretroatividade proporciona ao indivíduo que ele possa contar com a proteção das situações jurídicas já formadas, com a imutabilidade das mesmas, assegurando a confiança nas disposições do ordenamento jurídico, possibilitando-lhe prever como sua conduta nela será enquadrada.

Não obstante, a irretroatividade auxilia a manter a unidade inerente ao sistema jurídico, ou seja, garante a ele um certo desenvolvimento no tempo, não permitindo que o ordenamento, a cada nova lei elaborada, desconsidere todas as situações jurídicas realizadas, bem como todos os Direitos Adquiridos sob a vigência da lei revogada.

A partir dessa justificativa da existência do princípio da irretroatividade, observa-se que ele difere em termos doutrinários, do que se entende por Direito Adquirido. Como se observa, a irretroatividade engloba o Direito Adquirido, mas não corresponde a ele.

Como já visto anteriormente, o Direito Adquirido é conceituado como aquele que faz parte do sistema de Direitos do indivíduo e dele não pode ser retirado por lei posterior. Já a irretroatividade determina que uma nova lei não pode atingir situações jurídicas já constituídas, isto é, não pode alcançar Direitos Adquiridos.

O Direito Adquirido resulta de uma lei existente ao tempo em que se produziu, e a partir do momento em que integra o patrimônio de quem o adquiriu pode ser exercido a qualquer momento, ainda que a lei que o tenha instituído já tenha sido revogada. Portanto, uma lei não pode retroagir e revogar um Direito Adquirido. Isso significa que a lei é irretroativa e não pode atingir um Direito que já foi anteriormente integrado ao patrimônio e à personalidade de seu titular.

Dessa forma, pode-se dizer que o princípio da irretroatividade incide sobre o Direito Adquirido, a partir do momento em que, através desse princípio, determina-se que uma lei nova não pode retroagir e atingir um Direito que já pertence ao patrimônio do particular. E com esse princípio reafirma-se a certeza e a segurança jurídica.

Nesse sentido, embora diferentes, pode-se afirmar que o princípio da irretroatividade e o Direito Adquirido possuem uma finalidade em comum que corresponde, justamente, à garantia da segurança jurídica e da integridade do sistema jurídico de uma nação. Sampaio (2005, p.83) salienta que o Direito Adquirido representa a “barreira à retroatividade da lei e de garantia da previsibilidade dos negócios”.

Outro motivo pelo qual, com freqüência, se costuma confundir em termos dogmáticos o Direito Adquirido e a irretroatividade das leis diz respeito ao fato de os mesmos possuírem fundamentos idênticos. Em relação a isto, Sampaio (2005) acrescenta que, na verdade, o fundamento do Direito Adquirido se confunde em grande medida com a garantia da irretroatividade das leis, o que não deixa de se constituir como um corolário da estabilidade das situações e relações jurídicas, pautando-se na idéia de segurança e de justiça.

A idéia de segurança jurídica tem uma dimensão objetiva e outra dimensão subjetiva. O próprio sentido de Estado de Direito dá origem à

dimensão objetiva, pondo-se como dupla exigência objetiva e como finalidade social. As exigências são de “correção estrutural”, entendida como formulação adequada das normas do sistema jurídico, e de “correção funcional”, identificada com o cumprimento do Direito pelos seus destinatários. A finalidade está contida na necessidade de estabilizar as expectativas de comportamento, promovendo a paz e assegurando a integração social, seja por meio da funcionalidade sistêmica, seja por intermédio da associação a condutas voltadas para o entendimento, de tal forma que a irretroatividade, nesse contexto, seria o reforço da *fides* social nas instituições e nas regras que as dirigem. Em outros termos, a dimensão objetiva da irretroatividade diz respeito ao fato de esse princípio constituir-se como um instrumento de estabilidade jurídica instauradora da confiança que os indivíduos devem ter na eficácia do sistema.

Pela dimensão subjetiva encarna-se a exigência da “certeza do direito”, como previsibilidade e garantia das liberdades e dos Direitos individuais, principalmente os de cunho patrimonial. Uma vez que fossem estabelecidas leis retroativas estar-se-ia rompendo com o limite antecipado entre as esferas da licitude e ilicitude, violando as expectativas das pessoas em torno das conseqüências de seus atos e constituindo-se, por isso mesmo, num atentado à liberdade e à responsabilidade do homem (SAMPAIO, 2005).

O fundamento da justiça, inerente ao princípio da irretroatividade das leis, bem como ao Direito Adquirido, está relacionado, inicialmente, com a idéia de que a irretroatividade corresponde à própria moral interna do Direito e deriva

do sentimento comum do justo como estabilidade das relações jurídicas e da natureza política devido ao fato de a previsibilidade ser elemento do estado de Direito. Somente os tiranos tratam de criar leis retroativas para restringir a liberdade dos indivíduos.

## **2.7 Direito Adquirido e ordem pública**

Questão que atormenta a dogmática é a que coloca frente a frente o Direito Adquirido e o interesse público. França (2000, p.264) assinala, no que tange às relações entre o Direito Adquirido e a ordem pública, a idéia de que, diante do interesse dessa, aquele deve arrefecer, consoante posição já defendida no Direito antigo e mesmo no Direito medieval.

Mas a questão, o jurista reconhece, é deveras tormentosa. Nesse sentido, prossegue ele assinalando que, no Brasil, a doutrina, acerca do tema, se divide em três grupos: a) os do que chegam a afirmar a possibilidade de retroatividade das leis de ordem pública; neste grupo encontram-se autores como Porchat, Lafayette, Beviláqua, Carvalho Santos; b) os que propugnam o respeito ao Direito Adquirido, independentemente do conteúdo da lei nova; nesse grupo encontram-se autores como Caio Mário e Oscar Tenório e c) os que se posicionam apenas pelo efeito imediato dessas leis, ainda que seja necessário desconsiderar eventuais Direitos Adquiridos; nesse grupo estão

Pontes de Miranda e Vicente Ráo. França aponta, afinal, que também na jurisprudência prevalece uma tal oscilação. (ob cit. pág. 255)

Pesquisa junto ao Supremo Tribunal Federal, de fato, revela essa oscilante posição. O Supremo, que em tempos mais remotos admitiu a prevalência da tese da retroatividade das leis de ordem pública, mesmo em detrimento de Direitos Adquiridos (RE 27.277, Min. Luiz Gallotti), assumiu, mais recentemente, a defesa da prevalência das garantias constitucionais, inadmitindo a retroatividade de lei nova que as vulnere, ainda que seja aquela normatividade caracterizada como de ordem pública (AI 244.578, Re. Min. Celso de Mello).

### **3 - DESCOMPASSOS DO INSTITUTO DO DIREITO ADQUIRIDO**

As críticas da atualidade ao Direito Adquirido encaminham-se para colocar em xeque tanto as teorias que lhe fundamentam quanto o próprio instituto. Sendo notadamente um conceito teórico advindo do capitalismo, percebe-se que a crítica ao modo de produção será também uma crítica fulminante ao instituto. Várias correntes de pensamento possibilitam uma crítica à construção do Direito Adquirido. Uma das demonstrações filosófica e sociológica mais importantes para a questão está na perspectiva marxista, que doravante se usará como exemplo.

#### **3.1 Descompassos do Direito Adquirido a partir do Marxismo**

A perspectiva marxista pode revelar importantes críticas em relação aos descompassos sociais do instituto do Direito Adquirido. Isto porque, ao compreender os vínculos existentes entre Direito e relações de produção,

desvenda-se uma concepção do Direito Adquirido que não se restringe ao mero formalismo teórico. A importância dessa visão é a de possibilitar uma compreensão crítica da totalidade do Direito Adquirido em relação à sociedade.

Neste sentido, ressalte-se a reflexão do pensador marxista Weyne (ano 2005, p.53/55), para quem:

1) No direito romanista tem sido extremamente difícil mudar o espírito das pessoas de direito, já consolidado, de arraigado individualismo e de profundo conservadorismo, particularmente quando se objetiva operacionalizar mudanças no instituto de direitos adquiridos, nos casos de altos salários ou nas desigualdades previdenciárias, que possibilitam que os funcionários públicos se aposentem com os mesmos salários que recebiam quando estavam em atividade, diferentemente da situação dos autônomos e dos trabalhadores de empresas privadas.

...

3) A resistência a mudanças é agravada pela ideologia predominante na organização social do mundo capitalista, que procura suprimir a idéia de que existe, ou poderia existir, qualquer alternativa preferível ao *status quo*. Os conceitos críticos como contradição, exploração, classe, alienação ou são destruídos ou são deturpados, dificultando que seja atacada a desigualdade material ou a repressão e ainda, impedindo que se considere a exploração e a existência de privilégios como causa dessa desigualdade e da pobreza...

6) Embora reconhecendo a retroatividade da lei como um incômodo, os juristas ingleses adotaram-na como regra e não como exceção e todos os britânicos venceram o individualismo e o egoísmo e sacrificaram a sua privacidade, para não serem incomodados pela pobreza. Foram, além disso, capazes de abrir mão de parte de seu conforto e de seu salário, em benefício de seus compatriotas, criando um sistema de previdência social onde os aposentados não têm privilégios e ganham o suficiente para viver, pois o Tesouro não pode arcar com mais despesas, necessitando investir em setores prioritários de interesse público. Desta forma, na Inglaterra, o ser é que determinou o seu dever-ser na

forma como sempre defendeu Marx, quando afirmou que a sociedade é que condiciona o Direito, e não o oposto.

O instituto do Direito Adquirido, pela perspectiva marxista, deve ser entendido a partir de bases mais amplas que a própria teoria geral do Direito. Assim, Mascaro (2003) expõe a ligação necessária, na filosofia do Direito marxista, entre a consolidação dos institutos jurídicos que garantem a segurança jurídica e a evolução moderna do modo de produção capitalista:

O direito, que se abre como instância de igualdade entre agentes livres e iguais no mercado, mas que está essencialmente ligado à política como seu garante – ainda tendo por referência o privilégio moderno –, reconfigura-se a partir da dinâmica de auto-reprodução do capitalismo. A liberdade e a igualdade formais, que se abriram pela equivalência na relação de troca, não são mais concessões políticas. A partir da plenitude da lógica capitalista e a partir do momento em que a produção coordena a circulação mercantil, o Estado perde seu caráter ambíguo de resquício de antigos privilégios. O direito, na passagem da modernidade para a contemporaneidade, deixa de ser princípio filosófico ou demanda econômica para tornar-se o direito burguês, tendo em vista que os Estados, com as revoluções liberais, são a partir de então Estados burgueses (*Crítica da Legalidade*, pág. 31)

Pode-se perceber que, ao contrário das críticas tradicionais, que se situam apenas no campo formal, o Direito Adquirido recebe uma crítica estrutural pela vertente marxista. Não se pode considerar o surgimento do Direito Adquirido sem que se entenda, em conjunto, a própria formação do capitalismo moderno, porque o instituto jurídico é um correlato necessário do próprio modo de funcionamento e de garantia do capital.

### 3.2 Descompassos do Direito Adquirido a partir da Teoria Geral do Direito

Deve-se ressaltar, após ter observado a crítica marxista, que há uma crítica ao conceito de Direito Adquirido no nível da própria teoria geral do Direito. Tal crítica deve-se ao fato de que, no modelo institucional contemporâneo de sociedades como a brasileira, o conceito de Direito Adquirido não se presta a cumprir as funções que lhe são previstas no próprio quadro do Estado de Direito liberal.

As dificuldades teóricas em relação ao conceito, que se avolumam desde o século XIX, vêm sendo enfrentadas de maneira plurívoca e ambígua na prática jurídica atual.

Exemplo disso repousa mesmo no atual comportamento dos tratados jurídicos sobre o tema, ora inquinados à teoria subjetivista proposta por Gabba, ora tendentes a sustentar uma postura menos agressiva, tal qual a teoria objetivista proposta por Roubier.

Como ressalta o ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, do STF, “O direito adquirido é um instituto que todos pensam saber o que seja, mas, nos casos limites, ninguém verdadeiramente o sabe”. (voto no RE b. 186.389-RS. “Ementário” n. 1855, 08.09.1996, p. 1643).

A construção do conceito de Direito Adquirido pela teoria geral do Direito revela, pois, uma instabilidade intrínseca, porque, não sendo teoricamente pacífico, é utilizado para os mais variados fins, sendo reconstruído teoricamente de acordo com as circunstâncias. Formulado a partir de paradigmas individualistas do Estado liberal, com vistas a proporcionar um freio aos poderes do Estado em relação ao interesses do indivíduo, de modo que o último não fosse subjugado ao arbítrio impositivo do primeiro, o instituto não se calibrou frente às alterações sociais de inversão de foco do individual ao coletivo, tornando-se mesmo uma arma na defesa de privilégios individuais, da qual o Estado se tornou refém, mesmo ao agir em nome do exercício do interesse de uma coletividade.

### **3.3 O privilégio ao privado em face do social**

O questionamento acerca da existência ou não de Direito Adquirido somente pode surgir quando uma lei nova passa a disciplinar diversamente matéria objeto de lei antiga. O Direito Adquirido, portanto, apenas será argüido em caso de conflito de leis no tempo, quando então um sujeito de direito poderá afirmar ser possuidor de direito adquirido em relação a algo e requerer a sua observância. Estes casos de conflito de leis no tempo são analisados pela doutrina – que a esse estudo denomina “Direito Intertemporal” ou Direito transitório (PEREIRA, 1995, pág. 98-99) , na busca de seu esclarecimento e obtenção de regras de solução.

Para Ráo (1960) a abordagem da matéria parte do seguinte preceito geral: “as novas normas jurídicas devem respeitar os Direitos Adquiridos sob a vigência das normas anteriores, pois àquelas só compete dispor para o futuro e não para o passado”.

Mas este, na verdade, resume-se apenas a um preceito geral, uma regra geral cujo conteúdo comporta não raras exceções, mormente quando se passa a enfrentar as demandas de solução equânime para os conflitos sociais existentes tendo por cerne a matéria em discussão. O primeiro e mais complexos deles exsurge da seguinte dicotomia: de um lado há a necessidade de modificação das leis em conformidade às transformações políticas, econômicas, valorativas e ideológicas pelas quais passa a sociedade, pelo que se deduz melhor atender a lei nova às exigências e necessidades sociais – embora, muitas vezes, isso não se verifique, diante de potenciais falhas na elaboração normativa, falhas cujas causas remetem a várias ordens de problemáticas, dentre eles os lobbies de interesse promovido pelos grupos de pressão econômica atuantes. De outro lado, estão a necessidade de garantia da estabilidade da ordem social e jurídica, garantia essa que se dá, dentre outros fatores, mediante a observância dos princípios da certeza jurídica, da segurança jurídica, da irretroatividade das leis e do Direito Adquirido, todos eles princípios que tendem a fazer permanecer, perpetuar a lei. Nesse sentido, oportuno se faz transcrever a percuciente lição de Márcio Pugliesi (2005, p.176):

Os grupos de interesse mantêm acirrado controle sobre a produção normativa dessas áreas e, graças à sua inserção nos setores de publicidade e propaganda, possuem uma grande capacidade de ação sobre a opinião pública. Não se deve esquecer, ademais, que por reunirem, em geral, os grandes capitais, têm enorme capacidade de influência sobre os quadros políticos para cujas campanhas habitualmente colaboraram e com os quais passam a manter relações de proximidade e amizade.

Situações de intensa pressão sobre a esfera política acabam por apressar a aprovação de normas que demorariam por demais para serem aprovadas. Circunstâncias como as do Orçamento indicam o atendimento pelo Governo da sinalização de suas bases. As decisões sobre os cortes do Orçamento defluem, quase naturalmente, de um complexo conjunto de influências a que não são estranhas questões como investimento, emprego, impostos e, à falta de um efetivo planejamento plurianual, uma pitada de improvisação que pretende suprir as demandas de políticos e empresários ligados à base do Executivo.

Não há, a rigor, como eximir-se o analista de uma conclusão, na esfera pública o aspecto negocial se presentifica a todo momento e, além disso, a aplicação das normas parece, ainda mais que aquela da esfera privada, depender de um certo componente político, bem como, seria impossível negar serem as normas de Direito Público objeto de uma atenção de um auditório qualificado, aquele dos súditos capazes de influir na própria produção normativa.

Já Porchat (*apud* Ramos, 2003, p.192), e vislumbrando poeticamente as constatações vanguardistas de Pugilesi, assinalava que “... os progressos da civilização, impulsionando o aperfeiçoamento do direito, têm determinado a necessidade de abolir os institutos jurídicos, que não se adaptam mais às novas condições, à índole, aos costumes do povo”.

Na Alta Modernidade, quando ganha espaço a crise das incertezas, e já sob a influência do paradigma do Estado Democrático de Direito, da razão participativa, impõe-se a reconceitualização de categorias jurídicas e,

especialmente, das noções de segurança e justiça. Aquela se desloca do passado, rompendo com a mera idéia de atualização deste no presente, para buscar a perspectiva de presente e futuro, tomando-se a norma como matriz de múltiplas possibilidades em sua textura aberta de regulação, forte na idéia de que a bagagem do passado renova-se sensivelmente no contexto da nova realidade. A justiça, a seu turno, projeta-se para além do plano formal, como realização da igualdade. A tensão entre segurança e justiça deve ser resolvida no âmbito da ampla juridicidade, em relação à qual sempre existe a potencialidade da ação cognoscitiva e de aplicação na experiência jurídica, o que demanda a densificação do processo interpretativo pela atenção às peculiaridades do caso concreto e pela aplicação de princípios e a ruptura epistemológica com a percepção jurídica estabilizada de tempo, para enfrentar-se o desafio de compreensão das múltiplas historicidades, a dos sujeitos envolvidos, a coletiva, a do caso, a do intérprete, ao influxo das diversas categorias temporais que se interseccionam no presente, para interação, confrontação e comunicação.

O Direito Adquirido surgiu como fenômeno que procurava balancear a estrondosa força do Estado contra a fragilidade do particular. Acabou sendo subvertido, na medida em que passou a ser utilizado pelo particular em detrimento do Estado e, o que é pior, da coletividade. As demandas sociais e coletivas, cada vez mais acentuadas, têm enfrentando permanentes embates com o interesse individual, utilizando-se este último, via de regra, de institutos como o do Direito Adquirido, para promover a manutenção de privilégios

conquistados através de barganhas legislativas e que se intitulam eternos, graças ao instituto em comento.

#### **4 - UM CASO EXEMPLAR: DECISÃO PROFERIDA PELO STF NA ADI 3105**

Um recente julgamento acerca da matéria, levado a efeito pelo Supremo Tribunal Federal (STF), dá uma medida exata sobre os percalços enfrentados pelo instituto criado sob a égide individualista, permitindo assim aflorar o descompasso do direito adquirido frente às inexoráveis demandas sociais e coletivas.

O Tribunal decidiu, em julgamento plenário, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3105, pronunciando-se expressamente acerca da regularidade jurídica de contribuição previdenciária imposta aos servidores inativos e aos pensionistas. Dentre outros invocados, o argumento relevante ao presente trabalho disse respeito à violação de garantias de resguardo ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito e/ou corresponde à inadequada imposição tributária. Os debates foram acalorados.

Viu-se então o Tribunal diante de um impasse: de um lado o rombo financeiro experimentado pela previdência social, decorrente do desencaixe

entre os benefícios concedidos e o valor arrecado. De outro, os servidores e inativos, imbuídos de espírito já constituído quando de sua adesão ao sistema previdenciário, reclamando, assim, a prevalência do direito adquirido à manutenção das regras fixadas no momento da adesão.

As posições foram controvertidas. O Ministro Carlos Velloso, em seu voto, rendeu loas ao direito adquirido, assinalando:

Sustento, Sr. Presidente, de longa data, que o constituinte derivado deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, que constituem garantias constitucionais da segurança jurídica. Ainda sob o pálio da Constituição pretérita, que não estabelecia, expressamente, como cláusula pétrea, os direitos e garantias individuais, sustentei, no ano de 1971, como juiz federal em Minas, que uma emenda constitucional não poderia afrontar as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. É que, consagrando a Constituição tais garantias, não seria possível ao constituinte derivado afrontá-las, certo que a afirmativa no sentido de que a emenda constitucional passa a integrar o texto constitucional e, assim, seria a própria Constituição que estaria a excepcionar a regra, há de ser entendida **cum grano salis**. É que, se fosse admissível a afirmativa, ficaria a Constituição contraditória com ela própria

Disse, no entanto, o Ministro Velloso, que o direito adquirido não se aplica às regras tributárias legitimamente constituídas, expressando, assim, sua convicção acerca da improcedência do argumento de violação ao instituto, ou seja:

Agora, não há apenas autorização constitucional para a instituição da contribuição; agora, a EC 41, de 2003, expressamente estabelece a incidência do tributo (EC 41/2003, art. 4º). Não há como deixar de reconhecer, Sr. Presidente, a constitucionalidade do referido artigo 4º, da

EC 41, de 2003, por isso que não há falar em direito adquirido a não ser tributado, a não submeter-se a um tributo instituído por lei com observância dos princípios constitucionais tributários

Para a Ministra Ellen Gracie, a criação normativa que determinou a tributação das pensões e aposentadorias manteve incólume o direito adquirido dos servidores e inativos. Disse a Ministra:

Portanto, quem já era aposentado, permanece em idêntica situação; quem reunia condições para aposentadoria teve o respectivo gozo assegurado. A paridade com os servidores da ativa está mantida pela emenda, seja para efeito de revisão na mesma proporção e na mesma data em que a remuneração daqueles for modificada, seja para estender-lhes quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade. Logo, não há aqui ofensa a direito adquirido ou a ato jurídico perfeito. Ao contrário, reconheceu o texto da emenda que as aposentadorias já em curso derivam de ato jurídico perfeito e, por isso, precisam ser mantidas nas condições em que implementadas. O mesmo quanto às pensões. E reconheceu o legislador reformador, também, que o cumprimento de todas as exigências postas pela legislação anterior, para efeito de concessão do benefício de aposentadoria, põe os servidores que tenham optado por continuar no serviço ativo a salvo de alterações posteriores, uma vez que seu direito, embora não exercido, já se considera adquirido. Tudo na esteira do entendimento jurisprudencial que este Tribunal vem fixando ao longo do tempo.

O Ministro Eros Grau foi mais a fundo. Iniciou por assinalar que a Constituição Federal não veda a retroatividade das leis, senão quando haja prejuízo a direito adquirido, ato jurídico perfeito ou a coisa julgada. Registrou ainda, para efeito de análise do direito adquirido, a necessidade de uma tripartição em três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia, respeitado, no que concerne ao plano da eficácia, o direito adquirido, cujo

conceito, segundo o Ministro, contempla situações de direito nas quais se verificam os efeitos da situação jurídica. Numa distinção entre o fato futuro, o fato passado e o fato pendente, apenas este último ganha relevância quando abordado sob a ótica do Direito Adquirido, assinala o voto do eminente jurista.

Considerada a dimensão temporal do fenômeno jurídico, tais efeitos manifestam-se em três níveis: os efeitos produzidos no *passado*; os efeitos que serão produzidos no *futuro*, em situações nas quais a eficácia seja condicionada ou a termo; e os que se produzem de *forma sucessiva*, no fluir do tempo. Nos dois primeiros casos verificam-se pontos distintos, tanto ao nível da *existência* quanto no da *eficácia*. No último, apresenta-se uma composição linear que principia com a *existência válida* da situação considerada, de pronto surtindo os efeitos a ela inerentes ou dela decorrentes, até sua extinção. É esse o traço do elemento sucessivo, inerente aos efeitos que se devem produzir.”

Aplicando-se a lei imediatamente, não afetará as condições de validade de qualquer ato passado, nem alterará as conseqüências de um direito já realizado. Não obstante, aplicar-se-á às situações em curso, vale dizer, atingirá os efeitos [=direitos] que se verifiquem de forma sucessiva.

Prosseguindo em sua abordagem teórica, o Ministro promoveu mais uma análise distintiva: “situações individuais ou subjetivas jamais se encontram em estado puro, visto que, a par dos aspectos subjetivos individuais oriundos do ato individual que as cria, inevitavelmente comportam alguns elementos fixados por disposições gerais”. Para ele esta distinção resulta importante na medida em que fornece critérios para a solução da aplicação da não-retroatividade da lei: o que é relevante para os fatos é a imediata alterabilidade das situações gerais e a intangibilidade das situações individuais. Assim, e considerando que a situação dos aposentados é institucional, com a incidência de efeitos de forma sucessiva, não haveria violação ao direito adquirido, pois

que o direito adquirido não é assegurado no que concerne ao regime estatutário (institucional, previsto em disposições gerais), ou seja:

“Aposentados e pensionistas são titulares de direito adquirido a perceber aposentadorias e pensões, mas não ao regime jurídico de umas e outras”

O voto do Ministro Eros Grau, aliás, posicionou-se no mesmo sentido da decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes. Também ele promoveu um profundo exame teórico do Direito Adquirido, para, após, considerar a impossibilidade de sua invocação na defesa de manutenção de um estatuto jurídico previamente fixado. À guisa de conclusão, assinalou:

Vê-se, assim, que o princípio constitucional do direito adquirido não se mostra apto a proteger as posições jurídicas contra eventuais mudanças dos institutos jurídicos ou dos próprios estatutos jurídicos previamente fixados. E parece inegável que esse princípio se aplica de forma inequívoca às Emendas Constitucionais.

Diante da inevitável pergunta sobre a forma adequada de proteção dessas pretensões, tem-se como resposta indicativa que a proteção a ser oferecida 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 estabelecida no texto constitucional. Se se tratar de liberdade de associação ou de outro direito de perfil marcadamente institucional, também há se invocar a própria garantia eventualmente afetada e não o princípio do direito adquirido.

É bem verdade que, em face da insuficiência do princípio do direito adquirido para proteger tais situações, a própria ordem constitucional tem-se valido de uma idéia menos precisa e, por isso mesmo mais abrangente, que é o princípio da segurança jurídica enquanto postulado do Estado de Direito.

Embora de aplicação mais genérica, o princípio da segurança jurídica traduz a proteção da confiança que se deposita na subsistência de um dado modelo legal (*Schutz des Vertrauens*)<sup>48</sup>. A idéia de segurança jurídica

tornar ia imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico. Daí porque se considera, em muitos sistemas jurídicos, que, em casos de mudança de regime jurídico, a ausência de cláusulas de transição configura uma omissão inconstitucional.

Nessa linha, afirma Canotilho que “o princípio da proteção da confiança justificará que o Tribunal Constitucional controle a conformidade constitucional de uma lei, analisando se era ou não necessária e indispensável uma disciplina transitória, ou se esta regulou, de forma justa, adequada e proporcionada, os problemas resultantes da conexão de efeitos jurídicos da lei nova a pressupostos – posições, relações, situações anteriores e subsistentes no momento da sua entrada em vigor”.<sup>49</sup>

É certo que não há, aqui, uma omissão quanto ao estabelecimento de cláusulas de transição, o que certamente não impede o exame da constitucionalidade dessas mesmas cláusulas sob uma outra perspectiva.

De qualquer sorte, não cabe no caso em exame o argumento baseado no direito adquirido.

O Ministro Cezar Peluso foi um dos que enxergou a questão sob a ótica tributária. O Direito Adquirido, para ele, não teria sido ofendido, no caso em julgamento, porque a questão, de natureza tributária, não carrega consigo uma previsão de imunidade tributária, sendo, pois, inaplicável o Direito Adquirido:

Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito. Onde, tampouco poderia encontrar-se, com esse alcance, *direito subjetivo* que, *adquirido* no ato de aposentamento do servidor público, o alforriasse à exigência constitucional de contribuição social incidente sobre os proventos da inatividade.

O Ministro Carlos Brito, reconheceu a ofensa ao direito adquirido, decretando, por seu voto, a inconstitucionalidade invocada. Para ele, a

consagração do instituto do Direito Adquirido como cláusula pétrea na Constituição Federal, impede que uma norma seja ela de que natureza for – inclusive emenda constitucional -. Disse o Ministro:

A Constituição não pode prestigiar tanto as suas emendas a ponto de dar a sua vida por elas. Permito-me agora dizer o seguinte: os que defendem a possibilidade de emenda ofender o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada partem de uma só base intelectual: a Constituição não proibiu as emendas, só proibiu as leis de fazê-lo. Se esse raciocínio fosse levado às últimas conseqüências, cairíamos todos em contradições grotescas. Por exemplo: quando a Constituição falou da lei como veículo impositivo de deveres -- positivos ou negativos --, só falou de leis (Art. 5º, II): "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*"; Ela não disse "*senão em virtude de emenda*".

E esse silêncio quanto às emendas iria interdita-las para impor obrigações positivas ou negativas a terceiros? É evidente que não.

Quando a Constituição falou de crime de responsabilidade (art. 85), disse que o Presidente da República incorreria em crime de responsabilidade quando deixasse de cumprir as leis ou as decisões judiciais. Ela não falou de emendas. Entretanto, é claro que ofender uma emenda é, sim, crime de responsabilidade. A Constituição simplesmente não falou de emenda porque não precisou.

Quando a Constituição emite o discurso de que "*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*" (art. 5º, XXXVI), ela está dizendo direito/lei, qualquer ato da ordem normativa constante do art. 59 da Constituição. A emenda está ali, prefigurada.

Então, entendo que as emendas estão proibidas de ofender as três emblemáticas e estelares figuras: o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

O Ministro fez, segundo seus pares, uma brilhante defesa de sua posição: Ao ser instado pelo Ministro Sepúlveda Pertence no sentido de que todas as grandes reformas à Constituição de 1.824 se fizeram inconstitucionalmente por lei ordinária, o Ministro Brito assim se pronunciou:

Já procurei uma resposta na própria Constituição. A Constituição de 1824 não fazia do direito adquirido uma figura jurídica autônoma, cumprindo essa função de bloqueio de qualquer legislação. Não havia a figura do direito adquirido enquanto garantia genérica para todo e qualquer direito. A Constituição assegurava o direito de propriedade, porém, ao falar dos escravos, fez por forma oblíqua, dissimulada, disse que somente era cidadão com direito a votar os libertos. Ora, mas ao prever isso sem dizer o que significava liberto remeteu para a lei a disciplina de abolir a escravidão e tornar o escravo liberto. E mais ainda, ela dizia que só era constitucional o que dissesse respeito à separação dos Poderes e aos direitos e garantias individuais. Como, entre os direitos e garantias individuais, não explicitou o de submeter alguém à escravidão -- e ela disse que tudo mais iria para a legislação comum --, a legislação comum ocupou o seu espaço muito bem e aboliu a escravatura.

O Ministro Sepúlveda Pertence trilhou a linha daqueles que entenderam pela ineficiência o Direito Adquirido diante das novidades tributárias.

Com efeito, Sr. Presidente, não há direito adquirido, decididamente, não há direito adquirido a uma hipótese de não incidência tributária. O fato de algum ato ou bem não ser em determinado momento objeto de incidência tributária não estabelece, em favor do seu titular, um estatuto pessoal de intributabilidade, salvo -- demonstraram-no na discussão desta causa, entres os pareceristas Luiz Roberto Barroso e, hoje, em voto rigorosamente antológico, o Ministro Cezar Peluso -- se há imunidade constitucional a acobertar determinada pessoa, determinado tipo de relação jurídica ou determinado bem.

O Ministro Celso de Mello também destoou da maioria. Seguindo a linha do Ministro Carlos Brito, pronunciou-se pela violação do Direito Adquirido, por considerar que o instituto jurídico, erigido à cláusula pétrea da Constituição Federal, blinda situações jurídicas consolidadas e incorporadas ao patrimônio do indivíduo, contra eventuais ataques normativos porventura desferidos pelo Poder Legislativo:

Em uma palavra: o Congresso Nacional não tem poder, nem autoridade, para, a pretexto de reformar o texto constitucional, destruir a própria Constituição, mediante desrespeito frontal àquele conjunto de valores que informam e dão substância à declaração de direitos, dentre os quais avulta, em função de seu sentido histórico, político e social, a necessária observância, pelo Estado, das situações jurídicas definitivamente consolidadas.

Nisso consiste a alta finalidade de que se revestem as cláusulas pétreas, que não podem ser reduzidas à subalterna condição de fórmulas antidemocráticas, consideradas as próprias razões de ordem histórica e política que justificaram a sua consagração nas Constituições elaboradas sob a égide do princípio democrático.

Dentro desse contexto, e como bem o demonstram os eminentes Ministros CARLOS BRITTO e MARCO AURÉLIO, tenho por irrecusável que a norma ora questionada (EC nº 41/2003, art. 4º) vulnera, nas múltiplas dimensões em que ela se projeta, a cláusula constitucional pertinente à intangibilidade do direito adquirido, transgredindo, desse modo, a limitação material imposta, art. 60, § 4º, IV, da Carta Política, ao poder reformador Congresso Nacional.

Dentro dessa perspectiva, a emenda constitucional em causa (EC nº 41/2003) efetivamente agride e afronta, em seu art. 4º, o regime dos direitos fundamentais dos aposentados e pensionistas, na medida em que viabiliza a alteração gravosa do regime daqueles que já incorporaram, aos seus respectivos patrimônios jurídicos, o direito à insuscetibilidade de sofrer a incidência da contribuição previdenciária sobre o valor dos respectivos proventos das pensões.

O Congresso Nacional, após haver consagrado a imunidade em favor dos servidores inativos e pensionistas, não podia, ainda que mediante à Constituição, suprimir, em momento posterior, quando já adquirido esse direito por seus titulares, a prerrogativa que derivava dessa particular situação subjetiva de vantagem, legitimamente assegurada, pela própria Lei Fundamental, aos destinatários dessa especial garantia de índole social.

O que se mostra irrecusável, na espécie, é que se registrou, em favor de inativos e pensionistas, a consolidação definitiva de uma situação jurídica que os favorecia, apta a traduzir, em benefício deles, a posse legítima de um direito cuja essencialidade - reconhecida pelo art. 60, § 4º, IV, da Constituição - permitia submetê-lo ao domínio de proteção das cláusulas pétreas.

Com o preenchimento, por servidores inativos e pensionistas, dos requisitos necessários à obtenção da aposentadoria e a percepção das pensões, ocorrido em momento anterior ao advento da EC nº 41/2003 (“tempus regit actum”), operou-se a regular e legítima investidura de tais pessoas na titularidade de um direito subjetivo qualificado por sua nota de fundamentalidade, a viabilizar, por efeito consequencial, a incidência, em seu favor, do amparo representado pelas cláusulas pétreas.

O Ministro Jobim sustentou interessante ponto de vista. Posicionou-se no sentido de enquadrar o Direito Adquirido às perspectivas sociais do século XX, despregando os conceitos criados para o instituto a partir da realidade social e política vivida nos séculos XVIII e XIX. Registrou o Ministro:

Aqui, gostaria de explicitar novamente o que havia dito na ADI 2.010 àquelas manifestações extraordinárias e competentes feitas pelo Ministro Celso de Mello: passa-se que citar autores e discutir a questão dos direitos adquiridos, os direitos individuais ou os direitos fundamentais, para aqueles que tinham a linguagem dos séculos XIX e XVIII é um problema grave. Lá, os direitos fundamentais eram os direitos civis e políticos – a velha conferência do velho e extraordinário economista Alfred Marshall quando fez os ciclos da cidadania: as cidadanias dos direitos civis, conquista do século XVIII; as cidadanias dos direitos políticos, conquista do século XIX – e o Ministro Sepúlveda Pertence teve a oportunidade de se referir a isso em aparte mencionado -, mas, no século XX, por força das grandes discussões dos partidos socialistas do fim do século XIX e, fundamentalmente, com a introdução do “well fair state”, tivemos o surgimento de um outro âmbito da cidadania, as cidadanias dos direitos econômico-sociais, que se distinguem claramente dos direitos civis e políticos porque aqueles são direitos sem custos; são direitos negativos: direito de ir e vir, direito de votar, de participar da vida política, o direito à livre expressão. A partir do momento em que se introduziram os direitos fundamentais – os direitos à habitação, à alimentação, à previdência, no sentido lato -, surgiu um fenômeno muito importante para o século XX, fundamentalmente para os meados do século XX, que foram, exatamente, os direitos econômico-sociais, os que custam, ou seja, os direitos a uma prestação. Aquelles direitos eram absolutos.

Quando se fala que o Estado tem que satisfazer, temos que lembrar que o Estado nada mais é do que a sociedade, porque ele não cria fórmulas, ele arrecada da sociedade. É, portanto, nessa linha que temos que pensar muito nitidamente nessa transferência aistórica, ou a aistoricidade de conceitos ditos nos séculos XVIII e XIX e, mesmo no século XX, quando alguns juristas nossos esquecem dessa distinção econômica fundamental em que estão os direitos que custam; direitos relativos, portanto, que dependem da capacidade de uma sociedade em prestá-lo, sob pena de se criar um extraordinário rombo, um “gap” dentro da própria sociedade no que diz respeito a sua capacidade de inclusão social futura.

O Ministro Joaquim Barbosa iniciou sua decisão sublinhando uma postura de relativização das cláusulas pétreas, por meio da qual apontou, de forma implícita, o não absolutismo do Direito Adquirido. Argumentou no sentido de que uma amplitude desmesurada que se procura atribuir a estas cláusulas acaba por transformá-las em regramento conservado, antidemocrático, não razoável e oportunista, especialmente porque, sob tal ótica, permitem a perpetuação da desigualdade social vigente no país. Após estas ponderações, confrontou o princípio do Direito Adquirido com o princípio da Solidariedade, para encerrar, em conclusão, textualmente, a prevalência do segundo sobre o primeiro, ou seja, a prevalência da solidariedade sobre o egoísmo:

A tese da exacerbação do direito adquirido protegido por cláusulas pétreas, no presente caso, é também absolutamente desarrazoada e antijurídica. Em primeiro lugar, porque não faz sentido sustentar, em um estado de direito democrático e social, que alguém possa adquirir o direito de não pagar tributos. Essa tese corrói as próprias bases da organização político-social à luz da qual o Estado moderno se ergue nos últimos séculos. Por outro lado, trata-se de uma concepção não razoável porque não faz sentido querer isentar de contribuição previdenciária solidária os milhares de pessoas que se aproveitaram de um sistema iníquo de privilégios, de normas frouxas e

excessivamente generosas que permitiram a jubilação precoce de pessoas no ápice da sua capacidade produtiva, muitas delas mal entradas nos quarenta anos de vida.

Constato, por outro lado, que a tese sustentada na ação direta omite o fato de que o princípio dos direitos adquiridos, do mesmo modo que outros princípios constitucionais, admite ponderação ou confrontação com outros valores igualmente protegidos pela nossa Constituição. Numa palavra, estamos diante de princípios constitucionais relativos, que admitem ponderações com outros princípios, desse confronto podendo resultar o afastamento pontual de um deles.

...

Ora, digo eu, a Constituição de 1.988 elegeu como um dos objetivos fundamentais da nossa República Federativa “construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3.º, I, e III). Optou sem sombra de dúvidas por um Estado de bem-estar social, calcado no princípio da solidariedade, que, aliás, como muito bem lembrado pelo ministro Sepúlveda Pertence na ADI 1.441, constitui a pedra de toque de todo o sistema de seguridade social. O art. 40 da Constituição, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional 41/2003, é expresso nesse sentido. Ora, o princípio da solidariedade, que guarda total coerência com a matriz filosófica da nossa Constituição, quando confrontado com o suposto direito adquirido de não pagar contribuição previdenciária, deve prevalecer.

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, invocou posicionamento de Rui Barbosa, para registrar seu entendimento de violação ao Direito Adquirido no caso em debate. Citando o jurista baiano, o Ministro sustentou ponto de vista segundo o qual a aposentadoria, assim como o direito à propriedade, é um bem patrimonial que entra no ativo do beneficiado, do modo que sua alteração violaria uma situação perpétua, ou seja, o instituto do Direito Adquirido.

Ao final, o Tribunal negou a invocada violação ao Direito Adquirido, vencidos os Ministros Ellen Gracie, Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Enfim, nenhum consenso acerca do que se deva entender sobre Direito Adquirido. A polêmica das discussões travadas no decorrer do julgamento, em verdade, dão a prova inequívoca de que o instituto passa por uma crise sem precedente acerca de sua efetividade num ponto de vista filosófico, histórico, social, econômico e jurídico.

## CONCLUSÃO

O desenvolvimento histórico do Direito Adquirido demonstra que seu nascimento decorre mesmo de uma regra de bom senso que impede ao homem voltar ao passado, refazer aquilo que já se consumou. Seu desenvolvimento dogmático, recrudescido a partir da estrutura tecnicista que passou a envolver a própria estrutura e composição do Direito, deu ao instituto complexidade e ramificação teórica, na busca de respostas a certas demandas da sociedade.

Assim, nos séculos XVIII e XIX, período em que o instituto ganhou a construção dogmática que se lhe empresta nos dias atuais, prestou-se o Direito Adquirido, na verdade, à defesa de um indivíduo legalmente frágil diante de um Estado legalmente robusto. O Direito Adquirido, então, foi empunhado como bandeira, um princípio jurídico consagrado na escolta das conquistas cidadãs arrancadas dia a dia, muitas vezes com enfrentamentos físicos. Mas essa construção, formulada a partir destes moldes, não consegue dar respostas efetivas aos reclamos sociais instaurados a partir de meados do século XX, com a superveniência de uma sociedade de conflitos sociais coletivos.

A situação, a partir de então, inverteu-se, e agora é a sociedade e o Estado que precisam de defesa, dadas as inúmeras demandas sociais, e também em face de um sem números de conquistas legislativas que amparam a sociedade, especialmente a proteção aos menos afortunados. Ao Estado cabe dar efetividade a estas obrigações legislativas, amparando, efetivamente, a sociedade, especialmente aqueles que se encontram desguarnecidos diante das desigualdades. Nenhum Direito pode prestigiar a desigualdade. Nenhum Direito pode posicionar-se contra a solidariedade, sob pena de subverter a finalidade primária do próprio Direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZAMBUJA, Carmen. *Rumo a uma nova Coisa Julgada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

BASTOS, Celso. *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito Intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CARDOZO, José Eduardo Marins. *Da Retroatividade da Lei*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998.

\_\_\_\_\_. *Instituições do Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998.

CORREA, Joseane Aparecida. *A Qualificação jurídica do tempo de serviço pra fins de aposentadoria de servidor público estadual e a aplicação no tempo da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998*. Florianópolis, 2002, 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Mestrado em Instituições Jurídico-políticas, Universidade Federal de Santa Catarina.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1996.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRANÇA, Limongi R. *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito Intertemporal Brasileiro*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

\_\_\_\_\_. *Jurisprudência da Irretroatividade e do Direito Adquirido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da Ação: enfoque sobre o interesse de agir*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GABBA, Carlo Francesco. *Teoria Della Retroattività Delle Leggi*. 3 ed. Torino, 1891.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Nova Cultural, 2001.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, [s/d].

MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia Existencial do Direito*. São Paulo: Edipro, 2000.

MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MENDONÇA, Jacy de Souza. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MORA, J. Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. Tomo I, III E IV. São Paulo: Loyola, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Direito Constitucional Intertemporal*. RF, n. 304, p. 29, 1988, p. 31.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil*, v. I, 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PIRES, Maria Coeli Somes. *Direito Adquirido e Ordem Pública*. São Paulo: Del Rey, 2005.

- PORCHAT, Reynaldo. *Da Retroatividade as Leis Civis*. São Paulo, 1907.
- PUGLIESI, Márcio. *Por uma Teoria do Direito*. São Paulo: RCS Editora, 2005.
- RAMOS, Elival da Silva. *A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: Max Limond, 1960.
- ROUBIER, Paul. *Le Droit Transitoire (conflits des lois dans le temps)*. 2 ed. Paris, 1960
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito Adquirido e Expectativa de Direito*. São Paulo: Del Rey, 2005.
- SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2001.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: processo de execução e processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- TOLEDO, Claudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy, 2003.
- WEYNE, Gastão Rúbio de Sá Weyne. *Direitos Adquiridos um Reexame Necessário*. São Paulo: Memória Jurídica Editoria, 2005.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ELETRÔNICAS

- BULOS, Uadi Lammêgo. *Cláusulas Pétreas e Direito Adquirido*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=373>>. Acesso em: 11 jan. 2006.
- CORREIA, Sander Fítney Brandão de Menezes. *O Contrato de Previdência Complementar como Ato Jurídico Perfeito*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3286>> Acesso em: 1 fev. 2006.
- SILVEIRA, Márcio La-Rocca. *A Constitucionalidade do art. 2.035 do Código Civil à luz do Direito Intertemporal e da Teoria dos Fatos Jurídicos*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 699, 4 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6843>>. Acesso em: 13 jan. 2006a.
- SILVEIRA, Márcio La-Rocca. *O Direito Intertemporal no Ordenamento Brasileiro*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 661, 28 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6639>>. Acesso em: 12 jan. 2006.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)