

# O DIREITO ADQUIRIDO E O DIREITO INTERTEMPORAL A PARTIR DO DEBATE ENTRE ROUBIER E GABBA

Anderson V. Teixeira\*

Introdução -1 – Breve evolução histórica do conceito de Direito Adquirido.

2 – Norma Constitucional e Norma Infraconstitucional frente ao Direito Adquirido.

3 – A Teoria Objetiva da Situação Jurídica e a Teoria Subjetiva do Direito Adquirido (Roubier vs Gabba).

4 – Direito Adquirido, Expectativa de Direito e Ultra-Atividade no Direito Adquirido.

4.1. Distinção entre Direito Adquirido e Expectativa de Direito.

4.2. Ultra-atividade do Direito Adquirido.

5 – Direitos Adquiridos e as Emendas Constitucionais no Atual Contexto do Direito Transitório Brasileiro.

5.1. Direito Adquirido vs. Emenda Constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## 1 INTRODUÇÃO

As questões atinentes ao direito adquirido tocam em um dos mais instigantes campos da ciência jurídica: o que trata da eficácia da lei no tempo. Como se não fosse por si mesmo instigante, ele também possui relações com o campo que define limitações ao poder de legislar. Mais precisamente, o que se busca investigar é a legitimidade ou não dos preceitos normativos frente a uma dada situação fática temporal, e não somente a partir da incidência de uma norma superveniente, mas sim desde o momento da criação da mesma, invocando os princípios contidos na Constituição.

Por serem referência internacional no Direito Intertemporal, as teorias de Paul Roubier e Carlo Francesco Gabba serão aqui adotadas como matriz teórica para o presente estudo.

De início, *ex hipotesy*, podemos observar facilmente que uma das principais dificuldades encontradas quando uma norma vem a substituir outra está nos processos judiciais ainda em andamento, pois disto advém problemas quanto à retroatividade da norma superveniente, aos direitos adquiridos individuais, aos direitos adquiridos processuais e à validade dos efeitos emanados

---

\* Doutorando em Filosofia do Direito pela Università degli Studi di Firenze. Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da ULBRA/Torres. Advogado tributarista.

RPE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 135-160, jan./jun. 2005

no trâmite processual. Se a norma for de ordem processual as dificuldades serão ainda mais variadas.

Ponto de grande controvérsia reside em torno do confronto entre direito adquirido e emendas constitucionais. Ao final de nossa exposição dedicaremos um item específico para uma abordagem de ordem teórica e jurisprudencial desta questão.

No decorrer do presente estudo serão abordados estes e outros temas referentes ao direito adquirido e ao direito intertemporal, pois concernem a um aspecto da existência humana cuja importância é basilar em qualquer sociedade civilizada: a segurança jurídica.

A inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de Portalis, o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não pudesse julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso de seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem do universo e da natureza, só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira da nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar, através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças.<sup>1</sup>

## 2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE DIREITO ADQUIRIDO

Ao fazermos a análise e o estudo de qualquer instituto, ramo ou matéria do direito, é mister que se busque a sua origem, história, influências e razões que deram a presente feitura ao objeto de estudo. A história da evolução do conceito de direito adquirido é comumente dividida em três grandes períodos: embrionário, pré-científico e científico.<sup>2</sup> Devido ao fato de a presente pesquisa não ser de cunho histórico, concentrar-nos-emos na história relativa ao Direito brasileiro. Porém, é válido que antes disto passemos brevemente pelas fases citadas.

O período embrionário se caracteriza pela incipiência das organizações sociais e, conseqüentemente, pela ausência de um Estado de Direito e de um ordenamento jurídico definido. A idéia de direito adquirido surgiu no direito consuetudinário de vários povos, o que fez com que muitos doutrinadores tendessem a ver seu fundamento no próprio direito natural. Até mesmo documentos jurídicos milenares, como o Código de Hamurábi (1694 a.C.), já

<sup>1</sup> RÃO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, v. 1. São Paulo: Max Limonad, 1991, p. 428

<sup>2</sup> Ainda que não seja uma classificação pacífica na doutrina, adotaremos a de Limongi França, *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 6.

diziam que esta mesma lei não poderia alterar o direito de propriedade do homem sobre sua “casa, campo e pomar”.

Todas as ordens jurídicas que começavam a surgir no mundo, tanto orientais quanto ocidentais, dispunham, em maior ou menor grau, sobre o direito adquirido e a irretroatividade da lei. Foi assim no direito mesopotâmico, egípcio, hindu, hebraico, chinês, grego e romano.

Em Roma, nos meados da República, inicia-se a fase pré-científica do direito adquirido. Apesar das controvérsias a respeito do exato começo desta fase, adotamos a tese que tem a *Lex Acilia Repetundarum*, de 123 ou 122 a.C., como sendo o marco inicial<sup>3</sup>. As *Verrinas* de Cícero vieram logo a seguir dando importante contribuição à matéria. Séculos depois, o Código Teodosiano, 440 d.C., coloca os negócios perfeitos como sendo uma barreira para a retroatividade da lei, e o *Corpus Juris Civile* explicita preceitos como o de que a lei se aplica somente ao futuro e que apenas em casos excepcionais ela poderá retroagir. Justiniano era inequívoco em seu pensamento sobre a matéria ao declarar que a lei só poderia retroagir caso esta não prejudicasse os *facta finita* e o direito patrimonial do cidadão. Esta fase pré-científica se desenvolveu ao longo da Idade média e foi ter seu fim somente com o aparecimento da Escola da Exegese e da Escola Histórica de Savigny.

A fase científica, iniciada com a Exegese, caracterizou-se, neste momento histórico, pelos marcantes pareceres de Merlin de Douai sobre o Código Civil francês (1804) e pela atuação da jurisprudência – deste país – da época. Merlin distingue o direito adquirido das faculdades: aquele já estaria incluso no patrimônio do indivíduo e sendo exercido por este; uma faculdade não exercida de fato seria apenas uma permissão, dada ao indivíduo, passível de revogação.

Ainda na Escola da Exegese, devemos considerar o pensamento de Blondeau. Em 1825, foi publicada a sua obra *Essai sur ce qu'on appelle Effet Rétroactif*, de grande impacto no presente tema. Blondeau afirma que a lei geradora de uma esperança no cidadão, seja com as suas disposições formais, seja em virtude do silêncio do legislador, não pode ter tal esperança menosprezada e desatendida sem produzir mal algum. Fundamenta seu pensamento no fato de que o bem maior do ordenamento jurídico é a segurança que as leis proporcionam, uma lei posterior que revoga lei anterior e as expectativas de direito implícitas nesta, poderia estar gerando uma insegurança jurídica no cidadão. Sua idéia é interessante, porém, o Direito Romano tratou anteriormente do assunto.

Quanto a Savigny, a sua obra *Sistema del Diritto Romano Attuale* é a de maior avulto na Escola Histórica. O autor é categórico ao negar pura e simplesmente a ação da nova lei sobre as conseqüências dos fatos passados, em qualquer grau imaginável. Desse modo, não admite o efeito imediato da nova lei. Savigny estabelece a diferença entre direito adquirido, expectativa de direito e direitos não exercitáveis. Direitos adquiridos estão ligados ao indivíduo e são

<sup>3</sup> Cfr. FRANÇA, Limongi. *Op. cit.*, p. 16.

exercidos por este. A expectativa seria um direito vinculado a uma série de circunstâncias, sendo assim, o indivíduo seria titular do direito ambicionado somente se vários fatores corroborarem para sua aquisição. Os direitos não-exercitáveis são verdadeiros direitos que possuem apenas um termo ou uma condição para que o titular possa exercê-lo. Savigny distingue a expectativa de direito do direito não-exercitável afirmando que aquela depende do arbítrio de outrem para que se efetive, enquanto que este é um direito “quase” adquirido que independente de vontades.

Feitos esses breves apontamentos sobre a história do direito adquirido nos outros ordenamentos jurídicos, nos ateremos a analisar sua evolução e desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro.

O Brasil, enquanto colônia de Portugal, possuía um sistema jurídico regido pelos mesmos princípios e leis da metrópole. Pode-se afirmar que as primeiras influências sólidas do direito português em nosso território estão contidas nas Ordenações de D. Afonso V. No que tange ao direito adquirido e ao direito transitório, estas buscavam inspiração no direito romano, entre outros, e tratavam o tema de forma até mesmo minuciosa. As Ordenações de D. Manoel e de D. Filipe II deram a mesma importância ao assunto. Entretanto, as Ordenações Filipinas tinham a peculiaridade de dar caráter retroativo e imediato à lei em certas situações jurídicas que pudessem beneficiar a Coroa de Portugal. Algo perfeitamente compreensível se considerarmos que a mentalidade imperialista, mercantilista e exploradora dos europeus à época corroborava com a idéia de que, por razões de Estado, qualquer direito adquirido poderia sucumbir frente aos interesses do Estado.

Passado o período de Brasil-Colônia, entramos no período de Brasil “formalmente” independente. A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, foi a primeira carta constitucional elaborada pelo Brasil independente, ainda que esta tenha sido escrita pela mesma classe liberal-burguesa que dava respaldo ao domínio europeu. O princípio da irretroatividade da lei pode ser encontrado no art. 179, incisos II e III, que dispunha: “nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública. A lei não terá efeito retroativo.” É de se ressaltar que o Brasil, em sua primeira Constituição, já dava importância de matéria constitucional ao direito transitório, nem mesmo as alterações de 1832 e 1834 modificaram estes dispositivos.

Proclamada a República em 1889, quase dois anos depois, em 24 de fevereiro de 1891 surge a primeira Constituição republicana. O projeto desta esteve sob a influência de Rui Barbosa, principalmente no que se refere à irretroatividade da lei. O art. 11, § 3º, disciplinava: “é vedado aos Estados e a União prescrever leis retroativas.” Nota-se que até este momento somente o direito transitório era regulado expressamente, o direito adquirido ficava apenas subentendido. A expressão direito adquirido começa a ser usada somente nos projetos de Código Civil, sendo que consolida-se no Código Civil de 1916, sem a qualidade de norma constitucional.

A Constituição de 1934 constitui um marco no que diz respeito ao presente tema na história constitucional brasileira. O art. 113, § 3º, desta Carta estabelece que a “lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” Pela primeira vez vemos a expressão direito adquirido com a força e a normatividade provindas da Constituição.

Como tudo tem um “porém”, a Carta de 1937<sup>4</sup> retirou o caráter constitucional da matéria, rebaixando-a para a legislação infraconstitucional. Isto ocorreu tacitamente, pois em nenhum momento o legislador constitucional se lembrou de preservar o direito adquirido como direito fundamental. Tal imprudência – ou omissão consciente – gerou quase uma década de discussões, incertezas e insegurança jurídica, inclusive a Lei de Introdução ao Código Civil, de 4 de setembro de 1942, foi centro de várias críticas.

Na Constituição de 29 de março de 1946 – elaborada por legisladores mais atentos – viu-se ressurgir no art. 141, §3º, o velho e bom princípio de que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Emendas e atos institucionais foram alterando esta Constituição em vários pontos, mas nunca retirando ou rebaixando as normas de direito adquirido e de direito transitório da Lei Fundamental.

A Constituição de 21 de janeiro de 1967 foi resultado do desejo do governo que tomou o Poder com a Revolução de 64. Os militares tinham a certeza de que era necessário ser elaborada uma nova Lei Fundamental para a reestruturação político-jurídica do Estado. Ainda que fosse um governo ditatorial, o respeito “à vida, à liberdade, ao trabalho, à propriedade, ..., ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada” estava manifesto no art. 150, § 3º. Em 17 de outubro de 1967, baseando-se no Ato institucional nº 5, uma nova Carta foi outorgada pelo governo; em seu art. 153, § 3º, conservava com as mesmas palavras o que vinha sendo expresso nas últimas Constituições, no que se refere ao direito adquirido.

Finalmente, chegamos na Constituição vigente, promulgada em 5 de outubro de 1988. A proteção ao direito adquirido se encontra enunciado no art. 5º, XXXVI, conservando a mesma inspiração dos legisladores das Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1969.

### **3 NORMA CONSTITUCIONAL E NORMA INFRACONSTITUCIONAL FRENTE AO DIREITO ADQUIRIDO**

A Constituição, como Lei Maior norteadora de preceitos e valores jurídicos e sociais para toda a legislação infraconstitucional, tem como um de seus objetivos basilares regular a organização estatal, impor limitações ao

<sup>4</sup> Algumas peculiaridades de cunho constitucional caracterizaram esta Constituição. O art. 187 desta dizia que a mesma seria submetida a um plebiscito nacional, na forma a ser regulada por decreto presidencial; o art. 178 dissolveu as Casas Legislativas do país (Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais), acrescentando que só seriam reabertas depois da realização do referido plebiscito; e o art. 180 atribuía ao Presidente a possibilidade de legislar, via decreto presidencial, sobre qualquer matéria de competência legislativa da União. Ou seja, não tendo nunca sido o tal plebiscito convocado, pode-se afirmar que somente os arts. 178, 180 e 187 vigoraram, dando um poder despótico ao presidente.

*RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 135-160, jan./jun. 2005*

legislador, no que se refere à criação de leis e a sua incidência no tempo. Através do art. 5º, XXXVI, o constituinte brasileiro de 1988 institucionalizou essas limitações: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Trata-se de norma de sobredireito e ultra-atividade, com o intuito de controlar e dirigir a produção de outras normas, tendo por destinatário direto e imediato o legislador infraconstitucional. No entanto, o texto não define a extensão e o conteúdo desses conceitos jurídicos.

Desde logo, cabe frisar que essa restrição constitucional diz respeito não apenas ao poder de legislar sobre direito privado, mas também ao de editar normas de direito público. Em vista do exposto, não devemos analisar o direito restringindo-o a um determinado campo de atuação, mas sim o analisarmos de uma maneira global, ou seja, enxergarmos o direito como um todo, sem barreiras de Público e Privado, ou qualquer outro ramo que seja. Todos os preceitos normativos infraconstitucionais, independente da matéria que versarem, devem estrita obediência à cláusula limitativa supracitada.

Quanto à abrangência dada ao texto infraconstitucional, em relação ao constitucional, na matéria de direitos adquiridos, podemos observar dois tipos de pensamentos doutrinários.

O primeiro considera que no momento em que o texto constitucional deixou vago o conceito e a extensão do mesmo, tornou-se possível ao legislador infraconstitucional limitar seus parâmetros e estabelecer o conceito *stricto sensu* de direito adquirido, observando a garantia do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Cabe frisar que essa corrente de pensamento, inclusive alcança, ao menos em parte, o nosso Supremo Tribunal Federal:

Não se pode confundir a configuração conceitual de direito adquirido (que se radica estritamente no plano legal), de um lado, com o princípio inerente à proteção das situações definitivamente consolidadas, de outro, pois é apenas a tutela do direito adquirido – e não o conteúdo material de sua noção – que ostenta natureza constitucional, a partir da cláusula de salvaguarda inscrita no art. 5, XXXVI, da Carta Política.  
(...)

Embora a Constituição mencione a garantia de direito adquirido, o conceito da expressão é regulado pela Lei de Introdução. Não cabe, assim, recurso extraordinário, posto que a alegada violação operaria por via reflexa.<sup>5</sup>

Ousamos discordar desta teoria, ao analisarmos a questão à luz do seguinte pensamento: a interpretação da norma constitucional que regula os direitos adquiridos não está, de maneira alguma, restrita aos limites enunciados na Lei de Introdução ao Código Civil, embora concordemos que possa influenciar a interpretação da mesma. Baseamos este pensamento no simples fato de que podemos enquadrar tal preceito constitucional na classificação, já tornada

<sup>5</sup> AI nº. 135.632, Rel. Min. Celso de Mello, BDA, dez/1995, pág. 773.

clássica, de José Afonso da Silva<sup>6</sup>, aquele é, com certeza, uma norma de eficácia plena, de aplicabilidade direta e imediata e não restringível, não dependendo de regulamentação posterior alguma. Na linguagem de Jorge Miranda<sup>7</sup> tais normas constitucionais seriam “exequíveis em si mesmas”, ou seja, normas preceptivas que contêm todos os elementos normativos indispensáveis à produção da totalidade de seus efeitos potenciais, apesar de serem também normas regulamentáveis, ou seja, não necessitam obrigatoriamente de regulamentação, mas a admitem por via de norma infraconstitucional.

Se considerássemos o conceito de direito adquirido como matéria de legislação ordinária, recairíamos no problema de o limite imposto ao legislador depender da atuação do mesmo, ou seja, este limite seria apenas uma ficção, pois não tendo mais validade o preceito constitucional, restaria ao livre-arbítrio do legislador infraconstitucional a decisão sobre respeitar ou não o direito adquirido. Quanto a isso, vejamos as palavras de Ovídio Bernardi: ... se um legislador elabora uma lei, deve respeitar o direito adquirido. Mas se fica a seu encargo dizer o que é direito adquirido, então nada vale a exigência constitucional.<sup>8</sup>

Em nossa doutrina, diversos autores adotam posição semelhante. Pontes de Miranda, em seus *Comentários a Constituição de 1946*, adverte-nos que a Lei de Introdução ao Código Civil não possui qualquer significação no direito constitucional, sendo que o conceito de direito adquirido seria um conceito científico que foi constitucionalizado.<sup>9</sup>

#### **4 A TEORIA OBJETIVA DA SITUAÇÃO JURÍDICA E A TEORIA SUBJETIVA DO DIREITO ADQUIRIDO (ROUBIER VS GABBA)**

Teorizando acerca da retroatividade da lei, Paul Roubier e Gabba produziram um debate histórico cuja dimensão extrapolou os limites da Europa, tendo reflexos nas Américas e em todo o mundo Ocidental.

Devido a nossa preferência metodológica, começemos por Roubier a presente análise, mesmo que tenha sido a obra de Gabba a que surgiu primeiro (1891).

Em sua obra clássica (*Le Droit Transitoire*, 1960), ao tratar da aplicabilidade da lei, Roubier faz a seguinte distinção entre efeito imediato e efeito retroativo da lei: se a lei prever a possibilidade de atingir fatos ocorridos

<sup>6</sup> *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.134.

<sup>7</sup> *Manual de Direito Constitucional*. Vol. II. Lisboa : Coimbra Ed., 1997.

<sup>8</sup> *O Direito Adquirido e o seu Problema Conceitual*, RT, v. 284, 1959, p. 24-27.

<sup>9</sup> “Em todo o caso, há mínimo conteúdo em cada um dos três conceitos (conceitos de direito adquirido), o que os faz ‘científicos’, nesse mínimo. Constitucionalizaram-se conceitos científicos. O Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, cujo art. 6, 2º parte, esteve em vigor até 17 de setembro de 1946, foi sinal de regressão política que não se pode levar em conta na história da ciência jurídica no Brasil. Dizia o art. 6: ‘a lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito’. Era a regra jurídica ordinária que podia corresponder à Constituição de 1937, porém nunca a toleraria as outras Constituições”. Cfr. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Editora M. Limoad, 1953, p.374.

*RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 135-160, jan./jun. 2005*

no passado, então ela será retroativa, mas se sua incidência for somente nos fatos futuros, será de efeito imediato.

Apesar da simplicidade inicial que o raciocínio apresenta, Roubier, em seguida, faz uma distinção mais detalhada<sup>10</sup> entre os fatos a serem atingidos pela lei nova, que pode ser assim exposta:

– *facta praeteria: se a lei pretende se aplicar aos fatos realizados no passado, será retroativa;*

– *facta pendentia: se a lei pretende se aplicar às situações em curso, convirá estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data da modificação da legislação, estas que não poderão ser atingidas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova não terá efeito senão imediato;*

– *facta futura: se a lei se aplicar somente aos fatos a ocorrer, será, por óbvio, irretroativa.*

As colocações acima expostas resumem aquilo que veio a ser definido como Teoria Objetiva da Situação Jurídica, através da qual é possível dar efeitos retroativos para a lei – influenciando sobre situações jurídicas constituídas e ato jurídico perfeito – por meio de uma mera referência no texto legal a respeito deste caráter *ex tunc*.

No entanto, deve-se lembrar que no ordenamento jurídico francês o respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito não são matéria constitucional, mas sim de lei ordinária. Com isto, o legislador pode afastá-lo com uma nova lei ordinária posterior que trate de matéria de ordem pública. Porém, a questão relativa à “matéria de ordem pública” é controversa e na própria França possui restrições:

A idéia de ordem pública não pode ser posta em oposição ao princípio da não retroatividade da lei, pelo motivo decisivo de que, numa ordem jurídica fundada na lei, a não-retroatividade das leis é ela mesma uma das colunas de ordem pública. A lei retroativa é, em princípio, contrária à ordem pública; e, se excepcionalmente o legislador pode comunicar a uma lei a retroatividade, não conviria imaginar que, com isso, ele fortalece a ordem pública; ao contrário, é um fermento de anarquia que ele introduz na sociedade, razão porque não deve ser usada a retroatividade senão com a mais extrema reserva.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> “Si la loi prétend s’appliquer à des faits accomplis (“facta praeteria”), elle est rétroactive; si elle prétend s’appliquer à des situations en cours (“facta pendentia”), il faudra établir une séparation entre les parties antérieures à la date du changement de législation, qui ne pourraient être atteintes sans rétroactivité, et les partis postérieures, pour lesquelles la loi nouvelle, si elle doit s’appliquer, n’aura jamais qu’un effet immédiat; enfin, vis-à-vis des faits à venir (“facta futura”), il est clair que la loi ne peut jamais être rétroactive”. ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire (conflit des lois dans le temps)*, 2e éd., Paris: Dalloz et Sirey, 1960, p. 177.

<sup>11</sup> “L’idée d’ordre public ne peut pas être mise en opposition avec le principe de la non-rétroactivité de la loi, pour ce motif décisif que, dans un ordre juridique fondé sur la loi, la non-rétroactivité des lois est elle-même une des colonnes de l’ordre public. La loi rétroactive est en principe contraire à l’ordre public; et si exceptionnellement le Législateur peut communiquer à une loi la rétroactivité, il ne faudrait pas d’imaginer qu’il fortifie par là l’ordre public; c’est au contraire un ferment d’anarchie qu’il introduit dans la société, et voilà pourquoi il ne doit être usé de la rétroactivité qu’avec la plus extrême réserve”. ROUBIER, Paul. *Op. cit.* p. 419.

Acrescente-se a isto o fato de que a expressão “matéria de ordem pública” é de difícilíssima definição; o Direito possui um grau de especificidade que torna confusa a distinção entre o que é de interesse público e de interesse privado. Em campos como o Direito Administrativo, ex hipotesy, a relação entre o interesse público e o privado pode chegar a um grau de estreitamento tal que torne inviável qualquer tentativa de separá-los.

Diante disto, percebe-se que Roubier entende ser uma contradição fundar a retroatividade de uma lei na idéia de “ordem pública”, pois este argumento estaria, em verdade, ocultando um “fermento de anarquia” que o Estado inseriria na sociedade caso pervertesse a segurança jurídica<sup>12</sup> com a edição de normas ofensivas aos facta praeterita e os facta pendentia que já tiveram se consumado. Alegar o argumento da “ordem pública” para desconstituir direitos adquiridos seria, de fato, agir pela “desordem pública”.

A tese sustentada por Roberto de Ruggiero ilustra com limpidez a supremacia da “ordem pública” sobre os “interesses particulares”, tão repudiada por Roubier:

Não há propriamente uma regra de não-retroatividade de que constitua exceção a retroatividade: mas há dois princípios paralelos e um deles exige que a lei antiga continue, posto que revogada, a reger os fatos que se verificaram na vigência da nova, e outro, pelo contrário, exige que a lei nova se aplique ao passado, ocupando-se dos fatos que ao passado se ligam, isto para no todo ou em parte os regular de novo modo. O fato consumado, em si, e também os efeitos futuros que dele derivem, deve ser regido em algumas matérias – principalmente naquelas em que predomina a autonomia da vontade privada e o interesse dos particulares – pela lei vigente ao tempo em que o fato sucedeu. Mas a circunstância dele se ter verificado sob o regime de uma norma diversa, não pode pelo contrário e noutras matérias – aquelas em que predomina o interesse do Estado e da ordem pública – servir de obstáculo à imediata aplicação da nova lei.<sup>13</sup>

Note-se, a título de comparação, que no direito brasileiro a regra que protege o direito adquirido e o ato jurídico perfeito é de caráter constitucional, figurando entre as garantias constitucionais previstas no art. 5 da Constituição. Sendo assim, a própria discussão entre matéria de interesse público e de interesse privado se torna irrelevante, visto que a Carta Magna do ordenamento jurídico já prestou a devida tutela aos direitos adquiridos e aos atos jurídicos perfeitos.

<sup>12</sup> Em *Théorie Générale du Droit*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952, p. 324, Roubier diz que “la sécurité juridique est assurée au premier chef par la forme extérieure de la règle de droit (supra p. 89); c’est, en effet, une des qualités essentielles de la technique juridique de garantir la sécurité des résultats, de telle manière que chacun puisse prévoir ces résultats et compter sur eux. D’où l’importance donnée aux sources formelles du droit, qui permettent de savoir sans ambiguïté quelle est la règle applicable; d’où aussi la préférence accordée à la source législative en fonction de ses qualités de précision et de certitude; nous avons dit à cet égard que la sécurité des règles formelles devait être considérée comme ayant une valeur plus grande que l’élasticité du droit libre, bien que les qualités de souplesse et d’adaptation de ce dernier aient été souvent invoquées en sa faveur”.

<sup>13</sup> RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil. Vol. I*. São Paulo: Bookseller, 1999, p. 234-235.

As leis de ordem pública, embora se apliquem imediatamente, todavia não atingem negócios liquidados de modo definitivo, pretensões satisfeitas, litígios terminados por sentença ou transação.<sup>14</sup>

Quanto ao princípio da segurança jurídica, J.J. Canotilho assim entende:

Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas normas.<sup>15</sup>

A maior crítica de Roubier à Doutrina Clássica (Subjetiva) do Direito Adquirido diz respeito aos contratos e aos efeitos que uma lei retroativa causaria nestes e, destarte, em todo o ordenamento jurídico. Ao retroagir em situações jurídicas pendentes, como contratos que se encontram em execução, a lei produz um abalo naquela estabilidade que os contratantes supunham poder esperar do ordenamento jurídico onde eles contrataram, uma vez que acordaram entre si tendo como base uma lei que presumivelmente regularia sua relação contratual até que fosse concluído o contrato.

Veja-se Roubier quando afirma que:

Um contrato constitui um bloco de cláusulas indivisíveis que não se pode apreciar senão à luz da legislação sob a qual foi entabulado. É por esta razão que, em matéria de contratos, o princípio da não-retroatividade cede lugar a um princípio mais amplo de proteção, o princípio da sobrevivência a lei antiga.<sup>16</sup>

Para Caio Mário da Silva Pereira o posicionamento sustentado por Roubier evidencia-se mais completo, mais exato, mais seguro e formula uma teoria objetivista firmada em conceitos doutrinários fundamentais.<sup>17</sup>

De outra sorte, a Teoria Subjetiva de Carlo Francesco Gamba, que representa a Doutrina Clássica do Direito Adquirido, assim define o conceito de direito adquirido:

É adquirido todo direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo em que esse fato foi realizado, embora a ocasião de o fazer valer não se tenha apresentado antes do surgimento de uma lei nova sobre o mesmo; e que, b) nos termos da lei, sob o império da qual se deu o fato de que se originou, tenha entrado imediatamente para o patrimônio de quem o adquiriu.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal*. São Paulo: Editora Freitas Bastos, 1946, p. 61.

<sup>15</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 377-378.

<sup>16</sup> ROUBIER, Paul. *Op. cit.*, p. 381.

<sup>17</sup> *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 154, 20ª edição.

<sup>18</sup> GABBA, C. F. *Teoria della retroattività delle lege*. Torino: Unione, 1891, p. 98

Carlos Maximiliano – um dos principais autores brasileiros sobre o tema – filiou-se à tese de Gabba ao afirmar que:

[...] para se chamar adquirido um direito, não basta que seja concreto, grangeado por um indivíduo em virtude de um fato idôneo a produzi-lo; é necessário, também, que se haja tornado elemento ou parte do patrimônio pessoal do respectivo titular. Aos que se não reveste de tal requisito, aplica-se, na íntegra, a lei nova.<sup>19</sup>

Ao adotar a teoria de Gabba, nosso ordenamento jurídico<sup>20</sup> excluiu – ao menos no plano teórico – qualquer possibilidade de aplicação da teoria de Roubier – de muito maior inflexibilidade quanto à possibilidade de retroatividade da lei nova, em relação às situações jurídicas ainda não reputadas perfeitamente concluídas sob a égide da lei anterior –, como também de outros doutrinadores (a maioria das quais muito mais restritivas, a exemplo da doutrina de Roubier), como G. P. Chironi e Friedrich Affolter.

Alguns problemas surgem com esta adoção. O primeiro deles reside no fato de permitir que se entenda que a irretroatividade deixa de ser regra absoluta e que passa a dividir espaços com a retroatividade, pois basta que o legislador queira retroagir os efeitos da lei e assim será, independente da proteção constitucional ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, uma vez que a Constituição apenas protege aqueles direitos e garantias, mas de modo algum proíbe a retroatividade da lei<sup>21</sup>. Outra questão controversa concerne ao uso num sentido amplo da expressão “patrimônio”, de onde é possível imaginar que qualquer sorte de direito faça parte de tal “patrimônio”, tanto real, obrigacional, moral ou qualquer outro.

Mais um problema pode ser depreendido da Teoria de Gabba. A determinação dos requisitos necessários para que um direito venha a ser considerado “direito adquirido” não pode ser feito com base em um critério uniforme para todos os institutos jurídicos, sob pena de se estar removendo a própria unidade e segurança de critério que fundamentam aquela determinação. Não são poucos os casos em que um critério uniforme padecerá frente à situação de fato que pode sugerir ser um caso de direito adquirido ou de uma expectativa de direito abstrata.

Apenas a título ilustrativo, imaginemos a situação de advir uma norma elevando a maioria de 18 anos para 25, sem nada dispor em termos de direito transitório. Como ficará a situação daqueles que forem maiores de 18

<sup>19</sup> *Direito Intertemporal*. São Paulo: Editora Freitas Bastos, 1946, p. 08.

<sup>20</sup> É oportuno lembrar que tanto a teoria de Gabba quanto a de Roubier influenciaram o direito pátrio. A Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 era manifestamente influenciada pelos subjetivistas de Gabba, enquanto que LICC de 1942 orientou-se pela corrente objetivista de Roubier. Porém, com a alteração procedida pela lei 3238 de 1957, a LICC de 1942 retomou suas feições subjetivistas, abandonando Roubier.

<sup>21</sup> O art. 6 do Decreto-lei 4.657/42, ao afirmar que “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”, não significa que a não-retroatividade seja regra, pois tanto uma lei retroativa quanto uma lei para *facta futura* enquadram-se no “terá efeito imediato e geral” do referido diploma legal.

anos e menores de 25? Eles se tornarão menores? Existem teses que sustentam o sim e o não, entretanto, parecem ser mais razoáveis as que manifestam-se negativamente. A capacidade civil é um atributo do estado pessoal do indivíduo e, a partir momento em que este se tornou maior pela regra dos 18 anos, sua condição psicológica também foi afetada pela lei que lhe concedia a maioridade, não podendo, assim, ser atingido pela nova lei, a menos que o ordenamento jurídico queira ofender-lhe psicológica e legalmente.

## 5 DIREITO ADQUIRIDO, EXPECTATIVA DE DIREITO E A ULTRA-ATIVIDADE DO DIREITO ADQUIRIDO

Antes de desenvolvermos maiores considerações acerca do presente tema, faz-se mister que seja imediatamente procedida a distinção entre direito adquirido proveniente de ato de vontade e direito adquirido proveniente de atos normativos.

Baseando-se em Jèze e Trabucchi, Orlando Gomes<sup>22</sup> define situação jurídica como sendo o conjunto de direitos e obrigações que uma pessoa pode vir a se encontrar, tanto em posição ativa quanto em posição passiva. Essas situações se distinguem em dois tipos:

- *situações gerais e impessoais*, também denominadas estatutárias ou objetivas, cujo conteúdo abrangido tem cunho geral, ou seja, recai sobre todos os indivíduos que dessa situação são titulares. São produzidas por atos que possuem, materialmente, o alcance de criar disposições gerais e abstratas, os quais denominamos atos-regra. A lei, o regulamento, os estatutos, regimentos e convenções coletivas de trabalho são exemplos desses tipos de atos. A aplicação dessas disposições a determinados indivíduos depende da ocorrência de algum fato ou ato distinto daquele que as gerou, que denominamos atos-condição. Por meio destes, não se cria novo direito, pois apenas se implementa o necessário a fim de que um quadro normativo já existente passe a vigorar em relação aos indivíduos que nele se vêm incluir. Seu alcance material é apenas este: inserir alguém no campo de incidência de um ato geral (ato-regra).

- de outra sorte, temos o que denominamos de *situações individuais ou subjetivas*, cujo conteúdo é determinado individualmente, podendo, obviamente, variar de um para outro titular. Podemos afirmar que o ato individual, ao mesmo tempo que cria uma dada situação jurídica, investe nela os indivíduos participantes da mesma. Essas situações são produzidas por atos cujo alcance material se restringe ao produtor ou aos produtores deles. Tais atos são chamados de atos subjetivos.

Há de se fazer uma ressalva, de que as situações subjetivas jamais se encontram em estado puro, visto que são sempre mais ou menos mistas, pois contém inevitavelmente alguns elementos fixados por disposições gerais, além dos aspectos individuais oriundos do ato que as cria. Para exemplificar este

<sup>22</sup> *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, pp. 130-132.

caso, podemos dar como exemplo o contrato, onde são produzidas situações individuais, de teor específico de um para outro documento, porém, este estará sempre submetido a certas regras gerais que derivam de lei.

Essa distinção que acabamos de fazer, vem para ajudar-nos a resolver um dos problemas já discutidos neste estudo, qual seja, o da modificabilidade das situações jurídicas frente a nova legislação. Enquanto nas situações gerais as alterações se aplicam de imediato, alcançando todos nela investidos, as situações individuais permanecem intangíveis. Portanto, essa distinção fornece o critério técnico para a solução do problema da aplicação da não retroatividade das leis. Analisemos alguns casos concretos.

Teria sentido alguém pretender se opor à alteração das regras do imposto de renda, arguindo direito adquirido às normas que vigiam à época em que se tornou contribuinte pela primeira vez? Da mesma forma, seria prudente invocar direito adquirido para obstar a nova legislação sobre o serviço militar, argumentando que o regime vigente era mais suave quando o convocado completou 18 anos? Da mesma forma, funcionário público poderia invocar direito adquirido para regredir as regras funcionais, quanto a licenças, por exemplo, vigentes ao tempo em que ingressou no trabalho? Elas colhem de imediato os indivíduos inclusos nas situações jurídicas gerais modificadas, pois inexistente a intangibilidade reconhecida, como já citado, para as situações individuais.

De outro modo, se alguém contrata com outrem o trespasse de bem móvel, convindo as partes, das possibilidades legais, que os riscos da coisa, antes da tradição, correm por conta do comprador, cria-se situação imutável. O vendedor terá todo o direito de invocar direito adquirido sobre as cláusulas fixadas contratualmente, se lei posterior dispuser que os riscos da coisa vendida e ainda não entregue, devem ser suportadas pelo vendedor.

É nítida a diferença entre ambas as espécies de situações jurídicas e igualmente nítida a imediata aplicação das modificações que incidam sobre as situações gerais, ao contrário do que se passa com as subjetivas, ou seja, percebe-se, inclusive intuitivamente, a alterabilidade das situações gerais e a intangibilidade das situações individuais.

### **5.1 Distinção entre Direito Adquirido e Expectativa de Direito**

Constitui-se a relação jurídica quando praticados todos os atos ou fatos exigidos pelo ordenamento jurídico para que a relação se estabeleça e possa ser reconhecida no universo do direito. Somente quando satisfeitas as exigências legais, verifica-se a aquisição dos direitos correspondentes e, então, pode-se dizer que há direitos adquiridos.

Entretanto, a aquisição de um direito não se realiza sempre em consequência de fato ou ato jurídico que a provoque imediatamente. Há direitos que só se adquirem por formação progressiva, ou seja, através da seqüência de

elementos constitutivos da relação jurídica. Antes de ocorrer o concurso desses elementos, separados entre si por uma relação de tempo, o direito está em formação, podendo o processo constitutivo concluir-se, ou não. Sendo assim, o direito formar-se-á somente quando o último elemento se concretizar.

Se já ocorreram fatos idôneos a sua aquisição condicionada à ocorrência de outros que lhes podem suceder, mas ainda não se verificaram, configura-se um estado de dependência que justifica, no interessado, a legítima expectativa de vir a ter o direito adquirido. Em virtude do estado psicológico que se encontra o aspirante a titular, denomina-se tal situação como expectativa de direito. O fato final que determinaria a aquisição do direito pode consistir num acontecimento natural, num ato do próprio interessado ou num ato de terceiro.

No conceito de expectativa de direito o grau de segurança exerce decisiva influência. Em algumas situações, a realização do fato final é tão firme e certa, que são assimiladas como direitos subjetivos. Nesses casos, não se deve falar em expectativa propriamente dita, pois o interessado é, em verdade, titular de um direito que tem o seu exercício suspenso por algum tempo. Em outros casos, a insegurança é tamanha, que a situação se torna mera expectativa de fato; são exemplos, os casos que dependem do arbítrio de terceiro e os que dependem da vontade de quem espera o direito. Vale frisar que a expectativa de fato não é juridicamente protegida, ao contrário da legítima expectativa de direito.

Para uma melhor compreensão, observemos o seguinte, expresso na Lei de Introdução ao Código Civil:

Art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

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

§ 2º. Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

Neste momento, cabem alguns comentários aos preceitos legislativos acima expostos. No § 1º, o termo “consumado”, deve ser entendido como se referindo aos elementos necessários à existência do ato, e não a sua execução ou aos seus efeitos materiais, ou seja, é ato existente, aquele em que se acham completos e presentes todos os requisitos para sua formação, ainda que pendentes os seus efeitos. Já o § 2º, considera direito adquirido aquele que pode ser exercido (estabelece nítida distinção entre aquisição e exercício do direito), pois considera adquirido o direito quando apto a ser exercido, ainda que não tenha havido, efetivamente, o seu exercício pelo titular, e parte do dispositivo trata dos direitos cujo exercício está condicionado.

Vale lembrar que não se confundem tais direitos com as chamadas expectativas de direito. Os direitos expectativos, ou condicionados, são aqueles cuja existência já se concretizou, aguardando apenas o seu exercício, diferentemente das chamadas expectativas de direito, situações estas que o direito ainda nem existe por faltarem os requisitos para a sua existência.

## 5.2 Ultra-atividade do Direito Adquirido

Uma das mais árduas tarefas daqueles que se propõem a estudar os direitos adquiridos é descobrir se estes devem ser respeitados por uma nova Constituição.

Como referência inicial para que possamos adentrar na presente questão, é necessário delimitar aqueles principais traços característicos do Poder Constituinte Originário: a inicialidade, autonomia, incondicionalidade e ilimitação.<sup>23</sup>

O primeiro, a inicialidade, significa que a Constituição é o marco inicial do novo ordenamento jurídico. Todo o sistema desenvolver-se-á tendo por base este instrumento normativo resultado do trabalho do Poder Constituinte. As leis vigentes anteriormente a nova Constituição, poderão ser “recepcionadas”, como diria Kelsen<sup>24</sup>, pela nova Lei Magna, em tudo naquilo que estiver em consonância com esta, ou então, serão tacitamente revogadas.

A incondicionalidade é a segunda maior característica que possui o Poder Constituinte Originário. Não há procedimento ou modo especial de manifestação, a própria Constituição poderá definir os seus processos formais e todos os demais do universo jurídico, que passará a girar em torno dela. No que tange às matérias, é o próprio legislador constituinte quem decidirá quais irão constar no texto constitucional, legislando sem sofrer qualquer sorte de influência externa, devendo se manter fiel apenas aos padrões axio-deontológicos predominantes na sua coletividade.

A autonomia concerne à circunstância do Poder Constituinte Originário não estar subordinado hierarquicamente a nenhum outro poder.

A ilimitação é o último dos quatro traços marcantes do Poder Constituinte Originário. Trata-se do princípio da soberania da Constituição, esta não seria barrada ou cerceada por qualquer norma jurídica vigente em seu território. Entretanto, Sieyès acredita que a única limitação do poder de legislar está nos

<sup>23</sup> Cfr. FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1981, pp. 34, e MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 56. Existe uma divergência na doutrina que é bem representada por estes dois autores onde o primeiro entende ser o Poder Constituinte Originário inicial, autônomo e incondicionado, porém limitado pelo direito natural, enquanto que o segundo coloca o referido Poder como sendo também ilimitado, pois, segundo o autor, o Poder Constituinte Originário não encontra-se sob a égide de qualquer sorte de direito. Ainda que a discussão seja por demais interessante, cabe aqui apenas referi-la, mas não adentrar no mérito.

<sup>24</sup> “A ‘recepção’ é um procedimento abreviado de criação de Direito. As leis que, na linguagem comum, inexacta, continuam sendo válidas são, a partir de uma perspectiva jurídica, leis novas cuja significação coincide com a das velhas leis. Elas não são idênticas às velhas leis, porque seu fundamento de validade é diferente. O fundamento de validade é a nova constituição, não a velha, e a continuidade das duas não é válida nem do ponto de vista de uma, nem de outra. Assim, nunca é apenas uma constituição, mas sempre toda a ordem jurídica que é modificada por uma revolução”. Cfr. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Estado e do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 172.

direitos fundamentais do indivíduo. Destarte, uma Constituição somente será válida se respeitar o direito natural que protege o homem.

Já o Poder Constituinte Derivado e o Decorrente seriam limitados e condicionados pela Constituição. Esta só pode ser alterada naquilo que ela permite ou não se manifesta. Uma mudança contra a Constituição pode ser entendida como uma afronta ao poder político “emanado do povo” ou, até mesmo, uma revolução. Toda Constituição traduz uma decisão política, a qual se exprime os seus pontos fundamentais - também entendidos como cláusulas pétreas. Por isso, somente uma nova Constituição, nunca uma simples emenda poderá suprimi-los, substituí-los ou alterá-los.

Como já visto anteriormente, Paul Roubier considerava que a norma constitucional, como qualquer outra norma, não incide senão do presente para o futuro, tendo efeito imediato e geral. Aplica-se aos *facta futura e*, possivelmente, aos *facta pendentia*, porém, nunca aos *facta praeterita*.

“L’effet immédiat de la loi doit être considéré comme la règle ordinaire: la loi nouvelle s’applique, dès sa promulgation, à tous les effets qui résultent dans l’avenir de rapports juridiques nés ou à naître.”<sup>25</sup>

A discussão surge no momento em que a doutrina afirma não ser vedada a retroatividade a norma constitucional oriunda do Poder Constituinte Originário. Esta afirmação se fundamenta no princípio da inicialidade da Constituição, segundo o qual esta é um marco inicial que poderia normatizar situações ocorridas em qualquer espaço de tempo, anterior ou posterior a ela.

Pontes de Miranda<sup>26</sup> defende a tese de que a Constituição não possui, de ordinário, retroeficácia. A sua incidência imediata corresponderia ao período definido por ela para começar a vigor. O princípio geral de Direito é a irretroatividade, daí a presunção de que a norma constitucional não possui retroeficácia. Para fugir disto será necessário que o caráter retroativo decorra inexoravelmente do texto.

Outra corrente de pensamento, defendida por constitucionalistas menos atentos, alega que não existe direito adquirido contra a Constituição; esta não estaria obrigada a respeitar direitos estabelecidos por normas que não possuam seu fundamento de validade nesta nova Constituição que está sendo criada. Ou seja, os direitos fundamentais do homem e do cidadão estariam a mercê do arbítrio do legislador constitucional. Por exemplo, uma lei que proibisse criar animais domésticos e tivesse como sanção a pena de morte para o homem e o animal, seria válida e, até mesmo, com normatividade constitucional, bastaria que assim tivesse desejado o legislador constituinte.

Celso Antônio Bandeira de Mello, partidário da idéia de ilimitação do Poder Constituinte Originário, afirma o seguinte:

O poder constituinte é ilimitado. Donde, o que for por ele decidido – não importa o quão chocante ou abstruso possa ser – do ponto

<sup>25</sup> ROUBIER, Paul. *Op. cit.* p. 11.

<sup>26</sup> *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Editora M. Limoad, 1953, p.374.

de vista do Direito Positivo é insuscetível de questionamento, já que a normatização por ele instaurada tem, por definição, caráter inaugural em sentido absoluto. É a fonte de validade da ordem jurídica. É a origem do Direito. É seu termo de referência, pois não se encarta nem precisa se reportar a qualquer norma anterior que a sustenha ou autorize. Sustenta-se em si própria. Logo, nenhuma pretensão jurídica lhe poderia ser oposta, exatamente porque, para dizer-se jurídica, teria de estar referenciada direta ou indiretamente na própria Constituição. Assim, é óbvio que nada se lhe pode contender, no plano do Direito Positivo.<sup>27</sup>

Está-se a tratar aqui apenas de direitos fundamentais, ou seja, direitos humanos que devem ser recebidos por toda e qualquer Constituição que se proponha a disciplinar um Estado de Direito cujo valor-fonte<sup>28</sup> seja o ser humano. Constituições “ilimitadas”, ou seja, que não internalizam os direitos humanos e não lhes dão efetividade, representam Estados cujo axioma central é “não-humano”, podendo ser Estados ditatoriais, militares, comunistas ou qualquer outra modalidade de aberração que vier a ser criada.

Podem-se alegar que o presente posicionamento é totalitário. E ele de fato é. Porém, é um “totalitarismo humanista” que tem na pluralidade, na liberdade e na igualdade suas principais bases éticas. A afirmação incondicional do humano frente a qualquer forma de poder é uma espécie de “totalitarismo” que busca se mostrar inflexível a todo ato ofensivo à dignidade da pessoa humana. Já vimos partidos, ideologias e megalomaniacos adotarem posturas políticas que criaram totalitarismos intolerantes frente aos que lhes fossem diferentes. A falência de todas essas posturas políticas e a supremacia do humano comprova o aqui sustentado: o “totalitarismo humanista” impede que toda a forma de manifestação política e ideológica contrária ao humano possa existir no jogo político. É a supremacia do pluralismo intransigente frente ao que lhe for contrário.

Quanto aos direitos que não forem de ordem fundamental, não adentrar-se-á na problemática, uma vez que somente a partir do caso concreto se torna possível conceber, ou não, a viabilidade da sua manutenção frente à nova Constituição.

Mesmo o assunto sendo de grande complexidade e profundidade, pode-se dizer que a retroatividade de uma nova lei constitucional tem como duas únicas barreiras os direitos fundamentais do homem e os seus direitos patrimoniais. Nestes últimos, inclui-se aqueles adquiridos em vigência de lei anterior e que tiveram a expressa aquiescência do titular. Noutras palavras, os direitos adquiridos pelo titular que não acordou ou exercitou seu direito, não devem ser respeitados pela nova Constituição.

<sup>27</sup> *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 167.

<sup>28</sup> “O homem é o valor-fonte de todos os valores ou a “fonte dos valores”: “o homem é a fonte de todos os valores porque é da sua essência valorar, criticar, julgar tudo aquilo que lhe é apresentado, seja no plano da ação ou no do conhecimento.” Cf. REALE, Miguel. *Experiência e Cultura*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 196.

*RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 135-160, jan./jun. 2005*

## 6 DIREITOS ADQUIRIDOS E AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS NO ATUAL CONTEXTO DO DIREITO TRANSITÓRIO BRASILEIRO

Tomando-se, de início, *ex hipotesy*, o nosso Código de Processo Civil, perceber-se-á que o mesmo se mostra um tanto negligente ao tratar da matéria de direito transitório, restringindo-se a elencar tão-somente em seu art. 1211, caput, o antigo preceito francês de que a lei nova – neste caso, a lei processual – se aplica desde logo aos processos pendentes. A omissão do legislador ao tratar deste tema acarreta grandes dificuldades para os operadores do Direito frente às situações fáticas decorrentes do referido preceito, pois são enormes as modificações de procedimentos impostas pela legislação superveniente, sem que esta, na maioria das vezes, faça qualquer menção ao direito transitório.

Em virtude disto, outra saída não resta ao intérprete-aplicador da norma senão observar as decisões jurisprudenciais, as posições da doutrina e, principalmente, recorrer aos chamados princípios gerais de direito transitório (também aplicáveis ao direito processual), que passaremos a discutir a partir deste momento.

Toda a problematização gerada pela omissão de nosso legislador esta fundada exatamente no ponto basilar do direito transitório, ou seja, reside na distinção dos efeitos da lei quanto ao seu tempo, se a mesma possui efeito retroativo ou efeito imediato.

Não se pode confundir aplicação imediata com aplicação retroativa da norma jurídica. A aplicação retroativa é a que faz a norma incidir sobre suportes fáticos ocorridos no passado. Esta incidência será legítima, salvo se dela não resultar violação aos elementos resguardados pela nossa Constituição (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada). Assim, não seria vedada a incidência retroativa de norma nova que, por exemplo, importasse situação de vantagem ao destinatário. Já aplicação imediata é a que se dá sobre fatos presentes, atuais, não sobre fatos passados. Em princípio não há vedação alguma a essa incidência, respeitada, evidentemente, a cláusula constitucional antes referida.

Dentro deste prisma, baseando-se na já referida obra de Roubier<sup>29</sup>, podemos distinguir dois aspectos: se a nova norma atinge *facta praeterita*, tranqüilamente podemos afirmar ser a mesma retroativa; se *facta pendentia*, faz-se necessário distinguir entre situações anteriores à mudança da legislação, que não poderiam ser atingidas sem retroatividade, e situações posteriores, para as quais a nova lei, se aplicável, terá efeito imediato.

Como regra, a aplicação imediata é a usual, sendo a retroatividade não presumível, devendo ser formalmente expressa, tendo como exceção o Direito Penal, cuja aplicação da lei superveniente está sujeita ao benefício da mesma em face ao caso concreto em relação à lei anterior, caracterizando-se no

<sup>29</sup> *Le droit transitoire (conflit des lois dans le temps)*, 2e éd., Paris: Dalloz et Sirey, 1960, p. 177.

imemorial brocardo *novatio legis in melius*, ou seja, trazendo-nos uma norma superveniente pena ou condição mais benigna ao indivíduo, esta retroage, alcançando os fatos ocorridos no passado.

Porém, é apropriado frisarmos que se deve analisar a situação jurídica (e sua situação temporal) sobre a qual incidiu a nova lei. Quando o fato gerador que cria, modifica ou extingue uma dada situação jurídica se situa à luz da legislação antiga, ela será relida por esta, salvo disposição retroativa formalmente constante na nova lei. No entanto, quando o momento da constituição jurídica ainda estiver pendente, a nova lei incidirá imediatamente, obviamente respeitando o período de vigência da lei anterior.

Em relação aos efeitos emanados da situação já constituída, a nova normatização não atingirá os já produzidos que foram regidos pela lei anterior, salvo se constar retroatividade nos moldes já citados.

Um memorável e didático voto proferido pelo Ministro Moreira Alves, na ADIn 493, representa, com toda a propriedade, a posição tomada pela jurisprudência pátria quanto ao direito adquirido:

Esse preceito constitucional se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Já na representação de inconstitucionalidade nº 1.451, salientei em voto que proferi como relator:

‘Aliás, no Brasil, sendo o princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada de natureza constitucional, sem qualquer exceção à qualquer espécie de legislação ordinária, não tem sentido a afirmação de muitos – apegados ao direito de países em que o preconceito é de origem legal – de que as leis de ordem pública se aplicam de imediato alcançando os efeitos futuros do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, e isso porque, se se alteram os efeitos é óbvio que se está introduzindo modificação na causa, o que é vedado constitucionalmente.’<sup>30</sup>

Convém ainda colacionar a manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence sobre o voto do Ministro Moreira Alves:

Vimos, aqui, na ADIn 493 - e creio que o acompanhamos, por unanimidade - o voto antológico do MINISTRO MOREIRA ALVES a sustentar que, precisamente porque, ao contrário dos ordenamentos europeus para os quais e sobre os quais tanto polemizaram GABBA e ROUBIER e tantos outros, a nossa garantia do direito adquirido V.Ex.a, Sr. Presidente, também, em obras doutrinárias e em acórdãos, tem insistido nisso - não é uma questão teórica de direito intertemporal a aplicar na sucessão de leis silentes a respeito: é uma garantia constitucional, irremovível, pois, pelo legislador ordinário. E, por isso, naquele acórdão, unânime no ponto, asseverou- se que o tratar-se de lei de ordem pública não

<sup>30</sup> ADIn/DF nº. 4930/600, relator Ministro Moreira Alves, de 25/06/1992, p.304.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 135-160, jan./jun. 2005

afetaria a proteção do direito adquirido, exatamente, porque, ao contrário do que sucedia, na França, onde escreveu ROUBIER ou na Itália, onde escreveu GABBA, entre nós, se trata de garantia constitucional e não de uma regra doutrinária de interpretação.<sup>31</sup>

Situação interessante onde a presente discussão, mormente no que concerne às leis retroativas de ordem pública, pode ser encontrada nos contratos cuja execução está sendo alterada pela lei nova. Trata-se de um ato estatal, perfectibilizado ao final do processo legislativo, que se demonstra apto a modificar os efeitos futuros de contratos anteriores. O seguinte julgado reflete uma posição consolidada nos tribunais pátrios, a este respeito:

Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado.

O disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedentes do STF.<sup>32</sup>

Torna-se evidente, como já exposto anteriormente, que à problemas como aquele da lei de ordem pública não é dada a mesma importância no direito brasileiro que em outros ordenamentos jurídicos, como o francês, por exemplo; a abordagem da matéria neste país é feita por lei infraconstitucional, permitindo que fique entregue às vicissitudes do legislador ordinário, enquanto que, no Brasil, como se não bastasse a proteção ao direito adquirido estar consagrado como regra constitucional desde a Constituição de 1934, tal garantia ainda é considerada cláusula pétrea.

Quanto a este último aspecto e a sua eterna relevância para o Direito, seja transitório, Constitucional, Administrativo, ou mesmo em sede de Teoria Geral, necessitamos ainda desenvolver algumas linhas básicas.

## 6.1 Direito Adquirido vs. Emendas Constitucionais

A relação entre a garantia ao direito adquirido e o poder de Emenda que possui o Estado não poderia deixar de ser aqui abordado.

Partiremos, então, da jurisprudência constitucional.

Um dos conflitos, desta espécie, mais interessantes visto recentemente diz respeito ao contido no artigo 9º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> RE n. 226.855-7/RS, Tribunal Pleno do STF, j. 31.08.00.

<sup>32</sup> RTJ 143/724, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno.

<sup>33</sup> FREITAS, Juarez. 'Abate-Teto' e Reforma Previdenciária, in Revista de Interesse Público, n. 24, Porto Alegre, 2004.

O artigo 17<sup>34</sup> do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelecia que, a partir da promulgação da nova Constituição, todos aqueles servidores que estivessem percebendo vencimentos ou similares de qualquer natureza em desacordo com a Constituição, ou seja, acima dos limites estabelecidos, deveriam ter os mesmos reduzidos segundo os parâmetros previstos no citado dispositivo. Procedeu-se, então, ao ajuste dos vencimentos ou similares e se consolidaram as situações, sem que fosse possível invocar direito adquirido. Deste modo, o artigo 17 do ADCT, produziu todos seus efeitos de modo imediato e retroativo.

Entretanto, o artigo 9º da Emenda Constitucional nº 41/2003 “restabeleceu” o artigo 17 do ADCT, afirmando que:

Aplica-se o disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.

Percebe-se, pois, que o artigo 17 do ADCT foi “revigorado” pela Emenda nº 41/2003, o que importa, de modo indireto, na criação de um novo limite para os vencimentos e na vedação à alegação de direito adquirido por parte daqueles que, a partir da vigência da referida emenda constitucional, percebam qualquer valor do erário que venha a ser superior ao “limite-teto” estabelecido.

O conflito de normas será inevitável ao contrastarmos o artigo 9º da Emenda Constitucional nº 41/2003 (esta que também é uma lei, mas de nível constitucional) com o disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Diante do confronto entre o novo dispositivo introduzido (ou revigorado, melhor dizendo) pela Emenda Constitucional n. 41 com o texto original da Constituição, sobretudo com um artigo considerado cláusula pêtrea, como o art. 5º, torna-se claro e evidente que a regra do art. 17 do ADCT só poderá ser aplicada para as situações que ainda não se encontram consolidadas e perfectibilizadas, sob pena de ofensa ao direito adquirido.

Ademais, a título de analogia é oportuno lembrar CAIO MÁRIO quando este afirma que:

O efeito imediato das leis sobre a capacidade das pessoas significa que alcança todos aqueles por ela abrangidos. Assim, o Código

---

<sup>34</sup> Cfr. “Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título”.

*RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 135-160, jan./jun. 2005*

de 2002 alterou os limites da maioridade civil, recuando-a para 18 anos e tornou automaticamente maiores todos os que já tenham atingido a nova idade-limite. Ao revés, se a lei tivesse estendido aquele termo para além dos 21 anos (a idade prevista para a maioridade civil no Código de 1916), respeitaria a maioridade dos que já teriam atingido esta idade; porém todos os que ainda não houvessem completado os 23 anos, se fosse esse o caso, por exemplo, teriam de aguardar o momento em que alcançassem o novo limite.<sup>35</sup>

Ainda no mesmo sentido, o mesmo autor segue afirmando que:

Se uma lei nova estabelece direitos e obrigações para os servidores do Estado, alcança a generalidade dos funcionários. Mas se vem suprimir prerrogativas e vantagens já incorporadas ao patrimônio individual, o lesado pela reforma pode opor à nova disposição o direito integrado no seu patrimônio.

Em princípio, não pode haver nenhum direito oponível à Constituição, que é fonte primária de todos os direitos e garantias do indivíduo, tanto na esfera publicística quanto na privatística. Uma reforma constitucional não pode sofrer restrições com fundamento na idéia genérica do respeito ao direito adquirido. Mas se é a própria Constituição que consigna o princípio da não-retroatividade, seria uma contradição consigo mesma se apresentasse para todo o ordenamento jurídico a idéia do respeito às situações jurídicas constituídas e simultaneamente atentasse contra esse conceito. Assim, uma reforma da Constituição que tenha por escopo suprimir uma garantia antes assegurada constitucionalmente (e.g., a inamovibilidade e vitaliciedade dos juizes), tem efeito imediato, mas não atinge aquela prerrogativa ou aquela garantia, integrada no patrimônio jurídico de todos que gozavam do benefício.<sup>36</sup>

Em uma das raras decisões a respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal manifestou sua orientação no sentido da prevalência da nova norma constitucional em face do direito adquirido, como se pode observar no voto do Ministro Moreira Alves:

(...) não há direito adquirido contra a Constituição. Esse princípio se aplica tanto às normas originárias da Constituição quanto às decorrentes de emendas posteriores, pois uma e outra têm a mesma natureza e a mesma hierarquia.<sup>37</sup>

Deste modo, denota-se que o objetivo da Constituição de respeitar aos direitos individuais e não prejudicar o direito adquirido através de lei cede lugar para uma interpretação eminentemente formalista. Não nos esqueçamos de

<sup>35</sup> PEREIRA, Caio Mário. *Op. cit.*, revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, p. 160.

<sup>36</sup> PEREIRA, Caio Mário. *Op. cit.*, pp. 161-162.

<sup>37</sup> RE n.º 93.290/RJ, relator Ministro Cordeiro Guerra, 28/08/81.

referir que tal julgamento data de antes da Constituição de 1988 e que, tendo como norte esta, o Supremo ainda não possui solidez jurisprudencial acerca do presente tema.

No entanto, a jurisprudência acima parte da compreensão de que no sistema jurídico nacional, lei e emenda são institutos completamente distintos. Aquela é o instrumento ordinário da expressão normativa do Estado e se consolida mediante processo relativamente célere, enquanto que esta, a emenda, supostamente seria um instrumento de caráter extraordinário e de processo formativo mais dificultoso, cabendo apenas nos casos em que fosse necessário “reenquadrar” o texto constitucional nos novos auspícios axio-deontológicos que emanam da soberania popular.

Ressalte-se que o referido julgado não faz distinção se está tratando de lei em sentido formal ou material, uma vez que as emendas constitucionais, devido ao seu poder de reforma constitucional não são lei em sentido formal, mas sim em sentido material. Por serem, no Brasil, as emendas constitucionais produzidas pelo mesmo órgão que produz as demais leis infraconstitucionais é possível supor que os mesmos princípios instituídos pelo poder constituinte para limitar o alcance das leis, entre os quais encontramos o respeito ao direito adquirido, também limitam e condicionam o poder de reforma constitucional.

De outro sorte, ressaltando-se que o citado julgado foi proferido sob a égide da Constituição de 1967 com a E. C. n.º 1/69, pode-se conceber a posição do STF como sendo compreensível, pois tende a primar pelo público sobre o privado, mantendo coerência com o momento histórico em que o país se encontrava, além de possuir sólida base doutrinária.

Porém, com o advento da Constituição de 1988 os valores mudam, constitucionalizam-se vários direitos que antes eram do âmbito infraconstitucional e a “segurança nacional” passa a dividir espaço com os “direitos fundamentais”, ou seja, o primado da “nação” agora tem ao seu lado o respeito ao “indivíduo”. Partindo-se disto é possível chegar a um resultado absolutamente contraditório no âmbito da jurisprudência constitucional, uma vez que esta protege os direitos adquiridos com base na lei, mas não protege aqueles que forem adquiridos tendo como fundamento a Constituição. Garantir o direito instituído por lei frente à lei nova e não proteger o direito atribuído pela Constituição contra emenda constitucional significa inverter a pirâmide hierárquica das leis e colocar o direito constitucional num plano inferior ao do direito infraconstitucional.<sup>38</sup>

A própria literalidade do texto constitucional parece ser clara no sentido de proibir que emendas constitucionais ataquem direitos adquiridos:

<sup>38</sup> Confirmando o aqui sustentando, veja-se o dizer de Juarez Freitas: “O Poder Público deveria ser o primeiro e maior respeitador do dispositivo em tela, em face dos princípios que o regem. Em sede abstrata, emenda constitucional é “lei”, para os efeitos do dispositivo citado. Entretanto, se dúvida houver quanto à natureza da emenda, embora recomendável que se opte pela interpretação conducente à defesa dos direitos fundamentais, inequívoco que o próprio constituinte originário tratou de providenciar a restrição de emendas constitucionais tendentes a abolir direitos adquiridos, haja vista a intangibilidade dos direitos em tela (art. 60, § 4º, IV, da CF).” FREITAS, Juarez. *Interpretação Sistemática do Direito*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 263.

*RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 135-160, jan./jun. 2005*

Art. 60.....  
 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; os direitos e garantias individuais.

Tal inversão de valores, ainda que odiosa, pouco razoável e expressamente contrária à Constituição, parece ser uma possível tendência a ser adotada pela jurisprudência constitucional brasileira. Entretanto, devido à escassez de decisões atuais específicas sobre o tema, resta aguardar por manifestações futuras do Pretório Excelso.

Por último, apenas para não faltar a referência na presente pesquisa, existe, ainda, a tese do duplo grau de revisão como forma de superação de cláusulas pétreas. Para isto, bastaria que, num primeiro momento, fosse elaborada emenda constitucional removendo o § 4º do art. 60 da Constituição; a seguir, não existindo mais qualquer espécie de óbice ao poder de emendar, produzir-se-iam emendas removendo direitos fundamentais, alterando a forma federativa de Estado, instituindo-se o voto “público” e qualquer outra modalidade de sevcia ao direito constitucional e aos direitos humanos que fosse desejada pelo Estado.

Entretanto, em virtude da sua postura eminentemente formalista e de desprezo pela *mens legis* da Constituição, a tese do duplo grau não possui grande aceitabilidade na doutrina e jurisprudência brasileiras, seguindo uma tendência dos países onde tal tese seria de possível aplicação.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o término deste trabalho, espera-se ter dado uma panorama geral sobre o direito adquirido e as principais questões que o cercam. Como visto anteriormente, toda a problemática oriunda da irretroatividade da lei e de sua eficácia no tempo está intimamente ligada ao direito adquirido. Fez-se mister, para clarificar os conceitos a partir dos quais iríamos trabalhar, que abordássemos temas relativos aos princípios gerais de Direito e a própria História do Direito, tendo como escopo responder à algumas indagações fundamentais referentes ao presente objeto de estudo.

Dentre todas as questões abordadas, uma das que causou maiores dificuldades hermenêuticas foi a de descobrir até que ponto a expectativa de direito é protegida pela lei e a partir de que momento um direito pode ser considerado “adquirido”. Respondeu-se afirmando que uma expectativa de direito somente produzirá efeitos no ordenamento jurídico quando todos os elementos necessários para a existência do direito já se encontrarem realizados ou em vias de serem, mesmo que estejam separados por um espaço de tempo. A lei considera direito adquirido aquele que, mesmo sem ainda possuir todos os seus componentes necessários para o seu efetivo usufruto pelo titular, já preenche uma série de requisitos mínimos capazes de permitir a sua aquisição por este.

Quanto ao confronto entre direito adquirido e emendas constitucionais, após termos trazidos à luz o problema, optamos por uma posição por nós mesmos denominada “humanista”.

Enfim, conclui-se na expectativa de que os objetivos iniciais tenham sido alcançados, os quais eram: problematizar acerca da eficácia da lei no tempo, dos limites ao poder de legislar e, sobretudo, das controvérsias existentes na doutrina quanto à conceituação de direito adquirido e seus reflexos no direito pátrio.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro de. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.  
DUGUIT, León. *Fundamentos do Direito*. Lisboa: Editora Inquérito, 1937.

\_\_\_\_\_. *Soberania y Libertad*. Buenos Aires: Editora Tor, 1943.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1981.

FRANÇA, Limongi. *A irretroatividade das leis e o Direito Adquirido*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

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

FREITAS, Juarez. *Interpretação Sistemática do Direito*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. ‘Abate-Teto’ e Reforma Previdenciária, **Revista Interesse Público**, n. 24, Porto Alegre, 2004.

GABBA, C. F. *Teoria della retroattività delle lege*. Torino: Unione, 1891.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

\_\_\_\_\_. *RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 135-160, jan./jun. 2005*

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*. São Paulo: Editora Freitas Bastos, 1946.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Lisboa: Coimbra Ed., 1997.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Editora M. Limoad, 1953.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº 1, de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

PACCHIONI, G. *Diritto Civile Italiano –Parte Prima*. Padova: CEDAM, 1937.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 20ª edição.

RÃO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1991.

ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire (conflit des lois dans le temps)*, 2e éd., Paris: Dalloz et Sirey, 1960.

\_\_\_\_\_. *Théorie Générale du Droit*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1952.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil. Vol. I*. São Paulo: Bookseller, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo : Malheiros, 2000.