

JUSTIÇA & CIDADANIA

CONSTITUIÇÃO

ESTADO PLURIPARTIDÁRIO DO BRASIL
1988

SEUS DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS



**VI Seminário sobre
a Criminalidade e o
Sistema Penal Brasileiro**

**A Biodiversidade
e o Direito**

Carta de Gramado

HOMENAGEM AO PRESIDENTE DO STF

No jantar em homenagem ao Presidente do STF, oferecido pela magistratura do Rio de Janeiro, os Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio Mello, presidente e vice daquela Corte de Justiça foram agraciados pela revista *Justiça & Cidadania* com o troféu D. Quixote



DIREITO ADQUIRIDO E A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 19

Renata Mansur

Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, no Título II, que dispõe sobre os Direitos e Garantias Fundamentais do Cidadão, no Capítulo I, artigo 5º, inciso XXXVI, estabelece que: **“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”**.

Como se nota, a nossa Constituição consagra a teoria subjetiva. A norma é dirigida ao Estado Legislador, pois não se poderão editar leis que firam os princípios expressos em sede constitucional.

O tema “direito adquirido” relaciona-se com a sucessão das leis no tempo e à necessidade de assegurar a estabilidade das relações jurídicas, especialmente no que tange aos direitos subjetivos.

A doutrina pátria encontra dificuldade para conceituar o que seja direito adquirido, tendo em vista que não há nenhum conceito que responda a todas as indagações no campo da aplicação prática.

San Tiago Dantas chega a afirmar em sua obra PROGRAMA DE DIREITO CIVIL, que: **“A única definição adequada de direito adquirido, com que se pode lidar é esta: Direito adquirido é aquele que decorre de uma lei anterior, sempre que a nova não retroage”**.

Na verdade, uma lei é feita para vigorar e produzir seus efeitos para o futuro.

O mais comum é que uma lei só perca a vigência quando outra a revogue expressa ou tacitamente.

Se a lei revogada produziu efeitos

em favor de um sujeito, diz-se que criou um direito subjetivo, a ser tutelado na esfera jurisdicional.

Se vem uma lei nova, revogando aquela sob cujo império se formara o direito, cogitar-se-á de saber que efeitos surtirão sobre este. Prevalece a situação subjetiva constituída sob o égide da lei velha, ou, ao contrário, fica ela subordinada aos ditames da lei nova? É nessa colidência de normas no tempo que entra o tema da proteção dos direitos subjetivos, princípio consagrado na Constituição em seu artigo 5º, inciso XXXVI.

Segundo escólio de Gabba, adepto da teoria subjetiva, os elementos caracterizadores do direito subjetivo são:

- a) ter sido produzido por um fato idôneo para a sua produção;
- b) ter se incorporado definitivamente ao patrimônio do titular.

Daí concluímos que não se confunde direito consumado com direito adquirido. Este é a consequência de um fato idôneo a produzir efeitos, de acordo com a lei vigente, mas, o momento de fazê-lo valer, se dá sob o império de lei posterior; aquele, é o que já produziu todos os seus efeitos, vale dizer: já foi exercido por seu titular.

É justamente esse direito, já incorporado ao patrimônio do titular, sob a égide de lei anterior, que a Constituição salvaguarda.

Resumido o tema da aplicação do direito adquirido às inovações da legislação infraconstitucional, cabe, agora, abordá-lo frente às alterações operadas no próprio texto constitucional.

O Congresso Nacional, no exercício de seu Poder Constituinte derivado, pode reformar a Constituição Federal por meio de emendas, porém respeitando as limitações explícitas e implícitas impostas pelo Poder Constituinte originário.

Assim, estabelece o artigo 60, parágrafo 4º, inciso III de nossa Carta Magna, que: **Art. 60 - “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º: Não será objeto de deliberação a proposta de medida tendente a abolir. III- os direitos e garantias individuais”**.

Logo, sob a tutela da CR/88, o legislador constitucional derivado não poderá alterar os direitos e garantias individuais, pois tal emenda estaria fulminada de flagrante inconstitucionalidade, vindo a ser retirada somente mediante deliberação de nova Assembléia Nacional Constituinte.

Aí, portanto, o ponto nodal da questão.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que é possível a incidência do controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, sobre emendas constitucionais, a fim de verificar-se se a construção da emenda respeitou os limites impostos pelo Poder Constituinte originário.

A teor do tema, ressaltou o Ministro Celso de Mello que: **“atos de revisão constitucional – tanto quanto as emendas à Constituição- podem, assim também incidir no vício de inconstitucionalidade, configurado este pela inobservância de limitações**

jurídicas superiormente estabelecidas no texto da Carta Política por deliberação do órgão exercente das funções constituintes primárias ou originárias” (RTJ 153/786).

A não ser assim, repetindo CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, teríamos que dizer do direito adquirido aquilo que o gênio de Dostoievski hipotetizou em relação ao próprio Deus: “Se Deus não existe, então tudo é permitido”.

Cabe trazer à baila a posição do eminente Presidente do Supremo Tribunal Federal Ministro CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, num importante trabalho escrito antes de ascender ao STF:

“Um direito adquirido por força da Constituição, obra do Poder Constituinte originário, há de ser respeitado pela reforma constitucional, produto do poder Constituinte instituído, ou de 2º grau, vez que este delimitado, explícita e implicitamente, pela Constituição”.

No entanto, esse posicionamento não é unânime em nossa doutrina e em nossos tribunais.

Há quem entenda que não cabe direito adquirido em face de emenda constitucional, sob o argumento que esta é texto constitucional, sendo de mesma hierarquia das normas constitucionais originárias.

Nesse diapasão, a norma que altera a Constituição constitui regra interativa, que incide imediatamente no ordenamento jurídico, por sua própria natureza constitucional, revogando, as normas precedentes.

Segundo magistério de PINTO FERREIRA, **“devemos considerar o problema da eficácia revogatória da Constituição e das emendas constitucionais. Elas podem revogar o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, visto que têm eficácia revogatória completa”**.

E completa: **“No direito constitucional anterior (1967-1988), as emendas à Constituição também podiam revogar o direito adquirido.**

A discussão se torna mais acirrada quando trazida para o campo prático.

A recente Emenda Constitucional n.º 19/98, dentre outras alterações, reformou o artigo 37, e seus incisos XI e XV da CR/88 estabelecendo que: **Art. 37: inc. XI - “a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional dos membros de qualquer**

dos Poderes, [...], não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal” inc. XV - “o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvando o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, III, e 153, § 2º, I”.

Ademais, estabeleceu o artigo 29 da emenda que: **“Os subsídios, vencimentos, remuneração, proventos da aposentadoria e pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias adequar-se-ão, a partir da promulgação desta Emenda, aos limites decorrentes da Constituição Federal, não se admitindo a percepção de excesso a qualquer título”**. Nessa esteira, aqueles que tenham seus vencimentos atuais superiores ao futuro teto salarial do funcionalismo, correspondente ao subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a ser fixado pelo Congresso Nacional, por meio de lei poderão ou não sofrer redução salarial?

Esta é a questão a ser decidida por nosso Pretório Excelso. Considerando-se que o preceito maior deve ser o da segurança das relações jurídicas consolidadas no tempo, é indene de dúvida que o artigo 29 da emenda n.º 19, bem como o artigo 3º, ao dar nova redação ao artigo 37, inciso XV, são eivados de inconstitucionalidade. A mutilação do que já foi incorporado definitivamente no patrimônio do indivíduo, seria a instauração do caos. Por outro lado, juridicamente, salta aos olhos que uma norma de mesma hierarquia constitucional, como o é a emenda, tenha que sofrer limitações, bem como a sua eficácia revogatória imediata não tenha o condão de reduzir os vencimentos e o subsídio percebidos, a maior, que o teto salarial a ser estabelecido. Ainda mais

se considerarmos que o escopo prático da emenda é justamente a reforma administrativa, visando “enxugar” o orçamento público. Parece que o tema deve ser analisado na esfera da superioridade de Poderes, e não na órbita do conflito de leis no tempo. Tanto o Poder Constituinte originário, quanto o derivado emanam do povo. No entanto, o Poder Constituinte originário é inicial, autônomo, ilimitado e incondicionado. Já o Poder derivado é con-

ditionado, sujeitando-se ao controle de constitucionalidade. O Poder originariamente instituído é superior ao Poder constituído, a não ser assim, o princípio maior da preservação da estabilidade das relações jurídicas, desabaria e, com ele, o próprio convívio entre os indivíduos em sociedade estaria ameaçado, já que a ciência do Direito foi feita para o Homem que vive e não para o que vive. A exigência de respeito aos direitos adquiridos foi incluída na Constituição, entre os direitos que o Constituinte considerou fundamentais. E, se são fundamentais, é porque devem ser respeitados pelo legislador, qualquer que seja a natureza da norma. Parece que o tema deve ser analisado sob o prisma das limitações ao poder de reforma constitucional, e não na órbita do conflito de leis no tempo. O poder constituinte originário, é inicial, autônomo, ilimitado e incondicionado. Já o poder derivado é condicionado, sujeitando-se ao controle de constitucionalidade, devendo, por isso, obedecer às limitações temporais, circunstanciais e materiais, impostas pelo poder originariamente instituído.

Ressalte-se que o poder de revisão visa, em última análise, a possibilidade de mudança da Constituição para adaptá-la



Renata Mansur é advogada