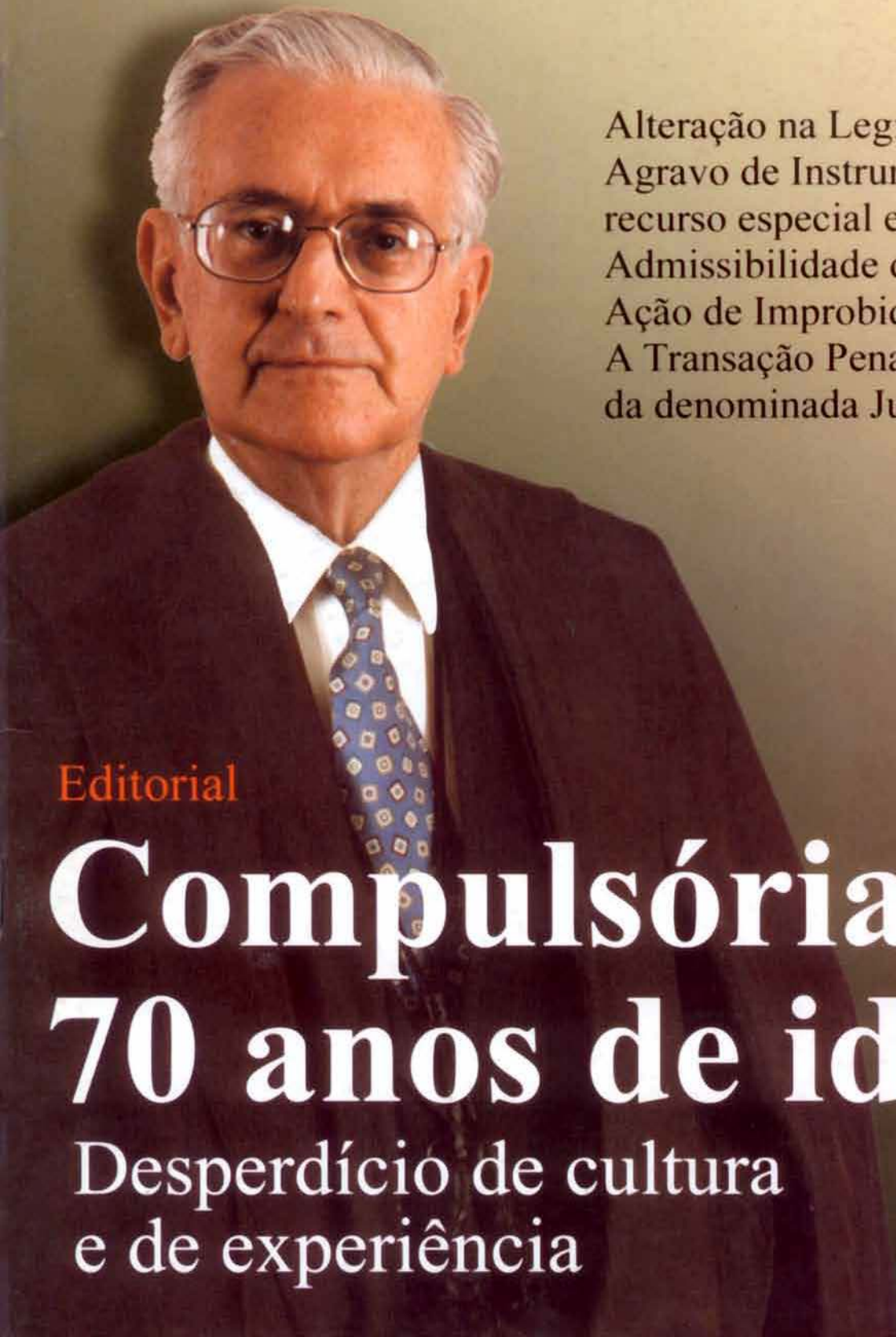




JUSTIÇA & CIDADANIA



Alteração na Legislação de Férias.
Agravo de Instrumento em sede de recurso especial e extraordinário.
Admissibilidade dos recursos.
Ação de Improbidade.
A Transação Penal como Ato da denominada Jurisdição Voluntária.

Editorial

Compulsória aos 70 anos de idade

Desperdício de cultura
e de experiência

CONSTITUIÇÃO

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
1988

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

XV

DIREITO ADQUIRIDO

Reis Friede, é Mestre e Doutor em Direito Público, é Professor Titular e Coordenador dos Cursos de Pós Graduação Latu Sensu, na UNESA, Magistrado Federal e ex-membro do Ministério Público.

Sem a menor sombra de dúvida, a acepção básica do denominado direito adquirido encontra abrigo, sobretudo, na questão fundamental (e anterior) da irretroatividade das leis para disciplinar situações jurídicas já perfeitamente caracterizadas durante a vigência da legislação pretérita.

"As nossas Constituições de 1824 e de 1891, nos seus arts. 179, inc. III, e 11, § 3º, respectivamente, tiveram a sua preocupação voltada para fulminar a utilização retroativa da lei. A partir de 1934, a matéria sofreu uma alteração. De

certa forma reconheceu-se que há uma retroatividade neutra, ou até mesmo favorável, isto é, ou não produz efeitos relativamente aos particulares, ou, se produz, o faz para melhorar a sua situação jurídica. É a chamada retroação benígna. Destarte, a Constituição dessa data passou a especificar quais as situações jurídicas insuscetíveis de sofrerem a retroatividade das leis, nomeadamente, a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Salvo a Constituição de 1937, todas as demais Constituições

mantiveram-se fiéis à *sacrossanta irretroatividade*, respeitada, sempre, a formulação técnica consistente no resguardo da já clássica trilogia (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada)." (Celso R. Bastos, *ob.cit.*, p. 126)

É, pois, segundo esta ótica, da efetiva inviolabilidade do passado, o princípio norteador da concepção constitucional do chamado direito adquirido, desde a sua primeira aparição nos textos constitucionais brasileiros.

"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 sabores, 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 esperanças.” (Vicente Raó in *O Direito e a Vida dos Direitos*, v. 1, p. 428)

Em termos efetivos, e consoante a legislação em vigor que regula o instituto, por efeito, denomina-se direito adquirido todo o direito que, derivado do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, já tenha sido efetivamente incorporado ao patrimônio do titular e, por esta razão – independente do prévio e anterior pleno exercício (conceito próprio de direito exaurido) – não mais pode ser subtraído do mesmo, em face do advento de nova ordem jurídica normativa que regula, de forma diversa, a situação jurídica anterior.

“De acordo com a redação atual da Lei de Introdução ao Código Civil, ato jurídico perfeito é o ‘já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou’. Coisa julgada, ‘a decisão judicial de que já não caiba recurso’. Assim como aquele ‘cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condições preestabelecidas, inalteráveis a arbítrio de outrem’.

Por efeito, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são respeitadas como fontes de direitos subjetivos adquiridos. O fundamental, pois, é a proteção destes para a segurança das relações jurídicas.

Note-se, todavia, que o respeito aos direitos adquiridos não veda a sua restrição, nem mesmo sua eliminação por lei posterior à sua aquisição. Apenas significa que essa restrição ou supressão só tem efeitos para o futuro. Do contrário, o legislador seria praticamente impotente, já que toda alteração de leis, ou edição de novas, atinge, do instante da publicação em diante, direitos adquiridos. Destarte, não há direito adquirido à

permanência de um estatuto legal.” (Manoel G. F. Filho, ob. Cit., p. 261)

A disciplina normativa em epígrafe, é importante consignar, encontra assento não só no texto constitucional (art. 5º, XXXVI) relativamente à previsão do próprio instituto, como ainda na legislação infraconstitucional (art. 6º da LICC), no que concerne à tradução conceitual do mesmo.

Constituição Federal de 1988

“Art. 5º - XXXVI. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

Lei de introdução ao Código Civil (Decreto – Lei nº 4.657/42)

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

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

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

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.” (Redação de acordo com o art. 1º da Lei 3.238/57).

Desta feita, indiscutivelmente, o problema do denominado *direito adquirido* (nomenclatura técnica, alvo de diversas críticas por parte dos mais renomados juristas, fundadas no fato de que a expressão *adquirido* é pleonástica, uma vez que, consumada ou não, toda a *situação jurídica* constituída sob a égide da efetiva existência de *coisa julgada* ou de *ato jurídico perfeito* (ato que se aperfeiçoou ou que reuniu todos os elementos necessários à sua formação ou caracterização, quando da vigência da lei revogada) é, em essência, um *direito* que, pela própria definição, se encontra sempre adquirido, porque, se não estivesse, existiria apenas simples expectativa de direito, jamais efetivo direito), necessariamente, tem de ser examinado *no plano constitucional e no plano da lei ordinária* (ou chamada lei geral federal – nacional -, antiga Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, votada e aprovada na vigência da Constituição Republicana de

1891, cujos parágrafos iniciais do art. 3º passaram a ser, até 1942, os fundamentos de nosso direito intertemporal).

No plano da legislação infraconstitucional, é conveniente ressaltar que, inicialmente, nossa Introdução ao Código Civil, expressamente, afirmara que “a lei não prejudicará, *em caso algum*, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, ou a coisa julgada” (art. 3º). Tal norma, entretanto, foi posteriormente revogada com a nova Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42 – publicada durante a vigência da Carta de 1937) que, em seu art. 6º, §§ 1º, 2º e 3º, consagrara o princípio segundo o qual: “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”, modificando radicalmente o princípio da absoluta irretroatividade da Lei nova, defendida pela legislação anterior.

O Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, esteve em vigor até 17 de setembro de 1946, data do advento da terceira Constituição da República, de cunho democrático, cujo art. 141, § 3, vedava à lei ordinária prejudicar o direito adquirido, passando os parágrafos §§ 1º, 2º, e 3º do art. 6º, do Decreto-Lei nº 4657, de 04/09/1942, a valer apenas como doutrina. Antes mesmo do surgimento da Revolução de 1964 e do conseqüente advento da nova ordem constitucional (Constituição de 1967), contudo, a Lei nº 3.238/57, em seu art 1º, retirou a expressão “salvo disposição expressa em contrário” para impor a redação atual: a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”, em perfeita consonância com o disposto nas Constituições de 46, 67 e 88.

No plano constitucional- como de certa forma já mencionamos no parágrafo anterior -, a promulgação da Carta de 1946 promoveu o instituto em questão à hierarquia máxima, consolidando a impossibilidade de retroatividade da nova lei às situações jurídicas definitivamente constituídas sob o império da lei anterior, *mantendo, no entanto, a expressa definição do instituto do direito adquirido* (art 6º, § 2º do D.L. 4.657/42), *em seu caráter originário, fundado na Teoria de Gabba, com todas as suas virtuais limitações.*

C.F.Gabba

“É adquirido todo direito que: a) é conseqüência de um fato idôneo a produzi-

lo, em virtude de lei do tempo que 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” (*Teoria della retroattività delle lege*, p. 98) (grifos nossos).

Por via de conseqüência, nosso ordenamento jurídico – adotando a *Teoria de Gabba* -, afastou, por impositiva exclusão, a possibilidade de aplicação da *Teoria de Paul 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 *Pacifi Mazzoni* (interpretada, em parte, por *João Luiz Alves*) e *Pontes de Miranda*.

PAUL ROUBIER

“Estamos aqui em presença de uma regra de direito transitório particularmente segura, já perfeitamente vislumbrada por Savigny, e que se pode enunciar da seguinte forma: *As leis que governam a validamente estabelecida situação jurídica, segundo a lei então em vigor, não podem ser consideradas irregulares em virtude de uma lei posterior*; ou, em outros termos, a validade desta situação, segundo a lei do dia da sua criação, não pode ser posta em xeque por uma lei posterior. Pouco importa que a lei nova venha a suprimir um modo de constituição anteriormente admitido, ou venha a aumentar o número das condições necessárias para essa constituição, ou modificar uma ou algumas de suas condições. Em todos os casos, a lei será retroativa se pretender molestar a constituição regularmente processada dessa situação jurídica” (Paul Roubier, *Droit Transitoire*, 2ª ed., 1960, p. 185 (grifos nossos).

PACIFI MAZZONI

“O direito adquirido é conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude de lei existente ao tempo e que este se realizou tendo começado, antes de entrar em vigor a lei nova, a fazer parte do patrimônio de uma pessoa, ainda que esta não o tenha feito prevalecer por falta de oportunidade” (Pacifi Mazzoni,

Institutioni di Diritto Civile, vol I, p. 73).

JOÃO LUIZ ALVES

“Na noção de direito adquirido se compreende a irretroatividade da lei, em relação ao fato jurídico perfeito e à coisa julgada, pois aquele e esta têm por objetivos direitos cuja aquisição se verificou pela perfeição do ato jurídico ou pelo julgamento definitivo do litígio.

Por isso, P. Mazzoni diz que o critério do direito adquirido, para determinar a irretroatividade da lei, reúne as condições teóricas exigidas em todo critério diretor: a unidade e a universalidade.

Distinguindo o Código as três noções, este artigo não teve outro intuito senão tornar claros o preceito e a noção do direito adquirido.

Esta é, conforme a melhor doutrina, a solução efetiva. Não só os direitos que já se pode exercer, como aquele cujo exercício apenas depende de prazo prefixado, é direito adquirido” (Código Civil Comentado, Rio, 1ª ed., 1917).

PONTES DE MIRANDA

“O ato jurídico perfeito é fato jurídico que tem o seu momento-ponto no espaço tempo: entrou em algum sistema jurídico, em dado lugar e data.

O conceito é conceito no plano da existência: o ato entrou no mundo jurídico aqui e agora, e a sua ajuridicidade é a coloração que, assim, lhe deu o sistema jurídico, tal como aqui e agora ele é. O direito adquirido, tal como aqui e agora ele é. O direito adquirido é o direito que nasceu a alguém.

O conceito é conceito no plano da eficácia, porque todo direito é *efeito*, como são efeitos todo dever, toda pretensão, toda obrigação e todas as exceções.”

“Em verdade, a lei nova não incide sobre fatos pretéritos, sejam eles, ou não, atos, e por conseqüente- não pode prejudicar os direitos adquiridos, isto é, os direitos já irradiados e os que terão que irradiar-se.”

“Desde que, com os documentos juntos, fica patente o direito do suplicante, líquido e certo é o seu direito” (*Comentários à Constituição de 1967*, Tomo V e VI, ps. 67 e 70).

“Direito adquirido é definido como o direito irradiado de fato jurídico, quando a lei não o concebeu como atingível pela nova lei” (C.f. *Comentários*, 3ª ed., 1967, vol. V, ps. 78-9).

PEDRO NUNES

“Direito adquirido é toda vantagem que, proveniente de fato jurídico concreto que as determinou, consentâneo com a lei, então vigente, alguém incorpora definitivamente ao seu patrimônio, desde quando começa a produzir efeito útil, dele não podendo ser subtraída por mera vontade alheia” (Pedro Nunes, *Dicionário de tecnologia jurídica*, 1948, *sub voce*, “Direito adquirido”).

PLÁCIDO E SILVA

“Direito adquirido é o direito que já se incorporou ao patrimônio da pessoa, já é de sua propriedade, já constitui um bem, que deve ser protegido contra qualquer ataque exterior, que ouse ofendê-lo ou turbá-lo” (*Vocabulário jurídico*, *sub voce*, “Direito adquirido”).

A irretroatividade da lei nova é, portanto, em nosso ordenamento, uma situação limitada apenas às situações jurídicas já perfeitamente constituídas sob a égide da lei anterior - resta dizer impossível de atingir o *ato jurídico perfeito* (ou seja, o ato jurídico que necessariamente se encontra acabado quanto aos elementos de sua formação) ou a *coisa julgada* (decisão judicial, transitada em julgado, protegida pelo efeito preclusivo próprio, que não mais permite a interposição de recurso ou outro meio idôneo para a sua possível modificação) e por efeito, geradora de um *direito* (*reputado adquirido*) que necessariamente já poderia ter sido exercido durante a vigência da lei anterior e que, por esta exata razão, não pode mais ser modificado pelo advento da lei nova -, e nunca aplicável, de modo genérico, como aparentemente pretendem alguns juristas, fundados nos conceitos de *Bonnescase* e *Josserand*, e sem qualquer outro parâmetro normativo.

BONNECASE

“Admitir-se que a nova lei possa modificar todo um passado jurídico regularmente estabelecido seria transformá-la em instrumento de opressão e anarquia” (*Introduction al Estudio del Derecho*, Citação de Paulo Dourado de Gusmão, in *Introdução à Ciência do Direito*, 7ª ed., p. 286).

JOSSERAND

“Se não fosse a irretroatividade da lei, as transações estariam ameaçadas de destruição e a vida jurídica careceria de segurança, ficando arruinada a autoridade da própria lei” (*Derecho Civil*, Citação de Paulo Dourado de Gusmão, *op. cit.*, p. 286)