**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**Direito Adquirido:
Da interpretação Constitucional a uma interpretação Política pelo
Supremo Tribunal Federal na taxação dos inativos**

SABRINA ARAÚJO FEITOZA FERNANDES ROCHA

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
Área de concentração: Direito Público**

**Recife
2006**

SABRINA ARAÚJO FEITOZA FERNANDES ROCHA

Direito Adquirido:
**Da interpretação Constitucional a uma interpretação Política pelo
Supremo Tribunal Federal na taxação dos inativos**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre.
Área de concentração: Direito Público
Orientador: Prof. Dr. Ivo Dantas

Recife/2006

Rocha, Sabrina Araújo Feitoza Fernandes

Direito adquirido: da interpretação constitucional a uma interpretação política pelo Supremo Tribunal Federal na taxação dos inativos / Sabrina Araújo Feitoza Fernandes Rocha. – Recife : O Autor, 2006.

115 folhas.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2006.

Inclui bibliografia.

1. Direito adquirido – Taxação dos inativos - Jurisprudência. 2. Direito adquirido - Aspectos constitucionais - Brasil. 3. Contribuição previdenciária - Críticas - Brasil. 4. Aposentado - Imposto - Brasil. 5. Direito adquirido - Direito intertemporal - Brasil. 6. Direito adquirido - Segurança jurídica - Jurisprudência - Brasil. I. Título.

**342.7
342.085**

**CDU (2.ed.)
CDD (22.ed.)**

**UFPE
BSCCJ2006-012**

AUTOR: Sabrina Araújo Feitoza Fernandes Rocha

TÍTULO: “Direito Adquirido: da interpretação Constitucional a uma interpretação Política pelo Supremo Tribunal Federal na taxação dos inativos”.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre.

Área de Concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti.

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado e a julgamento nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovada

Prof. Dr. **MICHEL ZAIDAN FILHO** – Presidente - UFPE

Julgamento: Aprovada assinatura Michel Zaidan

Prof. Dr. **ANA LUISA CELINO COUTINHO** – 1ª Examinadora - UFPB

Julgamento: Aprovada assinatura Ana Luisa Celino Coutinho

Prof. Dr. **ANDRÉ VICENTE PIRES ROSA** - 2º Examinador - UFPE

Julgamento: Aprovada assinatura André Vicente Pires Rosa

Recife, 07 de agosto de 2006.

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. Artur Stanford da Silva

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte inesgotável de vida, força, alegria, sabedoria e fé, o meu primeiro agradecimento. Eu nada seria sem Ti.

Aos meus pais e irmãos que sempre presentes em minha vida, participaram significativamente para o que sou e tenho hoje. O meu eterno obrigada.

Ao meu esposo querido, pela intensidade do amor que se renova a cada olhar, a cada beijo, a cada dia, te amo demais.

Aos meus filhos amados, Eduardo, Raissa e Victor, razões para o meu viver, pelas horas roubadas do nosso convívio, pela alegria de ter sempre o retorno para o lar tão caloroso, com vocês sempre sorrindo e me amando, tudo faço para o nosso crescimento como família. Vocês são os meus tesouros da terra.

Ao meu orientador e amigo, Prof. Ivo Dantas, por todo apoio, dedicação e paciência em repassar seus inestimáveis conhecimentos durante a realização deste trabalho e pela abertura em me fornecer a sua rica e incomparável biblioteca, que foi fundamental para ter galgado este degrau no conhecimento.

A Josyna de Sá Leitão, amiga e incentivadora, um presente de Deus na minha vida. Obrigada pelo programa que me ajudou com a deficiência física que me limita.

Aos médicos que têm me ajudado a manter minha saúde e, conseqüentemente, minha paz interior, Dr. Alcides Temporal, Dr. Alzirton Freire e Dra. Suzana Feitoza, que vocês sejam anjos da guarda de muitas outras pessoas, como têm sido para mim.

A todos que de uma forma ou outra colaboraram para o meu sucesso no caminho para o saber.

Que Deus abençoe a todos abundantemente.

DEDICATÓRIA

Dedico este estudo primeiramente a Deus, razão do princípio, meio e fim; aos meus pais que me proporcionaram todos os meios materiais indispensáveis às minhas conquistas culturais e pelos exemplos de vida que sempre me deram e, por fim, ao meu esposo Eduardo Rocha, e meus filhos Eduardo Filho, Raissa Maria e Victor José, como compensação simbólica às horas de convívio que lhes foram furtadas, destinadas ao aprendizado e à qualificação profissional.

“O amanhecer, como a esperança, renasce a cada dia e sua força faz brotar até a mais ínfima semente”.

Vanda Phaelante

“Um direito adquirido sem custo não vale, nem mais nem menos, que o menino encontrado sobre uma couve, no conto que se faz para as crianças. Deste menino pode qualquer apoderar-se. Mas a mãe que deitou o filho ao mundo não deixará que alguém o tome, como o povo não deixará jamais roubar os direitos e as instituições que conquistou à custa do próprio sangue”.

Rudolf Von Ihering

RESUMO

ROCHA, Sabrina Araújo Feitoza Fernandes. Direito Adquirido: da interpretação Constitucional a uma interpretação Política pelo Supremo Tribunal Federal na taxação dos inativos. 2006. fls.99. Dissertação de Mestrado. Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

O instituto do direito adquirido me despertou interesse desde muito cedo, ainda como estudante de graduação da Faculdade de Direito do Recife. Tornou-se ainda mais instigante quando o cenário jurídico e político sinalizavam para uma mudança revolucionária no seu tratamento. Neste contexto, as pretensões nesta pesquisa científica não se exaurem na defesa dos direitos adquiridos como valores históricos consolidados, o que nos interessa é comprovar a possibilidade de proteção dos mesmos às gerações futuras, mesmo diante da frenética necessidade de adequar valores e interesses, compatibilizando regras e comportamentos à nova realidade social, sem atingir bens juridicamente tutelados e conquistados a base de muita luta e sangue derramados. O tratamento da matéria não é pacífico. Mesmo tendo o nosso Tribunal de Cúpula decidido de forma contrária a nossa tese, tentaremos neste breve estudo demonstrar que, como cidadãos, temos a obrigação de não calar diante de irregularidades ou arbitrariedades cometidas pelos detentores do poder estatal. A nossa inquietação a respeito do tema proposto inova ao trazer para os debates jurídicos a proteção destes direitos sob um enfoque sociológico, por envolver interesses relevantes e antagônicos, materializando-se como realidade que não pode ser ignorada ou contestada.

Palavras-chave: Direito Adquirido, Interpretação Constitucional, Interpretação Política.

ABSTRACT

Rocha, Sabrina Araújo Feitoza Fernandes. Acquired Law: from the constitutional interpretation to a politics interpretation by Supremo Tribunal Federal in the tax of retired people. 2006. Page 99.

Master Dissertation. Center of Juridics Science. Law's University of Recife. Federal University of Pernambuco, Recife.

The institute of acquired law, has aroused my interest since I was young, even as a student of Law in the Law's University of Recife. It became still more provoking when the juridical and political scene signed to a revolutionary change in its treatment. In this context, the desire of this scientific study does not finish in the defense of the acquired law as a consolidated and historical value, but it's interesting to us to prove the possibility of protecting these ones to the future generations, even in front of the frenzy needed to adequate values and interests, adjusting rules and behaviors of the new social reality, without affecting juridical guardians and property conquered with a lot of fights and spilt blood. The treatment of this subject is not pacific. Even though our higher Tribunal decided in the opposite way of the our research, we'll try to demonstrate in this fast study, that we have the obligation of not keeping quiet in front of the irregularities or arbitrariness carried out by those responsible for the law. Our worries and preoccupations about the proposed theme get a new force by bringing the protection of these laws over a sociological focus to the juridical debate , by involving important and opposite interests, making reality what can't be ignored or contested.

Keywords: Acquired Law , Constitutional Interpretation , Politics Interpretation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – O RACIONAL COMO RAZOÁVEL NA ANÁLISE DO DIREITO ADQUIRIDO	15
1.1. – O ponto de partido	16
1.2. – Casos rotineiros e casos difíceis	17
1.3 – O direito e a sua interpretação social	22
1.4 – O papel do legislador	24
1.4.1 – A responsabilidade de justificação das leis por parte do legislador	26
1.5 – O instituto do direito adquirido.....	28
1.5.1 – situando o instituto	28
1.5.2 – O direito adquirido e a sociedade e sua projeção na sociedade	30
CAPÍTULO II DIREITO ADQUIRIDO NA PERSPECTIVA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E NO DIREITO ESTRANGEIRO	34
2.1 – Evolução histórica do direito adquirido na legislação pátria	34
2.1.1 – Reconhecimento legal do instituto ao longo da história brasileira	35
2.2 – Estudo comparativo do instituto do direito adquirido em duas legislações estrangeiras	43
2.2.1 – O direito adquirido na Constituição dos Estados Unidos da América ...	44
2.2.2 – O direito adquirido no Constitucionalismo Português	48
2.3 – Concluindo o raciocínio	52
CAPÍTULO III IMPORTÂNCIA DO DIREITO INTERTEMPORAL NA APRECIÇÃO DO DIREITO ADQUIRIDO	54
3.1– Situando o instituto do Direito Intertemporal	55
3.1.1 - Conceito do Direito Intertemporal	55
3.1.2 - Relação entre Direito Intertemporal e irretroatividade legal	57
3.2 – Categorias de Direito Intertemporal	59
3.2.1 – Fatos passados	60
3.2.2 – Fatos presentes	62
3.2.3 – Fatos futuros	63
3.2.4 – Fatos pendentes.	64

CAPÍTULO IV	
DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL A UMA INTERPRETAÇÃO POLÍTICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
	66
4.1 – Formas de composição do Supremo Tribunal Federal	68
4.2 – Análise dos votos proferidos pelos Ministro do Supremo Tribunal Federal	72
4.2.1 – Contestando os votos proferidos pelo Ministro Nelson Jobim	73
4.2.2 – Contestando os votos proferidos pelo Ministro Carlos Velloso	80
CONSIDERAÇÕES FINAIS	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	90
ANEXO 01	99

INTRODUÇÃO

Esta dissertação tem por objetivo investigar o instituto do *direito adquirido* na atual conjuntura jurídico-política, procurando descobrir sua efetiva sinalização diante de possíveis mudanças no trato da matéria. Indispensável um estudo desta discussão para confrontar com os enunciados legais e, através de uma postura ética embasada na lei, na doutrina, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, sobretudo, nos princípios gerais do direito, analisar uma possível mudança no instituto, ora sob ameaça, sem ferir os pilares gerais que sustentam a Carta Política, tida como a Constituição cidadã.

O título do trabalho deve-se ao fato de termos, durante toda nossa vida acadêmica, vislumbrado o órgão de cúpula do Poder Judiciário como decisório puramente jurídico, uma vez que é o guardião da Constituição Federal, e, de repente, sem nenhuma explicação lógica-jurídica, muda-se o contexto para recebermos deste órgão, de última instância, decisões puramente políticas, contrariando todo um embasamento teórico-jurídico, construído sob os pilares do Estado de Direito.

As conjunturas nacional e internacional que nos envolvem neste momento são desoladoras. Encontram-se circunscritas por um cenário marcado pela ausência de obrigações e responsabilidades por parte dos indivíduos, pela ausência dos valores fundamentais à vida do homem, por relações de poder que priorizam o egoísmo, o individualismo exacerbado, o corporativismo e tantos outros “ismos”, próprios da ambição humana. Constatam-se, a todo instante, desigualdades extremas que tornam o fosso entre ricos e pobres cada vez mais profundo, em decorrência, sobretudo, da injusta distribuição de rendas que faz do país “um lugar do mundo” impiedoso.

Configura-se diante de nós um cenário no qual a ética foi reduzida a discursos circunstanciais e estratégicos, instrumentos de apelo às emoções dos que aguardam uma

resposta ao “estado de coisas” que tem transformado a maioria da população em vítimas do descompromisso de autoridades que, longe de desempenharem o seu papel de promotores do bem-estar público, entram na “briga” cotidiana de proteção aos seus interesses pessoais. Já não existe uma coerência nos discursos e nas posturas dos detentores do poder público, deixando a população a mercê das discussões “da hora”. Mudanças argumentativas em prol de seus próprios interesses, como se sofressem de amnésia precoce, é a prática cotidiana dos nossos detentores do poder estatal.

É num contexto assim configurado de ameaça aos direitos fundamentais do homem, incluídos no art. 5º da Constituição Federal, especificamente os *direitos adquiridos*, amparados pela intatibilidade supressora, e nas demais espécies normativas que os amparem, que se torna urgente uma reflexão crítica sobre a legalidade posta, para investigar se a lei responde aos reclamos da sociedade (um dos motivos determinantes para sua edição num Estado de Direito, pois o maior bem das leis está, com efeito, na segurança que elas nos proporcionam) e se as possíveis mudanças no tratamento da matéria encontram amparo no princípio democrático, pois o que não se poderá admitir é que o Poder Constituinte Originário seja desrespeitado pelo Poder Reformador e este comportamento receba guarida pelo Supremo Tribunal Federal.

A metodologia utilizada nesta dissertação foi desenvolvida em quatro capítulos, distribuídos da seguinte forma: o primeiro buscará dar ao instituto uma interpretação racional, sem, no entanto, desprezar as demais formas interpretativas, tomando por base os argumentos trazidos por Aulis Aarnio¹, que nos fornece um tratado sobre a justificação jurídica, bem como de alguns juristas nacionais. No segundo capítulo, iremos abordar o nosso tema central na perspectiva legalista, tanto na legislação pátria, como em duas legislações estrangeiras, sem, contudo, adentrarmos as regras do direito comparado. O

---

¹ **A. ARNIO**, Aulis. *Lo racional como razonable. Um tratado sobre la justificação jurídica*. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1991

penúltimo capítulo ficou destinado ao estudo do direito intertemporal, com algumas nuances que lhe são peculiares, por acharmos indispensável à compreensão do instituto do *direito adquirido*. E, por fim, no último capítulo, trataremos da análise dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, em duas ações diretas de inconstitucionalidade, demonstrando que, apesar de ser um órgão jurídico, tornou-se um corpo de deliberações políticas. Desenvolvemos este tópico trazendo os próprios argumentos dos ministros que são contraditos nas duas oportunidades de analisarem o instituto jurídico do *direito adquirido* relacionado à taxaço dos inativos. Demonstraremos, dessa forma, que os Ministros deixaram de lado a interpretação constitucional (jurídica) para adentrarem numa esfera interpretativa puramente política (circunstancial).

Como se trata de um trabalho acadêmico científico e não podermos abrir um capítulo específico para trazer à baila uma reflexão da sociedade sob o prisma político-sociológico, buscando resgatar valores éticos calcados na valorização do próximo, sinalizaremos, ao longo dos capítulos, para estes valores esquecidos pela sociedade, para só então concluirmos acerca das hipóteses propostas ao longo de toda a pesquisa.

Todo este caminho a ser percorrido está embasado em uma das características do Estado Constitucional, a limitação do poder público no exercício de seu poder, única segurança que todo cidadão tem para o ingresso das normas no ordenamento jurídico. Os direitos Fundamentais, conquistado, segundo Ihering ², muitas vezes a custa do próprio sangue do povo, inserido neste contexto o *direito adquirido*, ainda estão incluídos nesta limitação ao poder reformador. Contudo, não basta ao cidadão e ao estudioso do direito o alento de figurar tal direito no núcleo intangível constitucional; é preciso que se constate sua aplicabilidade.

---

² VON IHERING, Rudolf, *A luta pelo Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 11.

Não desejamos esgotar toda e qualquer discussão sobre o tema, apenas demonstrar o valor do instituto do *direito adquirido* e sinalizar para possíveis soluções alternativas para um melhor funcionamento do sistema jurídico constitucional, pois esta deve ser uma busca incansável dos que estão cansados dos “ismos” sociais e desejam sair em busca de soluções que englobem a maior parte da sociedade, para se tentar chegar ao ideal social através da distribuição igualitária dos direitos. Porque o individualismo é improdutividade, a união é fecundidade. O individualismo é solidão, a união é o convívio feliz. Queremos fazer parte dos que fazem à diferença.

CAPÍTULO I

O RACIONAL COMO RAZOÁVEL NA ANÁLISE DO DIREITO ADQUIRIDO

Este capítulo foi idealizado com o intuito de fazer, principalmente, um paralelo entre os argumentos trazidos pelo autor Aulis Aarnio³ na sua obra intitulada “*Lo racional como razonable*” e os novos discursos políticos no trato com a taxaço dos inativos, vista como *direito adquirido*. Utilizaremos o discurso narrativo para fazermos a comparaço argumentativa, tentando contribuir de forma efetiva para a análise da possibilidade da mudanço constitucional do instituto em apreço, por termos identificado no autor uma visào ético-jurídica, que poderá nos auxiliar sobremaneira diante da nova postura que tem sido dada no tratamento com a coisa pública. Para enriquecer a discussào utilizaremos também os pontos de vista de outros autores.

Sabemos que tudo perpassa sobre os problemas teóricos da racionalidade. São várias indagaçoões que nos perturbam quando pensamos se a interpretaço das normas jurídicas pode ser correta em algum sentido essencial da palavra e se podemos falar em conhecimento em conexào com a interpretaço jurídica? É de extrema importância sabermos como os operadores do direito, seja em qualquer área que atue, formulam suas opiniões acerca do ordenamento jurídico e como estão aplicando o mesmo nas suas rotinas de trabalho. Será que estas opiniões são meras conjecturas ou são, em alguma medida, crenças mais fortes? É igualmente claro, que as normas jurídicas não são proposiçoões teóricas que descrevem a realidade, o interprete do direito é que vai buscar esta verdade teórica e é, exatamente aqui, que surge o grande problema dos nossos tribunais, pois o que

---

³ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Un tratado sobre la justificaciòn jurídica. Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1991. p.13

queremos é que em qualquer caso se decida conforme o direito. Mas se o direito é ambíguo, cheio de lacunas ou vago em algum sentido, irá permitir várias interpretações, como resolver este problema? Temos que partir da idéia de poder como justificação; princípios estabelecidos pelos poderes constituídos.

A atividade judiciária é um exercício de poder, porém o papel do direito consiste em respaldar as decisões tomadas neste procedimento de exercício do poder. É aqui que reside à problemática, pois o direito não é só uma regra de aconselhamento que o interprete (por exemplo, o juiz) pode seguir ou ignorar ao seu bel prazer, é a base dotada de autoridade para a sua decisão. Se, como ressaltado, em muitos casos esta base é obscura, o próprio direito irá fornecer as diferentes alternativas de interpretação válidas. Não desejamos aqui ressuscitar a tese positivista pura, mas a responsabilidade social do interprete do direito em justificar suas atividades dando um salto definitivo da fé na autoridades para a opinião vinculada aos fins que se propõe. “O direito tem que está conectado com valores e valorações, pois existe uma combinação entre direito e moral.”⁴ Assim, a idéia central deste capítulo é o princípio da regulamentação da interpretação jurídica.

1.1 – O ponto de partida

Aarnio⁵ começa sua obra indagando se é possível uma interpretação concreta das normas jurídicas e se é possível se falar em conhecimento em conexão com a interpretação jurídica. Umberto Eco⁶ nos deixa a lição:

---

⁴ AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1991. p.15

⁵ AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1991. p.13

“ Um texto, depois de ter sido separado do seu emissor e das circunstâncias concretas da sua emissão, flutua no vácuo de um espaço infinito de interpretações possíveis. Por conseqüência, nenhum texto pode ser interpretado de acordo com a utopia de um sentido autorizado definido, original e final. A linguagem diz sempre algo mais do que o seu inacessível sentido literal, que já se perdeu desde o início da emissão textual”.

Diante disso, o instituto do *direito adquirido* sofreu diversas interpretações ao longo de sua permanência no ordenamento jurídico pátrio. Sem contestação, também, o fato de que sendo a sociedade dinâmica, faz-se necessária a retomada das discussões sobre os institutos jurídicos para se acomodarem aos novos anseios sociais; contudo, deveria haver maior seriedade no trato desta delicada missão de rever as conquistas de um povo, sem ter que afrontar um mínimo de racionalidade jurídica⁷. Daí a importância de um estudo crítico da possibilidade de modificação de um instituto que, pela sua própria essência (Direito Fundamental), não deveria sofrer afrontas pelos impulsos das discussões oportunistas dos responsáveis pela ordem jurídica nacional e sua manutenção.

1.2 – Os casos rotineiros e os casos difíceis

Para estabelecer a diferença entre casos rotineiros e casos difíceis Aarnio⁸ exemplifica através de um patrulhamento policial que detém um condutor por ter violado a limite de velocidade, impondo-lhe uma multa. Para ele, este caso faz parte da rotina normal do controle de tráfego, que não deixa de ser uma aplicação simples de uma norma jurídica a um caso individual. É uma decisão rotineira, igual a tantas outras aplicações do direito na vida prática. Estes são caracterizados pelo autor como casos rotineiros, pois se reproduzem

---

⁶ **ECO**, Umberto. Les limites de l'interprétation. Apud: Barroso, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1

⁷ Para **Aarnio** o conceito de racionalidade institucional se refere a racionalidade implícita no próprio sistema jurídico. Todo ordenamento jurídico tem seus próprios princípios gerais, relações sistemáticas entre as normas, etc. O sistema tem sentido “interno”, p. 240.

⁸ **AARNIO**, Aulis. Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1991. p.23

reiteradamente e permitem uma decisão igualitária, contudo ele deixa claro que a estrutura do caso é mais importante que as vezes que ele ocorre para esta identificação. É o próprio direito que vai determinar. Assim, quem toma a decisão conhece tanto os detalhes da norma jurídica que vai aplicar como o fato ocorrido. A decisão é literalmente a aplicação da lei. Para referir-se a estes casos, Kaarle Makkonen usa outro termo “decisões isomórficas”⁹. A relação entre a norma e o direito é similar a do objeto e seu reflexo. Aarnio¹⁰ não teve a intenção de desmerecer os casos rotineiros, pois eles fazem parte da vida cotidiana, chegando a alegar que “a vida em sociedade sem eles seria impossível, porém do ponto de vista da interpretação do direito, as decisões rotineiras têm pouca importância, pois são tomadas de forma mecânicas, sem permitir discricionariedade entre as alternativas.”

Em relação a taxação dos inativos, não podemos dizer o mesmo. Torna-se um caso difícil pela diversidade de interpretações possíveis para solucionar tal situação. Pode-se observar a situação pelo prisma dos Direitos Fundamentais (*Direito Adquirido*), ou do interesse da Administração que se sobrepõe ao administrado, ou, ainda, pelo caráter tributário da incidência pecuniária, dentre tantos outros. Aarnio conceitua estes casos de difíceis, pois possibilitam decisões discricionárias, uma vez que existe mais de uma norma jurídica que pode ser aplicada ao mesmo conjunto de direitos ou a mesma norma jurídica permite mais de uma interpretação. Simplificando a argumentação, ou estaremos diante de um fato que permite a utilização de mais de uma norma jurídica, ou estaremos diante de uma norma jurídica que permite mais de uma interpretação, em ambos os casos, estaremos diante de um caso difícil.

---

⁹ Para maior aprofundamento **MAKKONEN**, Kaarle. *Zur Problematik der juristischen Entscheidungen* (Turku). Malmström: Ake, 1938, *Succionsrättsliga studier* (Estocolmo). p. 175 ss.

¹⁰ **AARNIO**, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1991. p.24

No caso do *Direito Adquirido*, apesar de não existir uma conceituação constitucional explicitando o que se deva entender por ele, a sua construção foi se solidificando ao longo dos tempos chegando ao *status* de princípio, apesar de ser regra expressa na Norma Fundamental, que garante a segurança jurídica do cidadão, no sentido de que o seu direito, que já se tornou patrimônio particular, estará amparado pelo próprio Estado e, mesmo que a matéria venha a ser tratada de forma diferente no futuro, ele estará amparado pela imodificabilidade.

Vale ressaltar o porquê de identificá-lo como princípio, distinguindo, a grosso modo, (pois a tarefa de delimitar a fronteira entre um e outro é tarefa bastante complexa¹¹) o princípio, da regra: o primeiro é o norte, a indicação ideal, ou as vigas em que está edificado o Direito; enquanto a regra é a própria exteriorização dos anseios, a prescrição jurídica, é a possibilidade de tornar operativos os fins propugnados pelos princípios. Ou seja, a regra é o resultado da atenção que se deu à consciência social, tornando-a válida. Apesar do dicionário da língua portuguesa colocar as palavras como sinônimas, temos que vislumbrá-las pela concepção filosófica para entendermos princípios como sendo proposições diretoras de uma ciência, às quais todo desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado, enquanto que a regras seria aquilo que regula, dirige, rege ou governa.

O princípio, segundo o qual a lei não deve retroagir para prejudicar uma situação do passado, é nada mais do que a representação jurídica de auto-proteção que as sociedades do passado clamaram por existir e que hoje se encontra explicitada no ordenamento jurídico. Assim, apesar de ser regra expressa, tem por base um princípio que protegerá os

---

¹¹ Para um melhor aprofundamento do tema **CANOTILHO**, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2002, p.1239

direitos da intertemporalidade legal. Esse princípio traz uma segurança, uma certeza, um bem-estar, um equilíbrio. Zélio Furtado¹² deixa isso claro quando afirma:

“Sem a segurança e a certeza de que o hoje assegura o amanhã, as relações jurídicas jamais seriam consistentes: seriam instáveis e gerariam intranquilidade. E o Direito, apesar de ser um processo dinâmico, traduz, necessariamente, uma estabilidade, preservando a paz social, protegendo as relações jurídicas”.

Aarnio destaca que o direito vincula a interpretação, mas nem toda interpretação está de acordo com o direito. É exatamente aqui que entra a questão de como devam ser tratadas certas matérias. Algumas normas são de fáceis interpretações e exercício, outras, pela própria peculiaridade, são mais difíceis e complicadas. No caso dos *direitos adquiridos*, cuja imutabilidade era, outrora, basicamente pacífica, hoje está ameaçado por um anseio governamental de mudanças radicais na Carta Política. Como podemos comprovar que as mudanças que estão sendo pleiteadas pelos nossos governantes são, na expressão da palavra, aspirações sociais? E mais, ainda que fossem, estariam elas de acordo com os princípios gerais do direito que transcendem a própria normatividade? Miguel Reale¹³ deixa claro:

“princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática”.

As discussões políticas sinalizam para modificação no ordenamento jurídico além do que ele próprio permite, assumindo uma postura alopoiética¹⁴. Isto fica comprovado pela forma que se expõem as atividades do poder reformador, que através da Emenda Constitucional nº 41, passou a cobrar o recolhimento de uma parcela salarial por parte dos aposentados, que estavam amparados pelo próprio sistema jurídico pátrio, no Art. 5º, XXXVI da Constituição Federal, que garante que a lei não prejudicará o *direito adquirido*,

---

¹² SILVA, Zélio Furtado da. O conteúdo sociológico na criação dos princípios jurídicos. Recife-PE: Bargaço, revista da ESMape, 1996, ano I, nº 2.

¹³ REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 300.

¹⁴ ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, P. 210.

o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. A situação dos servidores públicos que se aposentaram não só é um ato jurídico perfeito, realizado com todos os requisitos legais indispensáveis à época de sua conquista, como um direito que se incorporou ao patrimônio individual dos aposentados, daí ser considerado um direito adquirido, tudo de acordo com a autopoiese jurídica¹⁵

A teoria da interpretação jurídica é considerada como um conjunto de técnicas. A idéia é explicar a estrutura formal do procedimento de interpretação, que tem o direito legislado como a base de justificação da interpretação jurídica. Como será possível justificar uma cobrança que afrontará, de forma clara e explícita, o patrimônio particular de um cidadão, que fora garantido pelo próprio Estado? Não estamos pretendendo “chover no molhado”, contudo, queremos, através do nosso direito de expressão enquanto não nos for retirado, demonstrar que apesar da decisão do nosso órgão de cúpula do Judiciário ter reconhecida a constitucionalidade da cobrança, não nos conformamos com os argumentos banais defendidos para tanto e tentaremos esclarecer ponto-a-ponto nesta pesquisa.

Por tantos desencontros nas relações sociais, mais do que nunca, faz-se necessário que as opiniões sejam justificadas, pois já não se acredita nas posturas governamentais, a não ser que tenham justificativas plausíveis e que convençam toda a sociedade. Sob a ótica de Aarnio, como já ressaltado, é o salto da fé nas autoridades para opiniões vinculadas. O direito não é sempre uma razão suficiente para esta justificação. Apesar do direito legislado ter papel predominante nas bases argumentativas, seria uma incongruência que o próprio sistema fosse contradito.

---

¹⁵ A teoria biológica da *autopoiesis* foi criada pelos biólogos Maturana e Varela, sendo incorporada nas ciências sociais por Niklas Luhmann (LUHMANN, Niklas. Legitimidade pelo Procedimento. Brasília: UnB, 1980), buscando determinar como a teoria da auto-referência dos subsistemas sociais, e especialmente do direito, pode determinar o conteúdo da aplicação normativa na nossa sociedade, e quais os reflexos dessa teoria na prática judicial brasileira. Para um maior aprofundamento ADEODATO, João Maurício. “A legitimação pelo Procedimento Judicamento Organizado – Notas à Teoria de Niklas Luhmann”. Revista da Faculdade de Direito de Caruaru, ano XXII, n. 16 Caruaru: FDC, 1985. pp. 65-92.

1.3 – O direito e a sua interpretação social

Durante diferentes épocas e em diferentes culturas, o direito tem sido objeto de muitos tipos de interpretações. Alguns o consideram como sistema de poder, sobretudo no ocidente. Esta noção é baseada na idéia de Estado. Também se costuma interpretar o direito como um sistema de normas, principalmente os juristas. Porém o que importa para nós são as regras e sua eficácia, ou seja, seu cumprimento.

Para os integrantes sociais, sejam cidadãos ou autoridades, as leis funcionam como modelo de comportamento, que se pode seguir ou não, tudo conforme o direito. O direito não é unicamente um sistema de poder, tão pouco exclusivamente um sistema de normas. Podemos dizer que é fruto das relações de poder social. Aqueles que têm o domínio da sociedade irão transformar as posições dominantes da sociedade em regras de condutas gerais, formando o ordenamento jurídico. Contudo é quase impossível se falar em consciência coletiva, ou extrato ideológico de uma sociedade, sendo quase sempre desvirtuada pelo poder econômico.

É de extrema importância, como já salientado, que o direito esteja conectado com valores e valorizações. A superação do positivismo puro se faz urgente, pois os juízos axiológicos são mais importantes para a maioria das justificativas, ainda mais quando se trata de casos difíceis, como a taxação dos inativos como ficou esclarecido. Assim, existe uma combinação entre direito e moral que deve ser levada em consideração na hora da interpretação. Esta é a responsabilidade social do intérprete, que é desprezada no ambiente positivista. O problema da responsabilidade está conectado com tendências globais de comoção de toda a humanidade.

Reale¹⁶ alicerça de forma clara:

“não basta que uma regra jurídica se estruture, pois é indispensável que ela satisfaça a requisitos de validade, para que seja obrigatória. A validade de uma norma de direito pode ser vista sob três aspectos: o da validade formal ou técnico-jurídica (vigência), o da validade social (eficácia ou efetividade) e o da validade ética (fundamento)”.

Dentro de uma análise interpretativa à luz da doutrina acima exposta, não precisa ser nenhum *expert* jurídico para chegar à seguinte conclusão: no que diz respeito ao *direito adquirido*, mesmo que os congressistas, reconhecidos pelo Poder Originário como Poder Reformador, queiram modificar a Carta Magna e que tenham o quorum indispensável de 3/5 dos seus membros aprovando tal mudança, ferirá os três requisitos acima expostos de validade da norma. O primeiro, porque o Poder Reformador que teria legitimidade como órgão encarregado para tal, não teria competência *ratione materiae*, encontrando uma barreira no que se chama “núcleo rígido constitucional”, onde se encontra inserido o instituto em apreço. No segundo, porque a própria sociedade estará contra tal modificação, pois o que seria um obstáculo ao Poder Reformador Estatal passa a ser um ato discricionário, quebrando a segurança jurídica, violentando a consciência coletiva do nosso povo. Assim, esta norma não teria eficácia, ou seja, não teria o reconhecimento da sociedade.

Daí a preocupação de Aarnio quanto ao papel social desempenhado pelos nossos juristas, que devem ter consciência de suas responsabilidades, “pois quem cegamente pratica sua profissão de intérprete do direito constitui uma ameaça para o desenvolvimento da sociedade”¹⁷, estabelecendo o humanismo como atitude de vida. Devemos admitir que aqueles que apenas agem em prol de interesses pessoais, por impulsos de momentos políticos que sinalizam para conquistas profissionais particulares ou movidas pelos

---

¹⁶ REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 105.

¹⁷ AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1991. p.16

“ismos” já ressaltados, constituem uma ameaça para todos. “Todo aquele que, verdadeira e seriamente, se interessa pelo destino de um campo tão especializado como a ciência jurídica, tem que se opor decididamente a uma atitude antifilosófica”¹⁸, e porque não dizer egoísta e anti-social. Faz-se indispensável, nesta perspectiva, que a interpretação por parte de quem vai utilizar-se do direito, seja congressista, jurista, advogado, cidadão, ou qualquer outro intérprete, que a faça de forma racional; tendo a compreensão da interpretação como a soma dos jogos de linguagem, dando ênfase à conexão entre linguagem e forma de vida, através de um exame das teorias da coerência e do consenso, como modos de mediação das proposições interpretativas e um moderado relativismo axiológico.

1.4 O papel do legislador

Pressupõe-se que os nossos legisladores, quaisquer que sejam suas posições políticas, atuem de acordo com o ordenamento jurídico. O próprio sistema impõe regras a serem observadas e respeitadas em benefício dele próprio, que é a base organizacional da sociedade. Para tanto existe o controle de constitucionalidade, tanto formal como material. No primeiro, averigua-se o procedimento estabelecido para a criação da norma nos seus aspectos subjetivos (quem pode) e objetivos (como fazer). No segundo, as matérias que poderão ser apreciadas pelos parlamentos.

O direito constitucional é o marco inicial de todo o direito no Estado Moderno¹⁹.

Cada um dos ramos jurídicos se pressupõe sendo gerado, amparado e inspecionado por ele,

---

¹⁸ **AARNIO**, Aulis. Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1991. p.17

¹⁹ Sobre as características do Estado moderno **ADEODATO**, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 205-218.

já que suas normas têm sempre um fundamento constitucional embrionário, embora, depois, se desenvolvam com vida própria. Assim, o direito constitucional, sem penetrar no campo específico de cada seara jurídica, representa uma espécie de introdução, que as leva até o início de sua peculiaridade, deixando-as livres, sem, contudo perdê-las de vista. Portanto, sendo à base fundamental de todo o ordenamento jurídico, como conterà em sua própria estrutura algo que o contradiga de forma explícita?

Os representantes do povo têm que se comportar de maneira tal que os cidadãos possam identificar suas atividades sobre bases racionais, ou seja, “a decisão para ser genuinamente jurídica tem que estar em concordância com o direito válido. Esta é uma precondição mínima para uma decisão jurídica racional”²⁰. Esta transparência é necessária para conservação da sociedade. Assim, a eliminação da arbitrariedade é um conteúdo genuíno da certeza jurídica, ou seja, que a modificação ou criação da lei tenha como base um anseio social e que seja congruente com as demais normas postas no ordenamento jurídico. Não podemos fugir da visão autopoietica²¹ do sistema jurídico moderno. Os cidadãos pressupõem que as decisões políticas não só não sejam arbitrárias, como substancialmente corretas.

Toda decisão genuinamente jurídica tem que estar em concordância com o direito válido e este direito tem que estar em consonância com outras normas sociais, atuando conjuntamente. Assim, a certeza jurídica é um fenômeno cultural.

A justificação profunda da certeza jurídica é do mesmo tipo que a justificação dos conceitos de “racionalidade” e “discurso racional”. A dogmática não consegue driblar as contingências, pois são conceitos que variam de acordo com a ótica que seja analisada.

---

²⁰ AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1991. p.27

²¹ Dentro dessa concepção o fundamento de legitimidade do direito estaria no próprio direito, e não nos demais subsistemas que compõem o sistema maior, que seria o social. Para aprofundamento Niklas Luhmann. Legitimidade pelo Procedimento. Brasília: UnB, 1980.

1.4.1 – A responsabilidade de justificação das leis por parte do legislador

Os representantes do povo têm a responsabilidade de procurar fazer com que a expectativa da certeza jurídica se realize ou, ao menos, que ela suficientemente satisfaça.

São várias as maneiras de se assumir esta responsabilidade, como por exemplo, apoiar-se na própria perspectiva do ordenamento jurídico para justificar sua decisão. Ex: os parlamentares estão se apoiando no argumento de que a Constituição Federal diz que a lei não poderá prejudicar os *direitos adquiridos*. A lei que se ressalta aí seria da espécie infraconstitucional, porém através de uma emenda constitucional, o Poder Reformador poderia modificar o tratamento de tais direitos. Contudo, a sociedade não mais admite uma decisão apoiada em mera autoridade formal e tão pouco manipulada ao “bel prazer” de interesses escusos.

A responsabilidade de oferecer justificação é, especificadamente, uma responsabilidade de maximizar o controle social das decisões públicas. Assim, a pretensão da justificação é um meio para assegurar, sobre uma base racional, a existência da certeza jurídica na sociedade. Esta é a tese central do trabalho de Aarnio²² que tanto nos chamou a atenção.

O autor deixa claro que a necessidade da justificação é indispensável para que seja possível um convencimento, haja vista existirem outras possibilidades de interpretação. Os cidadãos têm que receber informações suficientes acerca dos argumentos jurídicos que foram considerados como relevantes para a decisão política motivadora da nova perspectiva de olhar o instituto jurídico do *direito adquirido*. Só assim, sabendo o que

---

²² AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1991. p.36

motivou tal decisão, é que poderão apresentar cobrança ou repulsa a este posicionamento, afinal são os nossos representantes.

O ponto culminante do estudo em apreço é a exigência da certeza, a que já se fez referência. A ideologia jurídica dominante está construída sobre a expectativa de que os problemas jurídicos não são decididos arbitrariamente ou casualmente, mas, sim, através de considerações racionais que conduzem a uma conclusão aceitável. Dessa maneira, a racionalidade e a aceitabilidade são as pedras angulares da ideologia atual de certeza jurídica. Em resumo, as observações de Aarnio podem ser classificadas como analítico-normativas, na medida em que levam em conta a relativamente débil importância dos conceitos de normatividade.

Como não se pode falar em verdades, teremos que falar de aceitabilidade racional das interpretações, através da construção de uma teoria justificadora da dogmática jurídica que seja adequada ao ponto de vista social. Principalmente em relação aos *direitos adquiridos* que, necessariamente, irão entrar em choque com vários bens tutelados pelo ordenamento jurídico. Será possível continuar usando a máxima de que o interesse público, ou seja, aquelas decisões tomadas pelo Estado em nome de todos os cidadãos, se sobrepõem sempre aos direitos individuais? A resposta será negativa se observarmos, neste particular, que este direito individual (aposentadoria) foi garantido pelo próprio Estado em nome de todos. Se assim não fosse, estaríamos nas mãos dos nossos representantes e jamais teríamos a segurança de que os direitos e garantias individuais, que são uma obstáculo aos poderes estatais, não poderiam ser modificados com as discussões da “onda”.

Michel Zaidam²³ deixa claro que “ser cidadão é ser membro de uma comunidade estatal. Só no âmbito dessa comunidade jurídica o homem se realiza plenamente como

---

²³ Z Aidan Filho, Michel. O fim do nordeste & outros mitos. São Paulo: Cortez, 2001. p.106

cidadão. Daí a natureza superior da organização estatal, cume e fim de todo o processo civilizatório”. Esta afirmativa fundamenta-se no fato de só assim termos segurança de vida através dos limites impostos a todos em prol do coletivo. O legislador também está limitado em sua atuação legiferante para a proteção de todos.

1.5 – O instituto do Direito Adquirido

1.5.1 – Situando o instituto

Sabe-se que o estudo jurídico não pode ser feito de forma isolada, pelo fato de estar em constante mutação pelo próprio fim a que se destina, regulamentando as vivências sociais e harmonizando os conflitos de interesse. Contudo, como todo estudo científico que se preze, terá que ter necessariamente princípios basilares que lhes darão sustentação diante das intempéries do tempo. Se sua finalidade, como posto, é operar efeitos concretos sobre a realidade comunitária, apesar da sua paulatina transformação, não se pode admitir que possa mudar de forma inesperada e inseqüente situações que outrora foram consagradas e conquistadas à luz da legislação vigente a seu tempo.

Não poderíamos apresentar o instituto do *direito adquirido* como caso difícil, usando as palavras de Aarnio²⁴, se nos apoiássemos na sua própria história, pois consolidado ao longo da história legislativa pátria, conforme demonstrar-se-a no capítulo II, no tópico 2.1.2, não haveria dúvida que a Constituinte quis dar proteção a esses direitos, assim como a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, contudo, a partir dos novos argumentos dos ministros do Supremo, de forma tão antagônicas temos que concordar que

---

²⁴ AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1991. p.23

se tornou um caso difícil pela multiplicidade de interpretações possíveis. Os três institutos estão postos no mesmo inciso constitucional, assim, abrindo-se a possibilidade de afrontar um, terá que, necessariamente, abrir precedente para desacatar os outros.

Estes direitos são conquistas sociais que não podem ser desrespeitados por decisões políticas oportunistas. Usamos este termo porque quando o atual governo era oposição, se colocava totalmente contrário à possibilidade de taxaço dos inativos; agora que é governo, com a maioria das casas parlamentares, com a colaboração final do Supremo e se deparando com os problemas da previdência, dá um atestado de incongruência argumentativa, tudo em prol dos interesses momentâneos, pois a realidade de hoje não é tão diferente da de ontem em termos de déficit da previdência.

Partindo da premissa que o Estado de Direito surgiu como forma de coordenar a sociedade, faz-se premente que ele acompanhe a sua constante mudança. Se tivermos algo que deva servir como parâmetro para as interações sociais, e estas por sua vez vivem em constante mutação, deve existir um limite claro entre o passado, o presente e sua projeção para o futuro, e isso não é senão típico direito intertemporal, que será tratado no terceiro capítulo desta dissertação. O conjunto de regras que proporcionam a boa convivência social tem em sua base um limite, pois como se ressalta na máxima jurídica: “o meu direito termina quando o do outro começa”. Assim, podemos dizer a grosso modo que o Direito é a base limite à ação de cada integrante social em benefício da manutenção do coletivo. Porém, estas regras deverão respeitar os princípios basilares que sustentam a sua própria estrutura e o nosso tema central está incluído neste contexto que trataremos a seguir.

1.5.2 – O direito adquirido e sua projeção na sociedade

Se partirmos da concepção de que o direito está para sociedade como condição *sine qua nom* para sua permanência e se esta coletividade é mutante por natureza, é mais do que lógico que estas regras também sejam dinâmicas. É exatamente aí, partindo deste dinamismo, que surgem os problemas intertemporais, onde se incluem os *direitos adquiridos*, e pela sua importância temática terá um capítulo próprio para sua apreciação. Porém, nem tudo pode ter um tratamento vulnerável sob pena de desestruturação da própria sociedade.

Pela sua composição, o viver em sociedade é, necessariamente, cognoscente, o que acarreta várias possibilidades de visão de um único objeto. Para evitar conflitos nesta multiplicidade de pontos de vista, surgem as regras para comporem os interesses.

Paulo de Barros Carvalho²⁵ esclarece:

“Toda a ciência pressupõe um corte metodológico. Ao analisarmos o homem do ângulo histórico, por exemplo, colocamos entre parênteses as condições propriamente técnico-jurídicas, econômicas, sociológicas, éticas, antropológicas etc., para concentrar o estudo prioritário na evolução dos fatos que se sucedem no tempo, e que apresentam a criatura humana como entidade central. Qualquer especulação científica que pretendamos empreender trará consigo essa necessidade irrefragável, produto das ínsitas limitações do ser cognoscente”.

Assim, o direito é primeiro o que se deve ter por seguro, independentemente dos seres cognoscentes que irão produzi-lo, pois presumi-se um fazer conforme sua própria estrutura principiológica. O *direito adquirido*, sempre foi tratado na história nacional com respeito, independentemente das pessoas que estavam aptas para lhes dar tratamento.

Para um melhor esclarecimento, partiremos do conceito do instituto sob três óticas, no vernáculo da língua, uma doutrinária e outra legal. Iniciaremos pelo Dicionário da

---

²⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 12

língua portuguesa, através da lição de Aurélio Buarque²⁶: “Direito Adquirido é o que se constitui de modo definitivo e se incorporou irreversivelmente ao patrimônio do seu titular”. (sublinhados nossos). Se é definitivo e irreversível, isto se deu com base na ordem jurídica ao tempo de sua conquista no passado e terá que ser preservado sob pena de se tornar um caos viver em uma sociedade desregulada, pois cada governo será uma realidade política diferente, de acordo com as concepções que o sustenta e isso acarretará mudanças significativas que não poderão por em risco a segurança jurídica que serve para

“coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta. Tal sentimento tranqüiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza. Concomitantemente, a certeza do tratamento normativo dos fatos já consumados, dos *direitos adquiridos* e da força da coisa julgada, lhes dá a garantia do passado”.²⁷ (itálicos nossos)

Uma das provas dessa mínima segurança jurídica foi o Poder Originário impor limites ao poder reformador, para que não haja arbitrariedades ou abusos de poder. O que será necessário é uma interação entre preceitos, com respeito aos princípios adotados como base fundamental desta sociedade politicamente organizada.

Na doutrina jurídica, por *direito adquirido*, entende Gabba²⁸

“a consequência de um fato idôneo a produzi-la, em virtude da lei do tempo no qual este realizou, e que, antes da atuação da nova lei, entrou a fazer parte do patrimônio a que respeita, embora não lhe tenha sido possível fazer valer, por falta de ocasião”.

Todas as leis têm por escopo e efeito conferir direitos ou limitações aos cidadãos; porém todas, devem respeitar certas balizas no atuarem sobre as consequências dos fatos e

²⁶ **HOLANDA FERREIRA**, Aurélio Buarque. Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa. São Paulo: Nova Fronteira. p. 223.

²⁷ **CARVALHO**, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 149

²⁸ **GABBA**, C. F. *Teoria della Retroattività delle Leggi*. Torino: Unione Tipografico – Editrice, 1891, 4 vols. p. 73

relações jurídicas postas em ato passados, anteriormente a essa atuação, pois entrará na seara dos *direitos adquiridos*. Assim, é adquirido todo direito que:

“a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual a fato foi consumado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre a mesmo; e que

b) nos termos da lei sob cujo império se entabulou o fato do qual se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.”²⁹

Trazemos da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) o conceito legal, Decreto-Lei nº 4.657, de 4/09/42, pois a mesma não se restringe a estipular normas de aplicação ao Código Civil propriamente dito, embora a este anexada; ela estende seu império a todos os Códigos e demais disposições legislativas, seja qual for sua natureza, pública ou privada. Reza a LICC no seu artigo sexto:

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 seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, 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.

O problema da eficácia da lei no tempo, é um dos mais difíceis do direito, por isso se enquadra naquilo que Aarnio conceitua como caso difícil, a começar pela própria denominação que varia de autor para autor. Porém, em relação ao *direito adquirido*, apesar de inexistir na Constituição Federal o conceito explícito do que deve ser entendido como tal, é pacífico na doutrina jurídica e extra-jurídica o seu conteúdo, como foi demonstrado através dos conceitos trazidos à baila. Assim, não se pode admitir que algo consagrado

---

²⁹ GABBA, C. F. *Teoria della Retroattività delle Leggi*. Torino: Unione Tipografico – Editrice, 1891, 4 vols. p. 98

como *direito adquirido* possa ser desrespeitado por quem quer que seja, com ou sem poder de mando sócio-estatal.

O *direito adquirido* vai existir para que haja uma boa relação entre o passado com o presente, daí a sua projeção na sociedade. Não se trata de estabelecer uma irretroatividade absoluta, mas amenizar ou até mesmo neutralizar certas possibilidades que acarretariam uma fissura nas bases ideológicas e fundamentais do ordenamento jurídico.

Com a dinâmica social, determinadas condutas humanas precisam ser regulamentadas. Assim, toda norma jurídica opera a partir da descrição de fatos, aos quais atribui determinados efeitos. O tempo de realização do direito é que determina a incidência desta norma aos fatos sociais, o que vai acarretar conflitos temporais na medida em que se faz necessário um novo trato com determinadas matérias em prol do social. Mas nem tudo é possível mudar, pois, apesar da necessária mudança, é indispensável que se tenha um mínimo de segurança jurídica para a manutenção da ordem, como já ressaltado e isso é papel do *direito adquirido*.

Examinaremos no próximo capítulo a evolução do instituto do *direito adquirido* na legislação brasileira e em duas estrangeiras.

CAPÍTULO II

O DIREITO ADQUIRIDO NA PERSPECTIVA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E NO DIREITO ESTRANGEIRO

Estamos inseridos num estado de direito onde as leis têm peso preponderante para realização do bem coletivo e o princípio da legalidade norteia não só as atividades públicas como as privadas. É neste contexto, de estrita legalidade, que se faz premente uma análise do instituto do direito adquirido em nível de legislação brasileira, que partiremos da evolução do instituto até os dias atuais e do direito comparado que, pela sua multiplicidade, fomos obrigados a dar um corte epistemológico, razão por que escolhemos a legislação Portuguesa, pela similitude com a nossa, e a dos Estados Unidos da América, por ter sofrido a influência da família do *common law*.

2.1 – Evolução histórica do direito adquirido na legislação pátria

A evolução do direito adquirido vem se processando pelo lapso temporal de mais de sete séculos, pois temos que vislumbrá-lo desde a sua primeira manifestação em meio ao Direito Português, sob a Dinastia de Borgonha, até o Grito do Ipiranga, quando houve a bifurcação do direito Luso-Brasileiro, passando pela visão do direito intertemporal no sistema brasileiro anterior ao Código Civil e posterior a ele, chegando à regra explícita constitucional da atualidade. Iremos focalizá-lo a partir da Proclamação da Independência, pois o Brasil passou a ter seu próprio sistema jurídico, separado de Portugal. Na realidade, porém, durante todo o período que vai de 1822 à promulgação do Código Civil, em 1 de janeiro de 1916, para vigorar um ano após sua publicação, o nosso país continuou substancialmente preso ao sistema luso, daí a necessidade destes esclarecimentos. Vale

ressaltar ainda que as Ordenações Filipinas, por determinação legal em 1823, permaneceram vigorando entre nós até a promulgação do art. 1807 do Código Civil de 1917; mesmo sem validade em Portugal, o seu império permanecia entre nós, se estendendo até o século XX.

Nos diversos sistemas constitucionais existem limitações à eficácia temporal das leis (independente da família que faça parte). Contudo, nenhuma é tão completa e densa como na Constituição brasileira, que sempre ocupou lugar de destaque nos textos consagrados nacionalmente, conforme verificaremos a seguir.

2.1.1 – Reconhecimento legal do instituto ao longo da história brasileira.

Através de um estudo mais detalhado da evolução histórica à proteção dos efeitos da lei no tempo, verifica-se que o instituto do *direito adquirido* sempre esteve presente nas diversas ordenações constitucionais, ora mais enfática, como atualmente, ora com menos intensidade expressiva, porém sempre garantindo aos cidadãos um respeito às situações ocorridas sob a vigência da lei no tempo, garantindo-se uma segurança jurídica.

A Constituição Imperial de 1824 no seu artigo 179 rezava:

“A inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

I – Nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei. (princípio da legalidade constitucional)

II – Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade pública.

III – A sua disposição não terá efeito retroativo. (...)”. (grifos nossos)

Pela análise sistemática do dispositivo, que estava inserido no capítulo que dispunha sobre os direitos políticos e os direitos e garantias individuais, editada pelo

Constituinte imperial, fica clara a preocupação de se estabelecer limites nas relações sociais, fixando, primeiramente, o princípio da legalidade constitucional como base indispensável às práticas sociais; segundo, que estas leis só seriam editadas se a necessidade pública assim a exigisse, dando *status* aos clamores sociais e, por fim, mesmo havendo a lei que teve como base a necessidade pública, ela não retroagiria para alcançar fatos passados. Assim, se garantiria uma liberdade com segurança aos cidadãos.

Fica claro que apenas prescreve o Princípio da Irretroatividade das Leis, contudo não podemos deixar de enxergar, implicitamente o *direito adquirido*, tanto em virtude da sua idéia criadora, como em razão da doutrina entre nós dominante, desde as origens, até à fase da consolidação da matéria, que se deu em pleno século XIX.

“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 benigna. 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)”.³⁰

O constitucionalismo pátrio, desde seu texto inaugural de 1824, consagrou o princípio da irretroatividade ampla, não aplicando a técnica da irretroatividade parcial, recepcionada nas constituições dos Estados Unidos de 1787, da Argentina de 1853, da Itália de 1947 e da França de 1958.

Vale trazer à baila os comentários do marquês de São Vicente, José Antônio Pimenta Bueno³¹, que, apesar de estarem voltados para a área criminal, são de extrema utilidade para o nosso trabalho:

---

³⁰ **BASTOS**. Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 126

³¹ **BUENO**, José Antônio Pimenta. Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958. P. 568

“A lei que instituindo uma obrigação ou penalidade fizesse com que ela retrogradasse, e fosse dominar os fatos ocorridos antes de sua promulgação e publicação legal, aniquilaria toda a idéia de segurança e liberdade. Nenhum homem poderia em dia algum asseverar que deixaria de ser perseguido, pois que qualquer dos atos de sua vida anterior poderia ser erigido em delito”.

Em 1889, depois de várias tentativas de se implantar a monarquia federalista do Brasil, venceram as forças descentralizadoras, modificando a vida política brasileira, inserindo-se o federalismo como princípio constitucional de estruturação do Estado, a democracia, como regime político que melhor assegurava os direitos humanos fundamentais. Tombou o Império e se proclamava a República Federativa por um decreto em 15 de novembro. Em 24 de fevereiro de 1891, nasceu a primeira constituição republicana que preservava o instituto da eficácia da lei no tempo com uma alteração, pois a matéria passou a ser tratada no título I, onde se tratava da organização do Estado, no seu artigo 11 que prescrevia: “É vedado aos Estados, como à União: (...) § 3º Prescrever leis retroativas”. Apesar de pela simples leitura sermos levados a conclusão da impossibilidade de qualquer retroação, pela boa técnica interpretativa devemos concluir que a proibição se fazia em prol de garantir os direitos individuais, contudo, sobrevindo lei que não afrontasse os direitos dos cidadãos, mas pelo contrário, pudessem lhes agregar direitos, é claro que deveria ser retroativa em prol do bem geral. Dessa forma, o preceito fixado no Art. 11, § 3º da Constituição de 1891, consubstanciava uma limitação relativa, pois era oponível tão-somente nas hipóteses de ofensa a direitos adquiridos. Assim, em princípio, as leis eram irretroativas, exceto se não afrontassem direitos adquiridos.

Em 1916 foi editado o primeiro Código Civil brasileiro, explicitando a “fórmula brasileira” do Direito Intertemporal em matéria Civil, no qual, devido as várias discussões levantadas sobre qual deveria ser a interpretação do § 3º, art. 11 da Constituição de 1891, relacionado a irretroatividade da lei, no art. 3º da Introdução se prescrevia:

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

§ 1º Consideram-se adquiridos, assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixado, ou condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem. (...)”.grifos nossos.

Esse tratamento infraconstitucional dado ao instituto demonstrou a importância do tema, bem como a abrangência do seu tratamento, uma vez que se demonstrava *de per se*, não necessitando, obrigatoriamente, decisões judiciais para lhes dá guarida. Sobretudo, quando se protege em paralelo o ato jurídico perfeito, que seria a base de qualquer direito adquirido. Ora, só será possível adquirir um direito se ele revestiu-se de todas as condições indispensáveis para a sua realização e não tenha nenhuma pendência jurídica. Assim ele se torna perfeito e conseqüentemente adquirido, apesar dos conceitos serem diferentes como já demonstrado. Em termos efetivos, denomina-se *direito adquirido* todo do direito que, derivado do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, já tenha sido efetivamente incorporado ao patrimônio do seu 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. “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 efeito para o futuro”³².

Com o fim da chamada Velha República, surge a constituição de 1934, inaugurando o constitucionalismo sócio-democrático, que manteve o tratamento anteriormente dispensado ao instituto com algumas inovações. Separou a irretroatividade legal na esfera penal naquilo que beneficiasse o réu, diferentemente das Constituições de 1824 e 1891 que combinavam os princípios da legalidade e da irretroatividade. No que se relaciona ao instituto em apreço, o legislador constituinte de 34 suprimiu a expressão, em caso algum,

---

³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 261.

que tinha na Lei de Introdução ao Código Civil e que servia de base interpretativa para o instituto até então, devido as celeumas já retratadas anteriormente. Assim, no seu art. 113 declarou: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Vale ressaltar que Limongi França³³, para explicar a assunção do instituto para o texto constitucional afirma: “a regra constitucional *sub examine* não foi o resultado de uma outorga de cúpula, mas o fruto de uma reivindicação popular, fundada nos seus mais justos anseios e nas suas melhores tradições”. Este posicionamento é criticado por Elival Ramos³⁴ que afirma ter apenas observado um dos pontos (sociológico) de apoio as decisões dos legisladores. Este autor frisa que “o desabrochar de normas e institutos jurídicos não obedece apenas à razão de ordem técnico-científica, mas, sobremaneira, a razões de ordem histórica, ambas, é claro, jungidas a uma realidade social que com elas interage”. Independentemente do ponto de vista que se filie, o importante é que houve a constitucionalização do direito adquirido, enquanto modo de eficácia temporal das leis, com o intuito de impor limites a dinâmica legislativa.

O país já se encontrava sob o impacto das ideologias que grassavam no mundo do pós-guerra, quando se implantou a nova ordem denominada Estado Novo. Foi um período de ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, Getúlio Vargas, que legislava por via de decretos-lei e depois os aplicava como chefe do executivo. A Constituição de 10 de novembro de 1937 foi, sem sombra de dúvida, uma mancha em nosso modelo constitucionalista, de tradição democrática desde o seu nascedouro. Tudo era alterado ao sabor das necessidades e conveniências do momento e, não raro, até do capricho do chefe do governo, pois nesta

---

³³ **FRANÇA**, Rubens Limongi. A irretroatividade das lei e o direito adquirido. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 123.

³⁴ **RAMOS**, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 115.

época esta espécie normativa ingressava no ordenamento jurídico pelo decurso de prazo, motivado pela inércia do Poder Legislativo em sua apreciação. Pela forma de exercício desta nova ordem constitucional, muito dos preceitos anteriormente adotados, que ensejavam direitos aos cidadãos, eram incompatíveis com o novo sistema. Daí porque não houve tratamento da eficácia da lei no tempo nesta época, pois nada poderia neutralizar as ações dos governantes, como já esclarecemos, ficando a sua análise para níveis legais ordinários. Nesta época, a única esperança do cidadão eram a jurisprudência e a doutrina que permaneciam com suas interpretações inabaladas quanto ao instituto do direito adquirido.

Iniciados os movimentos de redemocratização do país, após a Segunda Guerra Mundial, através do Manifesto dos Mineiros, foi expedida pelo Presidente a Lei Constitucional 9, onde se estabelecia que deveria haver eleições diretas para Presidente e Parlamento. Desse movimento, surge em 2.2.49 a instalação de uma Assembléia Constituinte que voltou ao passado e recepcionou os preceitos das constituições de 1891 e 1934, como se o tempo não houvesse passado, o que foi um erro grotesco, surgindo crises políticas e conflitos constitucionais de poder, que culminaram com o suicídio do chefe do governo, Getúlio Vargas. Durante um longo período constitucional ficamos carentes de regulamentação que limitasse a incidência da lei no tempo.

Elival Ramos³⁵ deixa isso bem claro:

“apenas para não se perder a visão geral das limitações à eficácia temporal das leis, registre-se que a Carta de 46 também restaurou, em sua essência, os preceitos da Constituição de 1934 pertinentes à retroatividade em matéria penal, acolhendo o princípio da anterioridade (art. 141, § 27, *in fine*), ao lado do princípio da irretroatividade da lei penal, exceto se a nova legislação dispusesse em benefício do réu (art. 141, § 29, 2ª parte)”.

---

³⁵ RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 115.

Contudo, com a desestrutura político-social que se instalou entre 1964 e 1985, período de autoritarismo militar, não há que se falar em direitos adquiridos, pois foram várias as violações aos direitos dos cidadãos que ficavam desprotegidos e passíveis de ações arbitrárias por parte dos governantes, fugindo completamente da real atribuição da lei, qual seja, limitar o poder em prol dos direitos dos cidadãos.

Com a implantação do instrumento mais autoritário da história política do Brasil, conhecido como AI 5, começou a se instalar um movimento social que lutava por uma redemocratização, que culminou com as “diretas já”. Em 1984 o povo clamou por eleições diretas para Presidente da República, com o sentimento de reequilibrar a vida nacional, através de uma nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social.

Foi com Tancredo Neves, com seu programa de construção da Nova República, que o povo viu a derrota das forças autoritárias que dominaram o país durante vinte anos (1964 a 1984), onde não se tinha nenhuma segurança jurídica frente aos impulsos governamentais, porém nem mesmo aqui houve foi ventilada a possibilidade de taxaço dos inativos. Sua eleição, em 15.01.85, foi, por isso, saudada com o início de um novo período na história das instituições políticas brasileiras, e que ele próprio denominara de a “Nova República”.

Apesar do Presidente Tancredo Neves não ter assumido o poder devido a sua morte, o seu Vice-Presidente, José Sarney, que, apesar de pender para as políticas das forças autoritárias e retrógradas, deu continuidade aos compromissos firmados em campanha por Tancredo e nomeou uma comissão de Estudos Constitucionais, que por muito tempo foi o único foro de debates sobre temas constitucionais. Dando continuidade às propostas de Tancredo, o Presidente Sarney enviou ao Congresso nacional proposta de emenda constitucional convocando uma Assembléia Nacional Constituinte.

A Emenda Constitucional n.º 26, que foi publicada em 27.11.85, convocava os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para se reunirem em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, em 01.02.87 no Congresso Nacional. Daí surgiu a nossa Constituição “cidadã”, conforme leciona José Afonso da Silva³⁶:

“um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a Constituição Federal de 1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral”.

Foi o marco de reencontro do povo brasileiro com a democracia. Um processo que, apesar de haver se prorrogado por mais de vinte meses, com inúmeras discussões de temas os mais variados, não demonstra, através da análise dos anais do Congresso Nacional da época, nenhuma discussão calorosa sobre o limite da eficácia temporal das leis e atos normativos, onde se incluiria o *direito adquirido*.

Com relação ao tema em epígrafe, foi tratado da mesma maneira que as constituições de 1934, 1946 e 1967/1969, conforme já explicitado neste trabalho, com uma única variante, os direitos adquiridos foram transportados, juntamente com os demais direitos fundamentais individuais, para o início do texto constitucional, disposto no artigo 5º, XXXVI, que reza: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”.

Para finalizar esta evolução histórica do instituto do direito adquirido à luz da legislação brasileira, concluímos com a doutrina de Elival Ramos³⁷:

“Pode-se, de todo o exposto, concluir que a disciplina dos limites à projeção dos efeitos das leis no tempo de nossa Constituição, sob o prisma histórico-evolutivo, é a mais ampla, em seu conteúdo, e a mais escorreita, em sua formulação, o que revela a sadia sedimentação dos preceitos ao longo de nossa história constitucional”.

Contudo, é traumatizante verificar-se no Direito Constitucional brasileiro o desprestígio que tem a Constituição nas mãos dos que detêm o poder político, seja por

³⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1999.

³⁷ RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 124.

parte do Legislativo, seja por parte do Executivo, ou de ambos; mas, a discussão da eficácia ou não da norma constitucional como um todo é assunto para, talvez, uma tese de doutorado. O que nos incomoda é o fato de termos uma Constituição tão perfeita em suas exposições e tão fragilizada quanto a sua aplicabilidade e, em especial, o desrespeito ao direito adquirido, tão presente em nossa história jurídica e social, por questões meramente políticas, sem pesar as conseqüências jurídicas desta decisão no futuro próximo.

2.2 – Estudo comparativo do Instituto do direito adquirido em duas legislações estrangeiras

Sem nos preocuparmos com a cientificidade ou não do Direito Comparado, aprendemos com o Prof. Ivo Dantas³⁸, que o importante é sabermos para que serve tal estudo. Ele sugere que dividamos este estudo por dois prismas. O primeiro em relação aos **objetivos pessoais** do pesquisador, onde se visa uma maior satisfação intelectual daquele que lança mão dos estudos sobre os sistemas jurídicos estrangeiros para verificar a forma como os fatos sociais, econômicos e políticos estão sendo tratados por outros povos. O outro, ele denomina de **objetivo profissional** que está ligado à Política Legislativa, oferecendo os elementos necessários à análise, por parte dos operadores do Direito, para melhor compreensão de institutos jurídicos, sobretudo aqueles que foram recepcionados pelo sistema nacional. E acrescenta o brilhante professor, “assistimos, nos dias atuais, a uma tendência de universalização dos conceitos no campo da Ciência Jurídica”.

Assim, um dos aspectos mais importantes no estudo do direito comparado, é, sem dúvida, a observação de suas funções, a determinação da utilidade do direito comparado, ou melhor, a determinação do que a efetividade do direito comparado acrescenta à

---

³⁸ **DANTAS**, Ivo. Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 60.

experiência prática, além de exercer importante papel no aspecto didático, possibilitando ao estudante conhecer outras regras e sistemas diferentes dos seus. Possibilita ao jurista uma melhor compreensão do seu ordenamento jurídico, cujas características tornam-se mais evidentes através da comparação com ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Como não é possível fazer qualquer comparação, seja ela jurídica, econômica, social ou de qualquer outra ordem, sem se determinar previamente o que vai ser submetido à comparação, até porque só existe pesquisa comparada quando se tem dois ou mais elementos para se estabelecer a comparação, é que estabelecemos a comparação com o sistema jurídico Português e dos Estados Unidos da América, levando-se em consideração apenas a parte do ordenamento que trata da matéria em apreço, utilizando-se a comparação horizontal, uma vez que iremos analisar os sistemas jurídicos destas nações que estão em vigor, segundo ensinamentos do prof. Ivo Dantas³⁹. Escolhemos a legislação dos dois Estados porque Portugal foi o berço do nosso sistema jurídico, como já esclarecemos no tópico da evolução histórica do *Direito Adquirido*, e os Estados Unidos por terem como fundamento o sistema do *Common Law*. Conforme ensinamentos do Prof. Ivo Dantas⁴⁰:

“não significa que estejamos fazendo Direito Comparado. Neste caso, quando muito, estamos estudando Sistemas Jurídicos Estrangeiros, sem dúvida, elemento indispensável para que possamos empreender análises de Direito Comparado. Este, porém – repetamos-, não deve ser confundido com a simples descrição do sistema. São dois tipos de interesse e só quando estamos procedendo análises, confrontando e comparando semelhanças e dessemelhanças entre sistemas e/ou institutos, é que se constitui o verdadeiro e correto objeto material do Direito Comparado”.

Portanto a nossa intenção é, tão somente, demonstrar que o instituto do *direito adquirido* está presente nas duas ordens jurídicas apesar de serem de famílias distintas.

2.2.1 – O direito adquirido na Constituição dos Estados Unidos da América.

³⁹ DANTAS, Ivo. Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 75

⁴⁰ DANTAS, Ivo. Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 153.

A Constituição dos Estados Unidos exerce desde fins do século XVIII uma profunda influência sobre os modelos institucionais da democracia ocidental. Primeiro pela longevidade de seu texto, depois por assentar o mais bem sucedido instrumento normativo de governo que o Estado moderno já conheceu. Em verdade, ele tem sido uma espécie de caixa mágica, de onde se tira a fórmula do poder efetivo acomodado a cada época ou a cada instante de crise, transformação e mudança por que tem passado a sociedade americana durante os últimos duzentos anos.

“Que é a Constituição americana? Será tão somente um texto? Não. Arcaico de forma, quem cuidasse achar em seus nove artigos toda a verdade constitucional dos Estados Unidos se decepcionaria profundamente. Nem as vinte e seis Emendas com que foi acrescido e aperfeiçoado revelam tampouco a substância e a essência dessa Constituição, cuja longevidade faz o assombro de tantas gerações.

Em rigor, a Constituição americana é simultaneamente o texto e a realidade; uma realidade onde se alojam os fatores efetivos de poder, aqueles que Lassalle analisou com percuciência em suas reflexões sobre a essência do constitucional. Não é possível, na experiência daquele país, separar a Constituição da função exercitada pela Suprema Corte em cujos arestos a realidade constitucional se filtra com mais desembaraço, menos rigidez e mais flexibilidade que por via do corte, pelo seu caráter atualizador, fez a privilegiada longevidade do texto de 1787...”⁴¹

Como se demonstrou, a Constituição americana é do tipo sintética, diferentemente da nossa, e apesar disso não de fácil interpretação, por isso a escassez na doutrina sobre suas bases fundamentais. Como bem realçado por Jorge de Miranda⁴²:

“não representa tarefa fácil, nem simples conhecer o Direito constitucional dos Estados Unidos (até porque a própria Constituição de 1787, com as suas extensas secções, não tão breves quanto, por vezes, se pressupõe e as Constituições dos Estados, além de diversificadas, são freqüentemente longas e regulamentárias)”.

A sua longevidade, que tem duzentos e dezessete anos, se dá pelo fato de exercer dupla finalidade: ser lei fundamental e de pacto constitutivo da união, pois funda verdadeiramente os Estados Unidos. Esta Constituição⁴³ sofre a influência de Locke, se

---

⁴¹ **BONAVIDES**, Paulo. Prefácio na obra *A Constituição Norte-Americana*. Robert A. Goldwin e William A. Schambra. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986. p. 6.

⁴² **MIRANDA**, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Tradução da edição portuguesa, p. 83

⁴³ Para aprofundamento no tema relacionado a Constituição Americana cf. **BARATA**, Mario Simões. *O Antifederalismo Americano como linguagem Político-Constitucional Alternativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. Cf. tb. **MAGDALENA HUERTAS**, Marta Maria. *El Modelo Constitucional Norteamericano em los fallos de la Corte Suprema de Jsticia de la Nación (1863-1903)*. Buenos Aires: Instituto de Inesttigaciones de

preocupando com os problemas do poder, sem deixar de lado a observação de obras filosóficas, políticas e jurídicas da época. Assim, o estudo do Direito constitucional norte-americano justifica-se fundamentalmente por causa do significado de sua experiência e por causa das aquisições e dos elementos novos que dela emergiram.

Alguns dos Estados confederados já haviam adotado nas respectivas constituições o princípio da não retroatividade, sendo que apenas um deles, New Hampshire, separou a irretroatividade penal da civil, conforme leciona Paul Roubier⁴⁴:

“Não se pode ficar surpreso com essa reprovação da retroatividade por parte dos colonos ingleses, que tinham podido, na metrópole, ser testemunhas, ainda no século XVIII, dessas leis pessoais e retroativas tão odiosas, denominadas de *bills of attainder*, por meio das quais uma pessoa podia ser atingida por uma pena (pena de morte ou de confisco geral de bens), naqueles casos em que, entretanto, a lei em vigor no momento em que os atos censurados tinham sido cometidos não infligia nenhuma pena”.

Contudo, o texto promulgado em 1787, não contemplou a norma de limitação à eficácia retroativa das leis com tanta amplitude. Os autores da Constituição não fizeram uma enunciação dos direitos e liberdades individuais, apenas garantiram o *habeas corpus* e a proibição de leis retroativas, no art. 1º, IX, n.º 3, que prescrevia “não serão aprovadas *Bills of attainder*, nem leis *ex post facto*” . Mas esta lacuna logo foi suprida nos 10 primeiros aditamentos, aprovados em 1791, e, mais tarde, outros viriam a completá-los.

Interessante trazer à baila o 9º Aditamento que estabeleceu o que se chama de cláusula aberta, onde se declarava que a especificação de certos direitos pela Constituição não significa que fiquem excluídos ou desprezados outros direitos; norma de extrema importância não só para os Estados Unidos, mas para outros países também.

Historia del Derecho, 2001. Cf. tb. **PEREIRA**, Emaut, Antonio-Carlos. *Invitación al estudio de la Constitución de los Estados Unidos*. Santiago de Compostela: Tórculo Edición, 1998. Cf. tb. **S. WOOD**, Gordon. *La Revolución Norteamericana*. Barcelona: Grupo Editorial Randon House Mandadori, S. L, 2003. Cf. tb. **SOROMENHO-MARQUES**, Viriato. *A Revolução Federal. Filosofia política e debate constitucional na fundação dos E.U.A.* Lisboa: Edições Colibri, 2002.

⁴⁴ **ROUBIER**, Paul. *Lê Droit Transitoire (conflits des lois dant lê temps)*. 2ª Ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960, p. 71.

O aditamento que se relacionou com o nosso tema, *direito adquirido*, foi o de número 14, que entrou em vigor em 1868 e impedia os Estados Unidos de fazer ou executar leis que restringissem as prerrogativas e garantias dos cidadãos, que privasse alguma pessoa da vida, da liberdade ou da propriedade sem a observância dos trâmites legais ou recusasse a qualquer pessoa a igualdade perante a lei. Através dos estudos percebe-se que os Aditamentos consubstanciaram apenas normas sobre direitos, liberdades e garantias, como forma de superação das lacunas deixadas em 1787.

Em relação à irretroatividade legal, percebe-se pelo estudo na bibliografia apresentada na nota de rodapé nº 43 que as discussões levantadas sempre pendem à interpretação de que esta proibição só se vincula ao campo penal, inclusive este foi o posicionamento da Suprema Corte⁴⁵ que firmou o entendimento de que a referida vedação à eficácia retroativa dos atos legislativos estava, na verdade, adstrita às leis penais, donde se conclui que a Constituição dos Estados Unidos da América somente contempla norma limitadora da eficácia temporal das leis, fora do âmbito penal ou repressivo, em relação ao Estados-Membros, norma essa impeditiva da projeção de efeitos retroativos que afetem as obrigações contratuais ou mesmo de efeitos imediatos retrospectivos, ressalvadas as normas advindas de legislação ulterior de ordem pública, editadas com razoabilidade, dentro da competência do legislador estadual⁴⁶.

Percebe-se que apesar da Constituição americana ser sintética, deixou claro os limites impostos ao poder estatal sobre as pessoas. Parece um equívoco para nós distinguir

---

⁴⁵ A propósito da jurisprudência da Suprema Corte firmada em torno da *bills of attainder* e das leis *ex post facto*, consultar Edward S. Corwin. A Constituição Norte-Americana e seu significado atual. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968. ps. 99 ss.

⁴⁶ **RAMOS**, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 99.

direitos adquiridos de retroatividade da lei. Nos Estados Unidos, sem embargo, não o é.

Laurence Tribe⁴⁷ faz, a respeito uma distinção interessante. Ele diz que:

“a cláusula do *ex post facto*, tanto quanto a do *bill of attainder* e a dimensão procedimental do devido processo legal demandam regularidade na aplicação do poder estatal sobre as pessoas, enquanto os **direitos adquiridos**, os *vested rights*, destinam-se à estabilidade (*repose*) no mundo do patrimônio e dos contratos, exigindo que haja respeito do Estado às expectativas já cristalizadas.” (negritos nossos)

2.2.2 – O direito adquirido no Constitucionalismo Português.

As estruturas formais das Constituições Portuguesas se mantiveram, quanto ao conteúdo, quase sempre da mesma forma. Nas seis Constituições, a de 1822 com 240 artigos, 1826 com 145 artigos, 1838 com 139 artigos, 1911 com 87 artigos, 1933 com 142 artigos e, por fim, a de 1976 com 298 artigos o tratamento dispensado ao direito adquirido estava presente em todas, mesmo que não se utilizando esta nomenclatura, como é o caso da atual..

Com a revolução de 1820, iniciou-se em Portugal o constitucionalismo moderno. Para que uma Constituição seja considerada moderna se faz necessário que reúna algumas características porém duas delas são indispensáveis:

- que seus preceitos pretendam ordenar, fundar e limitar o poder político e
- reconhecer e garantir os direitos e liberdades dos indivíduos.

Assim, dois dos temas centrais do constitucionalismo são, pois, a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades. As Constituições ocidentais foram influenciadas pelo modelo historicista do constitucionalismo inglês, que tem sua dimensão histórica-constitucional caracterizada pela garantia de direitos

---

⁴⁷ **TRIBE**, Laurence H. *American Constitutional Law*. 2ª ed. Mineola: The Foundation Press, 1988. p.587

adquiridos fundamentalmente traduzida na garantia do binômio subjetivo *liberty and property*, estruturação corporativa dos direitos e, por fim, a regulamentação destes direitos e desta estrutura na Carta Magna. Por sabermos em toda sua história este ordenamento jurídico primor pelo amparo ao direito adquirido, vamos fazer a análise através das disposições atuais.

O preâmbulo da atual Constituição portuguesa demonstra esta modernidade jurídica, conforme se demonstra:

“A 25 de Abril de 1974, o Movimento das Forças Armadas, coroando a longa resistência do povo português e interpretando os seus sentimentos profundos, derrubou o regime fascista.

Libertar Portugal da ditadura, da opressão e do colonialismo representou uma transformação revolucionária e o início de uma viragem histórica da sociedade portuguesa.

A Revolução restituiu aos Portugueses os direitos e liberdades fundamentais. No exercício destes direitos e liberdades, os legítimos representantes do povo reúnem-se para elaborar uma Constituição que corresponde às aspirações do país.

A Assembléa Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno”.

A Constituição portuguesa, que foi promulgada em 2 de Abril de 1976, e que sofre sua quarta revisão em 1997, é considerada a mais complexa de todas as Constituições portuguesas, com grandes fundamentos à democracia representativa e à liberdade política, como se verifica no seu preâmbulo, também conhecido como documento de intenções. Pela leitura, verifica-se que é uma

“Constituição-garantia e com muitas regras prospectivas. Muito se preocupa com os direitos fundamentais dos cidadãos, dos trabalhadores e com a divisão do poder. Procura vivificar e enriquecer o conteúdo da democracia, multiplicando as manifestações de igualdade efetiva, participação, intervenção, socialização, numa visão ampla e não sem alguns ingredientes de utopia, como a nossa”⁴⁸.

---

⁴⁸ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.141

Em relação ao tratamento dispensado, pela Constituição portuguesa, aos direitos adquiridos, apesar de não ter esta denominação, estão enquadrados na Parte I, intitulada Direitos e Deveres Fundamentais. Seu Título I prescreve sobre os princípios gerais, que vão nos levar ao Art. 18, especificado como **força jurídica**, para rezar:

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.
2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.
3. **As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.** (negritos nossos – matemos a grafia original).

Estas regras consubstanciam a proibição de pré-efeitos de atos normativos, ou seja, os atos legislativos e outros atos normativos não podem produzir quaisquer efeitos jurídicos quando não estejam ainda em vigor nos termos constitucionais e legalmente prescritos. Assim, os direitos que foram galgados com força normativa não serão prejudicados pela inovação legislativa, consubstanciando os *direitos adquiridos*.

A dinâmica legislativa pode levar à quebra de confiança da população, principalmente se estas mudanças acarretarem prejuízos para a mesma. Canotilho⁴⁹ estabelece:

“O princípio do estado de direito, densificado pelos princípios da segurança e da confiança jurídica, implica, por um lado, na qualidade de elemento objetivo da ordem jurídica, a durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas; por outro lado, como dimensão garantística jurídico-subjetiva dos cidadãos, legitima a confiança na permanência das respectivas situações jurídicas. Daqui a idéia de uma certa medida de confiança na atuação dos entes públicos dentro das leis vigentes e de uma certa proteção dos cidadãos no caso de mudança legal necessária para o desenvolvimento da atividade de poderes públicos”.

---

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2002, p. 259/260.

O simples fato dos cidadãos confiarem na não retroatividade das leis não acarretará, obrigatoriamente, o seu reconhecimento no mundo jurídico. A única garantia que o cidadão tem é quando alguma lei ou ato normativo se revela violador do Princípio da Supremacia Constitucional; neste caso, será extirpado por uma questão de incompatibilidade receptiva. Afinal, o princípio do Estado de Direito Democrático garante seguramente um mínimo de certeza nos direitos das pessoas e nas suas expectativas juridicamente criadas e, conseqüentemente, a confiança dos cidadãos e da comunidade na tutela jurídica.

A boa técnica interpretativa nos orienta a fazermos uma análise dos preceitos de forma holística e, em relação ao tema que ora tratamos, mais ainda, pois a Constituição de Portugal, da mesma maneira que a nossa, deixa explícita a separação da irretroatividade genérica, posta no art. 18, n. 3, e a irretroatividade em relação à lei penal, posta na art. 29, ns, 3 e 4, 1ª parte:

“Artigo 29.º (Aplicação da lei criminal)

1. Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior.
2. O disposto no número anterior não impede a punição, nos limites da lei interna, por acção ou omissão que no momento da sua prática seja considerada criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos.
3. Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior.
4. Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, **aplicando-se retroactivamente** as leis penais de conteúdo **mais favorável** ao arguido” (grafia original com negritos nossos).

Verifica-se que a Constituinte lusol acolheu a retroatividade benéfica ao réu, como no nosso sistema nacional, ou seja, as regras de conteúdo favorável devem retroagir e as que prejudiquem devem se projetar, apenas, para frente.

Vale ressaltar, também, que a forma de disposição do instituto do direito adquirido na constituição portuguesa é diferente da nossa, uma vez que trata da irretroatividade

genérica no Título I, onde fixa os direitos e deveres fundamentais e só no Título II, onde trata dos direitos e deveres fundamentais é que vai tratar da irretroatividade penal, enquanto que a Constituição brasileira trata das duas espécies no Título II, intitulado: dos Direitos e Garantias fundamentais, no seu capítulo I destinado aos direitos e deveres individuais e coletivos, no seu artigo 5º, que contém 78 incisos e quatro parágrafos, assim disposto:

(...) XXXVI – A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; (...)

O que se observa do trabalho do constituinte luso é que o Título I foi utilizado para dispor de toda parte principiológica do texto e que deverá orientar a interpretação do sistema constitucional português, tanto é que os princípios gerais estão dispostos da seguinte maneira: inicia-se com o da universalidade e segue com igualdade, regras sobre portugueses no estrangeiro, estrangeiros, apátridas, cidadãos europeus, âmbito e sentido dos direitos fundamentais, regime dos direitos, liberdades e garantias, força jurídica (aqui se enquadra o princípio da irretroatividade genérica – direito adquirido), suspensão do exercício de direitos, acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva, direito de resistência, responsabilidade das entidades públicas e, por fim, as regras inerentes ao provedor de justiça. Vê-se que a técnica utilizada foi bastante didática, pois orienta a interpretação dos demais títulos da Carta Política Portuguesa.

2.3 – Concluindo o raciocínio

Demonstra-se de grande valia o estudo comparativo, pois enriquece bastante a visão do instituto e mostra que, apesar de não terem a mesma nomenclatura nas legislações comparadas, a idéia de todas é a proteção do cidadão frente às mudanças do poder político.

Temos que observar dois aspectos importantes no direito comparado: o conhecimento completo de dado ordenamento jurídico positivo e a imposição da conjuntura mundial de haver uma interligação entre as legislações, sobretudo no nosso momento de total quebra das barreiras da distância e do processo ainda crescente da globalização. Servir-nos-á como alargamento da visão do instituto no sentido que se podem verificar mais duas maneiras de organização jurídica da matéria.

O Professor Ivo Dantas⁵⁰, durante explanação oral nas aulas do mestrado, deixou claro que a nossa Constituição assenta vedações à retroatividade, às quais o legislador acha-se vinculado e que, por vezes, aparecem como uma garantia para o cidadão. E enfatiza: “porém, o preceito que as estabelece se apresenta repleto de ambigüidades e de indeterminações, em razão do que não é fácil precisar seu exato conteúdo e alcance”.

Essa falta de clareza da abrangência deste direito é que nos instigou a fazer esta pesquisa, pois reconhecemos no ser humano a fraqueza nata de sermos sempre tentados pelo desejo de possuir, pela ambição de mandar no seu semelhante e até pela pretensão de manipular os fatos naturais. Devido à ambigüidade da norma e a esta característica do ser humano de insaciabilidade, nos deparamos com os parlamentares que hoje estão no poder e que outrora defendiam o instituto com garra e determinação. Estes, de forma radical e esquecendo do seu próprio passado de lutas, invertem o jogo e passam a ser ladrões de suas próprias conquistas.

Trataremos no próximo capítulo do direito intertemporal e suas nuances por ter extrema ligação com o direito adquirido.

---

⁵⁰ Anotações feitas no caderno de sala, na aula ministrado pelo Prof. Dr. Ivo Dantas no dia 18 de agosto de 2003, durante explanações feitas na disciplina Direito Constitucional Comparado, no curso de Mestrado da FDR.

CAPÍTULO III

A IMPORTÂNCIA DO DIREITO INTERTEMPORAL NA APRECIÇÃO DO DIREITO ADQUIRIDO

Na abordagem do tema escolhido, faz-se necessária uma tomada de conhecimentos que dão fundamento jurídico e lógico ao instituto do *direito adquirido* e que, por sua relevância temática, não poderiam ficar sem considerações, sob pena de ausência de um pressuposto metodológico e conceitual indispensável. Por esse motivo, resolvemos iniciar esclarecendo para os leitores, para uma boa compreensão do instituto, estes aspectos. Tudo isso, porque temos a consciência que cabe ao pesquisador-monografista dar o melhor para que a mensagem de seu texto possa ser entendida por todos, inclusive os leigos, explorando todas as possibilidades de pesquisa que puder. Tal comportamento fará com que, de posse de todas as informações possíveis, possamos avançar ao estágio da reflexão, concordando ou discordando com o material colhido, não sendo, portanto, mero repetidor dos conceitos alheios.

É indispensável um estudo prévio do instituto da intertemporalidade, antes de adentrarmos na apreciação dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, como pré-requisito mínimo de compreensão do tema, visto que o *direito adquirido* se situa exatamente na nova maneira de se admitir certos direitos e este estudo servirá de base argumentativa para defesa do instituto sob análise.

O direito intertemporal, devido à sua relevância temática, de extrema ligação com o *direito adquirido*, irá contribuir de forma efetiva para a análise da possibilidade da mudança constitucional, seja através de emenda, seja através da legislação infraconstitucional, que acarretará uma modificação substancial da realidade social,

podendo até sinalizar para uma quebra da segurança jurídica tão festejada pelos mais notáveis doutrinadores e indispensável para se manter a harmonia social.

3.1 – Situando o instituto do Direito intertemporal

Nesta abordagem, demonstraremos que o direito intertemporal surge exatamente da modificação do ordenamento jurídico que se dá pela criação e renovação da lei, acarretando uma incompatibilidade entre as situações fáticas do passado, embasadas na lei que perdeu a vigência. O ordenamento jurídico varia de acordo com as necessidades sociais, de tempo em tempo, transformando-se para melhor adequação funcional, fazendo-se necessário este estudo para podermos nos situar na história. Traçando uma diferenciação entre direito intertemporal e irretroatividade, demonstraremos tratar-se de fenômenos distintos.

Nos subtópicos conceituaremos o instituto, demonstrando a sua aplicabilidade através das suas espécie (categorias) e o correlacionaremos com o tema central da pesquisa, o *direito* adquirido, demonstrando a necessidade de abordá-lo previamente, para embasar os nossos argumentos finais.

3.1.1 – Conceito do Direito Intertemporal

Comungamos da idéia de que para se chegar a um conhecimento é necessário que se busque a essência das coisas e uma das maneiras possíveis de se conhecer algo é através do seu conceito.

Apesar dos vários conceitos que se pode encontrar na doutrina jurídica, iremos adotar o nosso próprio conceito como ponto de partida: O direito intertemporal é o conjunto de regras que servem para orientar o interprete ou aplicador do direito, sempre que houver conflito de normas no tempo e no espaço.

Para corroborar trazemos o conceito de Cardozo⁵¹:

“intertemporalidade jurídica é o fenômeno jurídico vivenciado ao longo do fluxo da temporalidade jurídica, no momento em que nesta são encontrados os limites das dimensões temporais dos domínios de vigência de duas normas que cronologicamente se sucedem”.

Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira⁵², “Direito intertemporal é o complexo de normas destinadas a resolver os conflitos de leis no tempo”. Morfologicamente, *inter* = interação e *temporalis* = temporal, ou seja, interação no tempo, que está integrado no tempo. Demonstra-se, assim, que o direito intertemporal surge exatamente da dinâmica de criação e renovação da lei, indo, às vezes, de encontro a relações já consolidadas na legislação que caduca. E como já demonstrado acima nas palavras de Wilson Batalha⁵³, o direito intertemporal é necessário pois:

“o tempo jurídico é dividido em pedaços, como o espaço. O tempo jurídico corta, opera dividindo, secando. Não é fluxo contínuo, não constitui um desenrolar-se, um envolver, um transformar-se. Opera por cortes e saltos numa realidade que insta, dura e se transforma paulatinamente. O tempo jurídico, na fixação dos termos e dos prazos, fatais, peremptórios, improrrogáveis, corta a realidade que dura, distinguindo a legalidade de hoje, separando a validade do que se fez ontem e a invalidade do que se faz hoje, o útil de hoje e o útil de amanhã, a perda e a aquisição, o castigo dos que dormiram até o dia “x” e o prêmio dos que permaneceram em ativa vigília até a data”.

Pelo fato do tema está situado na dinâmica de criação e renovação da lei, faz-se indispensável traçar um paralelo entre direito intertemporal e irretroatividade legal, demonstrando tratar-se de institutos diferentes, apesar de ambos incidirem sobre esta dinâmica ressaltada.

---

⁵¹ **CARDOSO**, José Eduardo Martins. Da retroatividade da lei. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.22

⁵² **HOLANDA FERREIRA**, Aurélio Buarque. Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa. São Paulo: Nova Fronteira. p. 224.

⁵³ **BATALHA**, Wilson de Souza Campos. Direito intertemporal. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.15.

3.1.2 – Relação ente direito intertemporal e irretroatividade legal

Com as mudanças constantes das vivências sociais, faz-se premente a existência de institutos jurídicos que tratem dessa relação entre o passado e o presente. Estes nascem, exatamente, pela própria natureza do direito que surgiu e servem para regular a vida em sociedade, pois, na lição de Miguel Reale⁵⁴:

“aos olhos do homem comum o Direito é lei e ordem, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros. Assim, quem age de conformidade com essas regras comporta-se **direito**; quem não o faz, age **torto**. (...) O Direito é, por conseguinte, um fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela”.

Se o direito está para a sociedade e esta, por sua vez, é altamente dinâmica, aquele tem que se adequar às novas necessidades sociais sempre que se faça necessário. Se a sociedade é dinâmica, o direito necessariamente também terá que ser dinâmico e desse dinamismo surgem problemas intertemporais, ou seja, como se tratará situações jurídicas passadas e presentes à luz desse mecanismo de adaptação legal.

Clóvis Beviláqua⁵⁵ deixa claro o que se deve entender por direito intertemporal quanto salienta: “Os preceitos do direito intertemporal ou transitório são regras estabelecidas pelo legislador ou criadas pela ciência, para conciliar aplicação da lei nova com as conseqüências da lei anterior”. Conforme já ressaltado, trata-se de interação entre preceitos, integração no tempo.

Já a irretroatividade diz respeito à impossibilidade de um ato ou fato jurídico não poder atingir o passado ou incidir sobre atos ou fatos já consumados. Dessa forma, na esfera jurídica, enquanto o direito intertemporal diz respeito à persistência de um direito

---

⁵⁴ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 1

⁵⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora Rio (edição Histórica), 1975, p. 25.

mesmo que a lei que o amparava tenha sido revogada – onde se inclui o direito adquirido -, a irretroatividade estabelece que a lei nova não possa retroagir para atingir situações passadas. Apesar dos dois institutos serem parecidos, são fenômenos distintos: um garante que a lei não retroage e o outro, garante a intocabilidade de certos direitos à luz de uma nova legislação que trate da matéria de maneira diversa.

Constatam-se na doutrina duas grandes teorias sobre a irretroatividade, quais sejam: a *Teoria Subjetiva*, também conhecida como *Teoria Clássica ou do Direito Adquirido*, onde se estabelece o entendimento que o *direito adquirido* é um direito individual, subjetivo e a *teoria objetiva* que visa o amparo a situações jurídicas, fatos realizados, concepções orgânicas dos fatos ou relações jurídicas e vinculadas à interpretação. A primeira servirá de análise neste trabalho, pois a partir dela, surgindo um conflito de lei no tempo, deverá ser respeitado o direito adquirido. Assim, pode-se afirmar que o problema da eficácia da lei no tempo é um dos mais difíceis do direito, a começar pela própria denominação que varia de autor para autor, sendo possível encontrar dentre outras as seguintes denominações: teoria da retroatividade das leis, teoria da irretroatividade, teoria dos direitos adquiridos, questões de direito transitório, etc, apesar de para nós não serem estas expressões sinônimas.

Independentemente do nome que se dê ao instituto, o que nos vale para esta pesquisa é que o direito intertemporal é composto por “um conjunto de soluções adequadas a atenuar os rigores da incidência do tempo jurídico com o seu poder cortante e desmembrador de uma realidade que insta e perdura.”⁵⁶

---

⁵⁶ **BATALHA**, Wilson de Souza Campos. *Direito Intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.17.

A política de irretroatividade legal, segundo os ensinamentos de Ivo Dantas⁵⁷ constitui-se numa “manifestação-opção da Ideologia Constitucional de cada Estado”, acarretando com isto a interpretação de que é ato de soberania nacional recepcionar ou não tal instituto e, uma vez adotado, deverá servir como limite, dependendo do caso, à atividade judicial (o que é mais comum) e à atividade legislativa, endereçado ao Poder Reformador (no caso do Brasil, como Limites Materiais ou Cláusulas Pétreas), para que se garanta um mínimo de segurança jurídica, que é o próprio fundamento do princípio da irretroatividade.

3.2 – Categorias de Direito intertemporal

Com a dinâmica social, a cada instante se proporcionam novas condutas humanas que precisam ser regulamentadas. Assim, toda norma jurídica opera a partir da descrição de fatos, aos quais atribui determinados efeitos. O tempo de realização do direito é que determina a incidência desta norma aos fatos sociais, o que vai acarretar conflitos temporais na medida em que se faz necessário um novo tratamento para determinadas matérias em prol do social. Mas nem tudo é possível mudar, pois, apesar da necessária mudança, é indispensável (como já se disse e insistimos na repetição) que se tenha um mínimo de segurança jurídica para a manutenção da ordem.

Nesta linha de raciocínio, autores há, como José Eduardo Martins Cardozo⁵⁸, que apontam uma *intertemporalidade conflitual* e uma *intertemporalidade não-conflitual*.

Ressalta:

---

⁵⁷ DANTAS, Ivo. Direito Adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.25

⁵⁸ CARDOZO, José Eduardo Martins. Da retroatividade da lei. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.33

“definiremos como ‘*intertemporalidade não-conflitual*’ a expressão do fenômeno global denominado ‘intertemporalidade’, que se manifesta na perspectiva temporal propiciada exclusivamente pelo movimento jurídico no plano estritamente normativo. Engloba assim, em linhas gerais, os problemas relativos ao início e ao fim da vigência de uma norma jurídica (em si mesmos considerados). Já por ‘*intertemporalidade conflitual*’ denominaremos a expressão do fenômeno global denominado ‘intertemporalidade’, que se manifesta na perspectiva temporal propiciada pela aparição conjunta e interativa dos movimentos empreendidos pelo plano normativo e pelo plano fático. Abarca, por conseguinte, todo o conflito de normas no tempo, ou seja, as questões acerca da aplicabilidade das normas a fatos acontecidos antes e durante a sua vigência, a ofensa por uma lei de uma situação jurídica preestabelecida, etc”. (Itálicos nossos)

Apesar de respeitarmos a opinião referida, se pararmos para refletir sobre a incidência da lei, não podemos fugir da conclusão que sempre haverá um conflito a ser solucionado, senão, em relação à lei que caduca com a que surge (intertemporalidade), haverá o conflito social, sobre o qual, a nova lei deverá incidir para regular.

Faz-se de extrema importância, no estudo das categorias diintertemporalidade, que tem como base um conflito de lei no tempo, identificar o que são *atos passados, presentes, futuros e pendentes*, para uma melhor elucidação da possibilidade de aplicação do instituto do *Direito Adquirido*, pois, não obstante a intenção do legislador, é perfeitamente possível que a nova lei não resguarde situações jurídicas que devam ser alcançadas dos efeitos da nova legislação, e é o que se abordará nos próximos tópicos.

3.2.1 – Fatos passados

Levando em consideração que a lei passa a ser exigível no momento em que entra em vigor, podemos identificar como *atos passados* aqueles que existiam antes da sua vigência, ou seja, os fatos que lhe antecedem a vigência e eficácia do novo texto legal. Estes, dentro do ordenamento jurídico, eram, ao seu tempo, reconhecidos por alguma norma que os amparavam. A título de exemplo podemos citar a questão da adoção, onde os filhos havidos pela adoção eram considerados filhos ilegítimos, e com a Constituição de

1988, passaram a ser legítimos. Neste sentido, prescreve o texto em seu art. 227, § 6º: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Neste caso específico, o fato de alguém ter em seu registro de nascimento a expressão “filho ilegítimo” porque fora registrado antes da Carta Magna de 88, não ensejará nenhuma discriminação, apesar do ideal ser a mudança do registro. Nem todos têm acesso às modificações do ordenamento jurídico para saber que este registro já não condiz com a nova realidade jurídico-constitucional.

A única coisa válida é que este filho terá os mesmos direitos dos demais e que ninguém poderá discriminá-lo por ter sido adotado. E mais, a qualquer momento que queira modificar este registro será possível pelo amparo que lhe é dado pelo texto constitucional.

Neste sentido, demonstra-se que mesmo os fatos passados e amparados pela legislação da época em que foram realizados, poderão ser atingidos pela modificação constitucional, desde que proporcionem uma vantagem ao sujeito de direito. É a dinâmica legal em prol do cidadão, ou seja, a retroação benéfica que não se aplica apenas a esfera penal, como no caso acima exposto.

Vejamos outra situação: se uma pessoa incorpora ao seu patrimônio individual algum tipo de direito ou vantagem que se consubstanciou sob a égide de uma lei, como, por exemplo, um servidor público que depois de cinco anos de efetivo exercício público fez *jus* ao quinquênio, a vantagem se incorpora ao seu salário, e mesmo que sobrevenha uma nova lei que retire do serviço público tal vantagem, como ocorreu com a legislação nacional, todos os servidores que já tinham adquirido este direito permaneceram no gozo

deles, sem que ninguém pudesse retirá-los, pois esta seria uma retroação maléfica e, portanto, inaceitável, com base na segurança jurídica das relações de direito.

3.2.2 – Fatos presentes

Para a nossa análise, levamos em consideração a entrada em vigor da lei como marco de eficácia dos seus preceitos, e todo ato ou fato jurídico que ocorra neste exato momento pode ser considerado fato presente. Não podemos deixar de esclarecer que nem todo ato ou fato jurídico realiza seus efeitos de imediato, pois isto ocorre com o esgotamento do mesmo, ou seja, quando se torna eficaz⁵⁹. Contudo, no trato dessa espécie de fato, vale ressaltar que aquilo que agora é presente em instantes se torna passado, porque o presente é sempre tão fugaz como a própria idéia de tempo. E é por desacreditar na possibilidade de um presente que se desvai pelos nossos dedos que não me deterei nesta análise, bem como por acreditar que toda norma jurídica opera a partir da descrição de fatos, aos quais atribui determinados efeitos. Estes, por sua vez, serão cobrados num futuro, ou seja, posterior ao presente da ação que incida esta norma. A ocorrência do fato é que se localizará no presente legal, ou seja, no momento da situação factual, a lei que vigorava era aquela à época da conduta. Fatos presentes são aqueles cuja existência é contemporânea ao momento inicial de vigência do ato legislativo, assim tudo que ocorrer sob a égide da lei vigente ao seu tempo é fato presente. Estes só importarão para na apreciação do *direito adquirido* com base nos seus reflexos ou conseqüências no futuro.

Para fundamentar meu pensamento assevero que nem mesmo acabei de escrever este parágrafo, isto já se enquadra como passado na minha vida. E se é passado, entra na

---

⁵⁹ Para maior esclarecimento sobre a diferença entre validade, vigência e eficácia Cf. **FERRAZ Jr**, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

classificação acima descrita. Assim, o presente é tão fugaz que só nos resta vivê-lo intensamente e aproveitar suas benesses e todas as conseqüências virão no futuro. É para isso que existe a garantia do *direito adquirido*.

3.2.3 – Fatos futuros

Não há o que se questionar sobre esta categoria de fatos, pois são os que ocorrem posteriores ao início de vigência da lei. Ora, para os efeitos da intertemporalidade, fatos futuros abrangem tanto os fatos situados dentro do limite temporal de vigência da lei de referência, desde que pendentes de condição ou termo a serem efetivadas posteriores ao seu início de vigência, quanto os situados já sob o domínio de vigência de legislação revogadora superveniente. Ora, se todos os fatos que ocorram depois da entrada em vigor da lei são considerados futuros, isto só embasa o nosso ponto de vista da ausência de fatos presentes, senão vejamos: fatos futuros são os fatos ocorridos da entrada em vigor da lei em diante, o que abrange os fatos futuros propriamente ditos e, igualmente, os fatos presentes, que são aqueles cuja existência é contemporânea ao momento inicial de vigência do ato legislativo.

Nos casos conduzidos pela nova realidade jurídica, porque ocorreram depois da entrada em vigor da mesma, não há que se falar em conflitos. Aplicar-se-á a lei nova sem restrição. O que vai importar para a intertemporalidade são os efeitos dos atos passador que se projetam para o futuro e que dependam de uma mínima segurança.

3.2.4 – Fatos pendentes

Estes, em nossa opinião, são os mais importantes em relação à adequada compreensão dos problemas da intertemporalidade jurídica, pois é a matéria-prima do direito intertemporal, uma vez que, iniciados anteriormente ao início de vigência da lei, se prolongam no tempo, ultrapassando esse marco temporal, dificultando ao aplicador do direito qual deveria ser a melhor lei para aquele caso concreto. É exatamente aqui que surge o dilema da retroatividade e eficácia imediata, tão importante para o tema pesquisado.

José Eduardo Martins Cardozo⁶⁰ elucidada:

“a eficácia imediata da lei não pode ser restringida à mera aplicação da lei nova às situações em curso (*facta pendentia*). Sua definição embora se circunscreva ao campo delimitado, de um lado, pelo efeito retroativo, e de outro pelo efeito futuro da lei nova, não pode deixar de ser compreendida em dimensões mais abrangentes do que a simples incidência de um diploma legislativo a fatos ou situações jurídicas nascidas sob a égide da lei velha e que se encontram em curso no momento temporal em que se processa a mudança legislativa. Remonta esta conclusão à elementar evidência de que, no momento da entrada em vigor da nova lei, não só situações já nascidas sob o império da lei velha e que se encontram pendentes podem se ver atingidas de imediato pela pronta eficácia desta, mas como também novos fatos ou realidades jurídicas podem ter imediata valoração ou modificação jurídica em decorrência do início de sua vigência. (...) Enquanto os efeitos imediatos, como já salientado, são aqueles que temporalmente coexistem na sua projeção com o momento da entrada em vigor da lei, os efeitos futuros são os que se fazem verificar no lapso de tempo que se segue a esta. Em outras palavras: efeitos futuros são aqueles que se projetam em momento temporal subsequente ao da entrada em vigor da lei”.

Assim, os fatos pendentes, que tiveram seu nascedouro na vigência de uma lei anterior, receberão a incidência de uma lei nova, por tratar da matéria relacionada a este fato de forma diferenciada; e como o fato ainda estava por se consolidar no tempo, carente de eficácia, será atingido pelos efeitos da nova lei, a não ser que haja a exceção expressa no sentido contrário.

Diante do exposto, fica claro que os fatos presentes e futuros, por sofrerem a incidência da lei nova, não acarretam preocupação sob o ponto de vista do direito

---

⁶⁰ CARDOZO, José Eduardo Martins. Da retroatividade da lei. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1995, p. 99.

intertemporal. A não ser que seus efeitos se projetem no tempo e sofram a incidência de uma nova legislação. Contudo, neste particular, estaremos diante de um fato pendente, que já fora demonstrado a sua total ligação com o instituto em apreço.

Matos Peixoto⁶¹ esclarece sobre os três graus de retroatividade:

“a máxima (ou restitutória), que ‘restitui as partes ao *statu quo ante*’; a média, ‘quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de atos jurídicos verificados antes dela’; e a mínima (temperada ou mitigada), ‘quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor’”.

E completa o raciocínio: “Dúvida não há de que, se a lei alcança os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa, porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado”.

Quanto aos fatos passados e, portanto, realizados à luz de legislação anterior à nova perspectiva de tratamento com determinadas matérias, é que constituem a nossa maior preocupação, pois é aí que se localizam os *direitos adquiridos*, centro da nossa pesquisa e profunda preocupação.

Encerramos este capítulo inaugural com a advertência pontual de José Eduardo Martins Cardozo⁶² que ressalta:

“o Direito Intertemporal, não pode, a pretexto de maximizar a previsibilidade jurídica, criar mecanismos que impeçam o movimento de normas no tempo, ou que impeçam a projeção de seus efeitos de forma a impedir o seu processo de ajustamento à realidade em transformação... Temos, portanto, que todo conjunto de soluções atinentes aos problemas suscitados pela intertemporalidade jurídica deve necessariamente ser edificado ante a pressão destes dois valores apostos. Sua formulação deve buscar, ao máximo, a previsibilidade jurídica, sem afetar, porém, as possibilidades de movimento e de ajuste do sistema normativo à cambiante vida social. Será do respeito à interpretação destes valores contrários que nascerá a unidade e a viabilidade das construções que se fizerem no campo do Direito Intertemporal”.

---

⁶¹ PEIXOTO, Matos. As leis de ordem pública e de direito público em face do princípio constitucional da irretroatividade, Revista da Procuradoria-Geral da República, Brasília, v.1, p.13 e s.

⁶² CARDOZO, José Eduardo Martins. Da retroatividade da lei. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. P.106

CAPÍTULO IV

DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL A UMA INTERPRETAÇÃO POLÍTICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA TAXAÇÃO DOS INATIVOS

Depois de assistirmos atônitos várias decisões do nosso Tribunal de Cúpula, o Supremo Tribunal Federal, passamos a examinar a sua importância e reflexos na sociedade.

Diante disso e por refletir diretamente no tema central da nossa pesquisa, resolvemos abrir um capítulo específico para o estudo. Partiremos da composição deste Tribunal, onde analisaremos os impactos negativos da flexibilidade na indicação dos nomes a concorrerem à vaga e a apreciação dos votos de dois Ministros, na época da apreciação de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Nelson Jobim, hoje aposentado, e Carlos Velloso. Optamos por confrontar os votos dos dois Ministros nas duas ações porque ambos mudaram suas opiniões com relação ao tema questionado, o direito adquirido dos aposentados de não sofrerem a taxaço, no intervalo das duas ações, ou seja, se posicionaram de forma diferenciada sobre a mesma questão nas duas oportunidades referidas. Assim, compararemos os votos dos dois Ministros, de modo a enfatizar a idéia principal que fundamentou cada tomada de decisão. De forma crítica, demonstraremos a incompatibilidade entre os argumentos sustentados nos dois momentos, bem como alguns trechos dos votos proferidos pela atual Presidente do Supremo, Ministra Ellen Gracie, como sustentáculo da nossa argumentação de que é inconstitucional a taxaço dos inativos e pensionistas.

As referidas Ações Diretas de Inconstitucionalidade tiveram por objeto a declaração de incompatibilidade das emendas constitucionais n.º 20 e 41, com o texto da Constituição

Federal de 88, por alterarem dispositivos da carta Magna concernentes, basicamente, à taxaço dos servidores públicos inativos e pensionistas. Esta taxaço pode representar a flexibilizaço de ponto chave da Constituiço: as chamadas cláusulas pétreas, que envolvem os direitos adquiridos e que, por questões de segurança jurídica, deverão ser amparados de forma incontestada, sobretudo num país onde a democracia tem sido tratada de forma tão aberta.

Não estamos preocupados neste trabalho em contestar algo que já está consolidado com base nas decisões tomadas pela Corte Suprema. Queremos demonstrar a nossa indignaçao e propor soluço viáveis que possam colaborar para a melhoria social e jurídica do nosso país.

O desconto previdenciário de 11% para aposentados e pensionistas é um dos pilares da reforma da Previdência aprovada pelo Congresso em dezembro de 2003. Para servidores da União a cobrança seria sobre a parte dos proventos que excedesse a R\$ 1.505,17; nos Estados, a alíquota deveria ser aplicada sobre o que suplantasse o valor de R\$ 1.254,38. A taxaço de servidores públicos aposentados e pensionistas começou a valer sobre os vencimentos de junho/04, no plano federal, e sobre os contracheques de julho, no caso dos Estados, depois de cumprir os períodos de noventa.

A questão é tão polêmica que a Associação Nacional dos Membros de Ministério Público (CONAMP) e a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) ingressaram com ações diretas de Inconstitucionalidade contra a cobrança, com o argumento de que a taxaço feria direitos adquiridos e anularia o caráter contributivo do sistema previdenciário brasileiro – quem está na ativa é que contribui para financiar a aposentadoria. Aliás, este era o argumento sustentado pela Suprema Corte.

A questão se transformou em uma das principais batalhas jurídicas do governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que outrora era radicalmente contra a medida quando

era oposição ao governo de Fernando Henrique Cardoso de Melo. A votação das ações de inconstitucionalidade pelo STF havia sido interrompida no dia 25 de maio de 2004, quando o placar era desfavorável ao Governo Federal. Por dois votos a um, o Planalto perdia quando o Ministro Cezar Peluso pediu vistas. Se o Supremo derrubasse a cobrança, a União deixaria de arrecadar R\$ 875 milhões anuais com a taxaçoão de 24 mil servidores inativos do executivo, segundo projeção do Ministério do Planejamento. No Rio Grande do Sul, o prejuízo chegaria a R\$ 254 milhões nos três poderes, com a cobrança de 165 mil inativos.

Diante destes argumentos prévios, nos vêm uma indagação: no governo passado era diferente a situação da Previdência, para que o nosso atual Presidente se colocasse de forma tão radical contrário à taxaçoão dos inativos? Acreditamos que não! O problema é apenas de interesses circunstanciais. Hoje ele é governo, tem interesse direto sobre a causa, independentemente das conseqüências sociais que tal decisão poderá acarretar.

Passaremos a apreciar a composição do STF, para demonstrarmos a fragilidade de sua composição na influência possível de suas decisões.

4.1 – Forma de composição do Supremo Tribunal Federal.

Abrimos um tópico para esclarecer a forma de composição do Pretório Excelso, por entendermos que ela prejudica e afronta a democracia, pois quem decidirá em última e única instância sobre a constitucionalidade ou não das leis e atos normativos, é um órgão que se compõe de pessoas escolhidas através de um ato complexo entre o Poder Executivo e o Legislativo, tornando assim, esta decisão de cunho político, quando o Poder Judiciário

ficou encarregado de garantir aos cidadãos a estrita legalidade, por isso ficou encarregado de ser o Guardião da Constituição Federal.

A indicação de pessoas para comporem a cúpula do Poder Judiciário brasileiro é competência exclusiva atribuída ao Presidente da República, desde o início do sistema republicano.

A carta Magna de 88 não deu tratamento diferenciado à matéria, impondo poucos limites à atuação do executivo na sua escolha discricionária, estabelecendo apenas a idade mínima do cidadão de 35 anos e menos de 65, notável saber jurídico e reputação ilibada, tudo conforme preceitua o *caput* do artigo 101 da Constituição da República Federativa do Brasil. O primeiro dos requisitos é justo para se enquadrar às regras gerais de composição de todas as cúpulas dos outros poderes e a idade máxima para se ajustar às regras para possível aposentadoria no serviço público. O segundo dos requisitos é regra de pura valoração, pois não se estabelece os critérios claros para se averiguar esta notoriedade jurídica, ficando apenas ao crivo dos decisores da indicação. Falamos decisórios por ser a nomeação do Ministro um ato complexo, como já ressaltado, a ser exercido no primeiro instante pela indicação do nome feita pelo Presidente da República e, em seguida, pelo pronunciamento da casa Parlamentar, com aprovação pela maioria absoluta do Senado, através de votação secreta, após arguição pública do candidato à vaga, a famosa e ineficaz sabatina, o que torna o processo muito fragilizado, no sentido de não podermos identificar quais os Senadores que deliberam de forma consciente ou, simplesmente, por puro interesse político.

As decisões proferidas pelo STF nos últimos tempos, têm trazido à baila e posto em evidência este órgão e, sobretudo, a forma de nomeação dos seus integrantes. Em todos os meios de comunicação têm se observado pesadas críticas ao nosso método de escolha desta Corte Constitucional. Falamos Corte pela função de guardião da Constituição Federal que

ela exerce. A questão se tornou tão séria que o Senador Jefferson Peres propôs uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC), retirando do Presidente da República a competência exclusiva da escolha. Este pleito fundamentou-se nos riscos que correriam os cidadãos em ter num órgão estritamente jurídico, decisões puramente políticas.

A crise se agravou ainda mais, quando foi ventilada, em janeiro do corrente ano, a possibilidade de políticos do Partido dos Trabalhadores (PT) comporem a lista de candidatos para suprirem as próximas vagas deste órgão. Os nomes sinalizados foram do ex-ministro da Educação e ex-presidente do Partido (PT) Tarso Genro e dos dois Deputados, Sigmaringa Seixas e Luiz Eduardo Greenhalgh. Demonstrar-se-ia, desta forma, que a escolha estaria se dando pelo fato destas pessoas comungarem das mesmas ideologias políticas do nosso atual Presidente da República. Numa perspectiva sociológica, seria natural esta escolha, porém o cargo ao qual se destina investir é de relevância significativa na ordem constitucional, pelas competências que foram dirigidas a este órgão.

A lista de candidatos é enorme. No mês de janeiro passaram de onze para 28 nomes dentre colegas de partido, como já demonstrado, advogados, promotores e juízes, muitos deles com currículo impecável e longo histórico profissional no direito. Felizmente, a escolha entre os petistas foi substituída pelos nomes de três mulheres: Cármen Lúcia Antunes Rocha, Misabel Derzie e Maria Lúcia Karan. Sem sobra de dúvida, o Presidente Lula gostaria de entregar a toga da mais alta corte a um companheiro partidário, porém a escolha política foi descartada em prol de uma escolha técnica. Não se sabe se o bom senso falou mais alto no sentido de não ser o STF lugar para políticos ou apenas agiu calculando a possibilidade de, até antes do final do seu mandato presidencial, poder nomear mais um Ministro. No dia 26 de maio do corrente ano, ele nomeou Cármen Lúcia Antunes Rocha, que será a segunda ministra mulher a integrar o STF. Com esta escolha ele contabilizou a indicação de seis integrantes para a mais alta Corte de Justiça do país, que é formada por

11 Ministros. Este dado é de extrema importância pelo fato de caber a este tribunal o julgamento das ações criminais contra autoridades como o próprio Presidente da República, congressistas e a constitucionalidade de leis, atos normativos e emendas constitucionais. Além desta indicação feminina, Luiz Inácio Lula da Silva indicou para compor o STF os ministros Antônio Cezar Pelluso (2003), Carlos Ayres Britto (2003), Joaquim Barbosa (2004), Eros Grau (2004) e Enrique Ricardo Lewandowski (2006).

Desde a sistematização da tripartição dos poderes estatais, o Poder Judiciário ficou incumbido de administrar a justiça com a função importantíssima que é ser o verdadeiro guardião da Constituição Federal.

Segundo Eugênio Raul Zaffaroni⁶³ “a chave do poder judiciário se acha no conceito de independência”. A independência judicial constitui um direito fundamental dos cidadãos, inclusive o direito à tutela judicial e o direito ao processo e julgamento por um tribunal independente e imparcial. Como isso poderia ocorrer com a nomeação para a alta corte do judiciário de amigos políticos que, em determinados momentos, poderiam julgar não através da estrita legalidade, mas, sim, utilizando-se de conveniências circunstanciais, partidárias e até pessoais, deixando à margem os princípios mais basilares do Direito, acarretando uma afronta direta e grave ao instrumento que ele próprio deveria zelar.

Infelizmente, este tipo de manobra tem sido observada por todos nós brasileiros, ao ponto de fazer surgir estudos sobre esta mudança que expõem os nossos Ministros. Não queremos transformar o Supremo numa corte formalista, pois com isto estaríamos desconectando suas decisões da dinâmica social, porém seus posicionamentos deverão ser pautados em princípios sustentáveis que não tragam impactos negativos na vida do país; devem agir com prudência, razoabilidade e proporcionalidade em suas decisões. Contudo, o que se tem visto é a demonstração de interesses pelo jogo partidário e por cargos

---

⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário. Trad de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. P. 87.

administrativos. Parece que isso está virando tradição no Brasil. Quem não lembra de Francisco Rezek, que saiu do tribunal para participar do governo de Fernando Collor de Mello e que foi reconduzido ao STF pelo próprio Collor? E o sempre e constante político Nelson Jobim, que nunca se escusou de dar declarações típicas de um congressista sobre os governos que passam? Tudo isso e muito mais nos leva a pensar num Supremo se transformando numa espécie de “partido de toga”, com seu elenco cada vez mais propenso a decidir com base em interesses eleitoreiros e não jurídicos.

Esperamos que a próxima indicação de Lula tome por parâmetro Cezar Peluso, que já chegou “pronto” ao Supremo, pois sendo juiz de carreira se destacou de imediato nas decisões proferidas naquela corte, provando que a experiência é fundamental.

Passaremos, no próximo tópico, a analisar os votos dos ministros nas ADINs n.º 2.010-2 e 3.105-8.

4.2 – Análise dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Iremos analisar criticamente, neste tópico, os votos proferidos por dois Ministros do STF em duas ADINs, 2.010-2 e 3.105-8, por identificarmos a incongruência nos seus argumentos, uma vez que trataram da mesma matéria, a taxaço dos inativos, em dois momentos distintos, com teses totalmente diversas. A escolha dos Ministros Nelson Jobim e Carlos Velloso se deu por terem os mesmos, participado das duas votações e terem mudado de opinião sem nenhuma justificativa plausível. Usaremos os argumentos deles próprios e dos seus pares para comprovar a nossa tese de guarida dos *direitos adquiridos*, mesmo sem negar que faz-se necessária uma visão política em todas as esferas públicas, mas não politicagem na mais alta corte de justiça do nosso país.

Como esclarecimento metodológico, informamos que transcreveremos parte dos votos proferidos pelos Ministros Nelson Jobim e Carlos Velloso e colocaremos na íntegra, no anexo um, os mesmos para maiores esclarecimentos. Começaremos os contra-argumentos aos posicionamentos de Jobim, para só então contestarmos os de Velloso.

4.2.1 – Contestando os votos proferidos pelos Ministros Nelson Jobim

Em seu voto na ADIN 2010, o Ministro Nelson Jobim deixa bastante claro, por duas vezes, que o Congresso Nacional absteve-se conscientemente de incluir na reforma previdenciária a taxaçoão dos inativos.

o Congresso Nacional absteve-se – quando votou a Emenda n.º 20 – conscientemente, no contexto da reforma do modelo previdenciário, de fixar a necessária, matriz constitucional, cuja instituição se revelava indispensável para legitimar, em bases válidas, a criação e a incidência dessa exação tributária sobre o valor das aposentadorias e das pensões’. Na mesma ementa, lemos adiante: ‘a única base constitucional – que poderia viabilizar a cobrança, relativamente aos inativos e aos pensionistas da União, da contribuição de seguridade social – foi conscientemente excluída do texto...’

Sem nenhum nexco causal, na apreciação da ADIN 3105 ele ressalta que na emenda constitucional 41 os nossos congressistas incluíram no texto constitucional uma decisão política que somente aquela casa parlamentar poderia fazê-la. Acreditamos, por uma questão lógica, que se houve uma ADIN anterior que questionava a constitucionalidade da taxaçoão, ela foi introduzida pelo Congresso e o Supremo, na oportunidade, embasado numa argumentação jurídica, reconheceu pela inconstitucionalidade.

Ficamos extasiados com a mudança radical de posição do Ministro onde em seu primeiro voto deixou claro que o Congresso Nacional teria agido de forma consciente quando não estabeleceu a taxaçoão dos inativos, depois disse claramente em seu voto que aquela casa parlamentar decidiu politicamente e que só caberia a ela fazê-lo. E a consciência anterior alegada, onde se encontra?

O Ministro Maurício Corrêa, em seu voto na ADIn 2.010-2 ressalta:

“o simples fato de se impor contribuição ao aposentado é algo que contraria a própria natureza das coisas. Trabalhando no serviço público durante anos a fio, o servidor aposenta-se e logo depois edita-se lei para tirar-lhe substancial parte daquilo que teria de receber em face da prestação de serviço efetivada ao longo de sua vida”.

Outro ponto crucial a ser observado diz respeito à alegação feita por ele quanto à taxação ser destituída da necessária causa suficiente. Se o servidor já goza da aposentadoria, por ter adquirido este direito, é porque recolheu a contribuição de acordo com os ditames legais da época da sua aquisição. Este argumento foi acolhido pela Ministra Ellen Gracie. Sem nenhuma plausibilidade o Ministro alega que o equilíbrio atuarial não remete a noção de direitos e deveres individuais, que não tem nada a ver com relação a pagar e ter que receber. Porém esta afirmação esbarra num princípio tributário que proíbe a tributação com efeito de confisco, que o Ministro Carlos Velloso utilizou a apreciação da ADIN 2010:

“É que a Constituição não tolera a utilização de tributo com efeito de confisco (CF, art, 150, IV). Como se chega a essa conclusão? Qual seria o conceito de ‘tributo com efeito confiscatório’? O conceito é indeterminado, caso em que o juiz laborará em área que chamaríamos de ‘área cinzenta’. Em primeiro lugar, a questão, ao que me parece, deve ser examinada no conjunto de tributos que o servidor pagará, no seu contracheque, dado que se trata de tributo incidente sobre o vencimento, salário ou provento. Esse é, também, o entendimento de Ives Gandra da Silva Martins (‘Commentários à Constituição do Brasil’, Saraiva, vol. IV, págs.161 e segs.), como lembrado pelo Sr. Ministro Relator. Ademais, o efeito de confisco se caracteriza, sobretudo, no fato, por exemplo, de o servidor, em razão da exigência fiscal, ter que se privar de bens ou utilidades de que vinha se utilizando”.

Apesar da linha demarcatória do confisco não ter sido bem desenvolvida, em nível de matéria tributária, pois todos os trabalhos que até aqui tentaram resolver esta problemática ainda não chegaram a uma decisão científica, não podemos deixar de lado um mínimo de racionalidade para afirmarmos que se estamos sendo cobrados por algo que não demos causa e que não teremos nenhum benefício posterior, estaremos diante de um típico confisco.

Temos que estabelecer ainda outro princípio tributário, o da irretroatividade das leis, que nas palavras de Carvalho⁶⁴

“As leis não podem retroagir, alcançando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. É o comando do art. 5º, XXXVI. Nesse princípio, que vem impregnado de grande força, podemos sentir com luminosa clareza seu vetor imediato, qual seja a realização do primado da segurança jurídica. Qualquer agressão a essa sentença constitucional representará, ao mesmo tempo, uma investida à estabilidade dos súditos e um ataque direto ao bem da *certeza jurídica*. Trata-se, outro vez, de princípio no sentido de norma superior que estabelece limites objetivos”.

Importante destacar também o questionamento feito pelo Ministro Carlos Ayres Britto, que apesar de ter sido indicado pelo Presidente Lula, não se rendeu aos seus caprichos e votou de forma consciente quando enfatizou : “- Se apenas a lei não pode ferir o direito adquirido e a emenda, por conseqüência, poderia fazê-la, concluiremos: então, a emenda pode também ferir a ato jurídico perfeito e até a coisa julgada”. Como não teria como sair desta encruzilhada, a resposta oportunista não poderia ser outra, o Ministro Nelson Jobim tratou de encerrar o debate alegando que não poderiam estender o debate, pois não resolveria nada e ainda enfatizou: “- refiro-me, exclusivamente à lei. Num momento oportuno, debatarei com V. Ex^a. O outro ponto”. Como se pode admitir que um órgão com tamanha responsabilidade possa banalizar discussão tão séria como esta? É claro que se uma Emenda Constitucional pode modificar um direito adquirido, não faltará nada para que ele possa também atingir a coisa julgada e o ato jurídico perfeito. Não precisa ser nenhum intelectual para se chegar a esta conclusão, contudo por se tratar da Corte Suprema de Justiça brasileira o povo deverá acatar e se calar diante de todas essas irregularidades? Não, não podemos deixar o poder que foi gerado para possibilitar a melhoria social, ser um mecanismo de deturpação da ordem coletiva e jurídica. O Ministro Nelson Jobim, fugiu do debate que poderia trazer lisura as decisões que foram tomadas

---

⁶⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.151.

naquela época. Ele deveria ter acatado o posicionamento do Ministro Calos Ayres Britto quando se travou um debate sobre os limites do poder reformador:

“Não sou adepto do neoconstitucionalismo, permaneço fiel à Emmanuel Joseph Sieyès, citado pelo eminente Presidente; acho que ele foi insuperavelmente o grande intelectual no campo da dicotomia: poder constituinte – poder reformador”.

Para enfatizar este posicionamento, trazemos à baila os ensinamentos da mais nova Ministra do Supremo, A Prof^a. Carmen Lúcia Antunes Rocha⁶⁵:

“Somente pela ação do poder constituinte originário – cujo processo não é deflagrado apenas pelo eventual vontade de um governante ou de um grupo que chegue ao poder – se podem desfazer situações constituídas, solapar direitos anteriormente aceitos como coerentes com os princípios e valores antes acatados. Somente pela atuação do poder constituinte originário se podem desconstituir o **direito adquirido**, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, nos termos do sistema constitucional vigente (art. 5º, XXVI, da Lei Fundamental da República). O mais, é fraude à Constituição, é destruição da Constituição em seus esteios-mestres. Quando, por meio de uma reforma constitucional, se investem contra situações firmadas em condições jurídicas pretéritas sobre as quais retroagem as novas normas, não se tem como prejudicado apenas o princípio do direito adquirido, mas também o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Este posicionamento já foi por nós defendido, o que nos traz um alento, porém fizemos questão de trazê-lo pelo peso que a jurista representa no mundo jurídico, sobretudo agora que assumiu o cargo na mais alta Corte de Justiça brasileira. Além do mais, é preciso não esquecer que as emendas constitucionais podem conter vícios que acarretarão a sua incompatibilidade com o texto Constitucional que irão aderir. Por isso a possibilidade de sofrerem o controle de constitucionalidade, especialmente em face do núcleo amparado pela imutabilidade supressora, inscrita no art. 60, § 4º, da Carta Política, denominada de cláusulas pétreas.

O Ministro Celso de Mello, na apreciação da ADIn nº 939, deixou claro este posicionamento:

“As denominadas cláusulas pétreas representam, na realidade, categorias normativas subordinantes que, achando-se pré-excluídas, por decisão da Assembléia Nacional Constituinte, do poder de reforma do Congresso Nacional, evidenciam-se como temas insuscetíveis de modificação pela via do poder constituinte derivado”.

⁶⁵ **ROCHA**, Carmen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 109.

Na primeira ADIN (2.010-2) ele estabeleceu uma diferença entre o sistema público de previdência do sistema geral de previdência privada. Argumentou que no sistema geral há uma relação entre a contribuição e o valor do benefício, relação essa que não existe no sistema público de previdência. Neste, o valor do benefício da aposentadoria está vinculado ao valor dos seus vencimentos, da sua remuneração, em atividade.

Alertamos, contudo, que a Constituição Federal no seu artigo 40, § 3º, trata de estabelecer um liame entre a aposentadoria do servidor público com as regras do regime geral postas do art. 201 do mesmo diploma legal. Como admitir este tratamento equivalente para o cálculo dos proventos de aposentadoria e excluir a isenção explícita sobre aposentadorias e pensões no recolhimento dos recursos para seguridade social?

Aliás, este foi um dos argumentos utilizados por ele: que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Ele só esqueceu de complementar o que diz a Constituição Federal no seu artigo 195: de das seguintes contribuições sociais: II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, **não incidindo contribuição sobre aposentadorias e pensões concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201.** (negrito nosso).

Vale ressaltar que o § 12, acréscimo pela emenda Constitucional nº 20, ao art. 40 da Constituição Federal, remeteu aos requisitos e critérios do regime geral de previdência o sistema próprio dos servidores públicos federais, atraindo, assim, a extensão a estes da regra do art. 195, inciso II, acima demonstrado, que exclui os proventos dos inativos do serviço público das fontes de custeio da previdência social.

O Ministro deixa claro que o sistema público é de repartição simples, ou seja, que as contribuições dos atuais servidores financiam as aposentadorias e pensões dos inativos, através da solidariedade entre uma geração e outra. “O sistema é claro, é um sistema de repartição simples, qual seja, as contribuições dos atuais servidores financiam as aposentadorias e pensões dos inativos. Esse é o ponto, ou seja, esse é o sistema que se estabeleceu. É o sistema da solidariedade social entre uma geração e outra”. Mais adiante entendeu que “a progressividade da alíquota não está vedada na Constituição, e nem há necessidade de autorização na CF para que a alíquota seja progressiva”, posicionando-se, dessa forma, contra a taxaço dos inativos.

Em suma, podemos dizer que o Ministro Nelson Jobim considerou, na ADIN 2.010-2, que a matéria possuía os requisitos necessários para retirar a constitucionalidade da EC 20. Já na ADIN 3.105-8, o Ministro passou a posicionar-se de forma diversa, alegando a relevância do equilíbrio atuarial, assim como da preservação do manto do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Tese que para nós é totalmente insustentável, pois como poderemos garantir o equilíbrio atuarial com a taxaço dos inativos e ao mesmo tempo garantir seus direitos adquiridos à aposentadoria por ter recolhido o tributo durante sua vida laboral? Incluímos aí o direito adquirido porque, na ADIN 3.105-8, o Ministro entendeu que os servidores inativos estariam cobertos pelo princípios da solidariedade entre as gerações, segundo a qual as aposentadorias e pensões dos inativos são custeadas pelas contribuições daqueles servidores que ainda se encontram na ativa, os servidores atuais. Dessa forma, Jobim considerou que poderia ser feita a taxaço dos servidores inativos.

Outro ponto importante diz respeito ao caráter tributário da contribuição social que tanto foi ressaltado por todos os Ministros na apreciação da ADIn 2.010-2. É de todos sabido no mundo jurídico que a regra tributária, expressa na Constituição Federal, de que

todo tributo tem que ter seu fato gerador individualizado. Alegando-se que a contribuição previdenciária não se presta para garantir a futura aposentadoria, ele é calcada no simples auferir de rendas, o que estaria caracterizando um *bis in idem* proibido pela nossa Constituição. Se forem para financiar o sistema, tese sustentada pelo Ministro na segunda ADIn, como incidem sobre os proventos? Outra questão relevante diz respeito ao fato de só uma classe ser penalizada, a dos servidores públicos, pois os trabalhadores do setor privado contribuirão até a aposentadoria para fazer jus ao benefício. Até aqueles que nunca trabalharam, nem contribuíram, desde que se enquadrem nas regras postas, poderão gozar do benefício. Os servidores públicos, além de recolherem durante toda a vida de labor, terão que continuar o recolhimento por questões de má administração dos fundos de reservas.

Não podemos admitir os argumentos trazidos no sentido de alegar que se “tivermos que ter, a todo aumento ou criação de contribuição e tributo, um benefício subsequente, é evidente que não teríamos, em hipótese alguma, a possibilidade de trabalhar neste sentido”. Pelo que nos consta, isto é regra Constitucional que garante um mínimo de segurança jurídica. Se o Estado tem que satisfazer e temos que lembrar que o Estado nada mais é do que a sociedade, também é necessário falar que os recursos que ele adquire, vem desta mesma sociedade que ele representa e que tudo deve ser calcado na mais estrita legalidade.

Como forma de ressaltar a maneira correta de agir, lembramos quando houve uma mudança constitucional que acabou com os quinquênios e a incorporações de verbas aos salários dos servidores públicos. Não se questionou a mudança porque não há que se alegar direito adquirida perante estatuto público, porém aqueles servidores que já haviam incorporado aos seus direitos individuais às vantagens que estavam extinguindo foram todos preservados, com base na segurança jurídica, sustentáculo do Estado de Direito.

4.2.2 – Contestando os votos proferidos pelos Ministros Carlos Velloso

Analisando os argumentos do segundo Ministro escolhido, Carlos Velloso, observa-se que deu início ao seu voto na ADIN 2.010-2 demonstrando que a alíquota progressiva de 25% provocaria um desconto nos proventos de aproximadamente 22%, podendo aumentar ou diminuir, a depender da quantidade que fosse percebida por cada servidor. Afirma, ainda, como já demonstrado, que a Constituição não permite a cobrança de tributo com efeito de confisco. O caráter confiscatório da alíquota seria comprovado pela privação de bens ou utilidades do servidor pela sua cobrança. É simples de raciocinar sobre esta questão, pois o servidor que passou sua jornada de trabalho recolhendo um tributo para que no final de sua vida laboral pudesse usufruir deste benefício e ao logr-lo, vem uma Emenda Constitucional e muda a regra do jogo, isso nos parece, utilizando os argumentos trazidos pelo Ministro, uma ao confiscatria.

O Ministro Velloso faz meno, ainda, ao princpio da capacidade contributiva, por meio do qual se realizaria a justia tributria, e que deve ser observado relativamente a todos os impostos. Diz que, no que toca contribuio, a justia tributria deve ser realizada de acordo com o princpio da proporcionalidade. E na contribuio social, a igualdade tributria observada levando-se em considerao o quantum percebido. Assim, quem ganha mais pagar mais e vice-versa. Posicionou-se contra a taxao dos inativos.

No julgamento da ADIN 3.105-8, Velloso apresenta a questo do direito adquirido, do ato jurdico perfeito e da coisa julgada como garantias constitucionais da segurana jurdica. Sustenta que a emenda constitucional no poder, jamais, afrontar aquelas garantias, posto que seu contedo passar a fazer parte da Carta Magna.

Porm, logo adiante no seu voto, ele afirma que as contribuies previdencirias possuem carter tributrio, o qual foi consagrado pela Constituio de 1988. E comea a

confusão nas idéias como artifício para enganar os que não estão atentos aos princípios postos na nossa Carta Política. Sustenta que a contribuição da seguridade social destina-se ao financiamento da seguridade social, de acordo com os artigos 195 e 167, VII e XI, ambos da Constituição Federal. Basta uma pequena leitura no artigo 195 para vislumbrarmos que os aposentados e pensionistas estão imunes a este recolhimento. Ele ainda fala no final do seu voto sobre imunidade tributária. Algo de errado está comprovado.

Diante de uma análise global das duas ações, pode-se perceber a incompatibilidade constante nos argumentos dos ministros que votaram pela constitucionalidade da emenda 41, quanto à taxação dos inativos, em prejuízo dos outros ministros que se mantiveram conscientemente íntegros nas suas concepções sobre o tema. Como a Ministra Ellen Gracie que julgou a ação inconstitucional, por reconhecer que a contribuição dos inativos é despida de causa eficiente, posto que não corresponde à necessária contrapartida de novo benefício (art. 195, § 5º), além de a norma insultar a isonomia (art. 150, II), porque discrimina indevidamente entre contribuintes em condições idênticas, e configura bitributação em relação ao imposto de renda, tendo por fato gerador a própria percepção dos mesmos proventos e pensões (art. 154, I).

É muito claro o raciocínio em relação ao servidor público que já goza da aposentadoria, a meta constitucional permitida para a cobrança já foi alcançada, inexistente a despesa a ser custeada do ponto de vista do aposentado, pois os servidores públicos em atividade a financiam. Os próprios Ministros alegaram isso em seus votos, assim, falta o fundamento constitucional necessário e impostergável, que funda o exercício da competência da União. Sem esquecer que regime contributivo é, por definição retributivo.

Não desejamos com este estudo apenas identificar fragilidades no nosso sistema de repartição de competências entre os Poderes estatais, esperamos mostrar que cabe ao

homem, integrante primordial de qualquer sociedade, fazer com que melhorias ocorram para o bem de todos e não permitir que oportunistas se valham do poder para ditar regras que vão de encontro com os anseios sociais.

Estas foram algumas, das inúmeras excrescências cometidas pelos nossos Ministros ao longo desta batalha jurídica; isso demonstra a fragilidade do nosso sistema em colocar nas mãos de pessoas amarradas pelos vínculos dos favores, questões de alta relevância social e que só poderia ser decidida pelo Poder Originário, nós, o povo brasileiro e não de forma usurpadora pelo Poder Reformador. Não se pode baixar a cabeça, simplesmente, por ser o STF o Tribunal de última instância na composição nacional.

A falta de planejamento dos governos passados e do atual, não pode ser debitada na conta de quem não deu azo às gestões financeiras incompetentes. O *direito* adquirido à aposentadoria já financiada enquanto os servidores público estavam na ativa deverá ser novamente analisado por quem de direito. Que se mudem as regras para o futuro, mas tenham a dignidade de manterem um mínimo de segurança jurídica com o trato da coisa público. O problema maior do nosso Estado brasileiro é que os administradores Públicos só olham para sua própria conveniência e acham que vão permanecer para sempre no poder. Não costumam olhar para o outro e se vê na situação oposta, sendo administrado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Propusemos um tema que nos interessa por nos instigar e que conta com um rico acervo bibliográfico. Contudo, tem despertado polêmicas as mais variadas, o que para nós é um incentivo. Nosso objetivo não é esgotar o tema escolhido; jamais alimentaríamos tamanha pretensão. Objetivamos, primeiramente, analisar as novas discussões jurídicas do instituto do direito adquirido, pela taxaço dos inativos, através de reflexões críticas, para depois então, podermos dar nossa parcela de contribuição, possibilitando novos horizontes argumentativos sobre o tema através da nossa tese, que foi dotada de uma verdade pessoal, diferenciando-a dos outros argumentos já divulgados. Tudo em prol do social e tentando expurgar os “ismos” sociais.

O que nos impulsiona é a certeza do dever de estar bem consciente da necessidade de sermos, cada um de nós, verdadeiros guardiões da Constituição Federal, propagando aos quatro ventos os crimes que querem cometer contra ela, quebrando-lhe a juridicidade e, por conseguinte, a efetividade, tornando-nos vulneráveis às influências externas, que nada mais querem que ampliar seus impérios, escravizando os demais.

A mudança do instituto do direito adquirido com o posicionamento tomado pelo STF, afronta um direito que foi galgado e conquistado à custa das lutas ardentes, na maior parte das vezes continuadas através de séculos. É exatamente por isso que nos defrontamos com um caso difícil e não rotineiro, que precisa ser exaustivamente debatido e não deixar que decisões circunstanciais possam tomar lugar das conquistas sacrificadas da sociedade.

“A inviolabilidade do passado pe o princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois segundo as sábias palavras de PORTALIS, o homem, que na 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 incerteza. 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 legislativo, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças”⁶⁶

Se não é possível uma interpretação única e correta das leis por terem, na grande maioria, bases ambíguas, lacunosos ou, ainda, vagas em algum sentido, é possível através dos princípios hermenêuticos⁶⁷ norteadores e orientadores da correta interpretação do texto constitucional, ameniza a discricionariedade no trato com as coisas públicas, principalmente na função precípua do Poder Legislativo que é a legiferante. Não é admissível a criação de normas que violem a harmonia da ordem posta e, tão pouco, que uma emenda constitucional venha a quebrar a visão holística que se deve ter do ordenamento jurídico, pois se a própria Constituição, como já ressaltado, sendo a base fundamental para todos os ramos do direito, tem em seus preceitos incongruências, como poderá ser o pilar para os demais campos jurídicos? O Poder Originário estabeleceu limites ao Poder reformador, exatamente para que não houvesse esta quebra da segurança jurídica posta no próprio texto constitucional. Não cabe ao poder de reforma uma quebra dos seus princípios e, sem dúvida, o direito adquirido, juntamente com a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, estão elencados entre eles.

O papel do direito é respaldar as discussões tomadas no exercício do poder, mas não violadoras da ordem estabelecida, pois se assim acontecesse, seria a tomada do poder e não modificação das regras válidas. Partindo da visão de Aarnio de aplicabilidade das teorias da coerência e do consenso, seria viável a mudança das regras através das emendas constitucionais para o futuro, sem ingressar em situações passadas, consolidados por meio das leis que ao seu tempo deram guarida a tais situações. A eliminação de arbitrariedades é

---

⁶⁶ **RÁO**, Vicente. O direito e a Vida dos Direitos. São Paulo: Resenha Universitária, 1977. vol. 1. p. 428.

⁶⁷ **FRIEDE**, Reis. Curso analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 26.

um conteúdo genuíno da certeza jurídica. Porém não basta a ausência de arbitrariedades, se faz urgente decisões corretas.

É o caráter autopoietico do direito que induz a uma interpretação holística, sistemática. Pois sendo um sistema auto-refente, autônomo e circular, a sua utilização terá que tomar por base sua própria estrutura jurídica. Se alguma ação desejar quebrar a harmonia do sistema (alopoiése ou hetero-referência) terá que ser banida, a não ser que os argumentos utilizados comprovem a necessidade e a compatibilidade, e mais, que convençam os cidadãos destes argumentos, ou seja, considerações racionais que induzam a uma conclusão aceitável.

Somos obrigados a concluir que o direito adquirido, sendo apreciado sobre o prisma da intertemporalidade deve ser enquadrado sob a proteção da irretroatividade legal, ou seja se houver tratamento diferenciado de qualquer matéria deverá proteger as situações passadas e só ser válida da sua publicação em diante.

Vimos que o instituto sempre esteve presente nas legislações brasileiras, como nas estrangeiras que foram estudadas e em nenhuma delas houve uma afronta tão expressiva como no caso da taxaçaõ doa inativos, por todos os argumentos demonstrados.

Quanto ao tratamento racional, que está implícito no próprio sistema jurídico e que deveria se dar ao instituto, comprovamos através das lições de Aarnio que falta razoabilidade nas decisões dos detentores do poder estatal, pois já não convencem os cidadãos com tantas incongruências identificadas nos últimos tempos.

Quanto aos votos dos Ministros ficou comprovado que as deliberações tiveram cunho meramente político, inclusive com evasivas para não adentrarem em termos fundamentais e totalmente imbricados com o direito adquirido, sugerindo o tema do nosso trabalho da interpretação constitucional a uma interpretação política pelo STF. Somos

obrigados a concluir que os limites impostos ao Poder Reformador foram desrespeitados e houve, por parte do guardião da Constituição Federal, que deveria apreciar a legalidade deste ato em sentido *lato*, uma aquiescência a sua afronta.

Se afirmarmos que o direito é um fato ou fenômeno social, ele não pode existir senão na sociedade e também não pode ser concebido fora dela; assim, não podemos admitir, como atores sociais que somos, que os nossos representantes, imbuídos de uma vontade particular, mudem ao seu bel prazer os direitos que conquistamos com tanta luta. Vale repetir os ensinamentos de Zélio Furtado⁶⁸

“Sem a segurança e a certeza de que o hoje assegura o amanhã, as relações jurídicas jamais seriam consistentes: seriam instáveis e gerariam intranquilidade. E o Direito, apesar de ser um processo dinâmico, traduz, necessariamente, uma estabilidade, preservando a paz social, protegendo as relações jurídicas”.

A Constituição Federal como base fundamental e manancial para toda e qualquer discussão jurídica, não poderá conter em seus preceitos choques principiológicos que possam por em risco o próprio Estado de Direito. Se no mesmo preceito constitucional há a garantia do *direito adquirido*, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada e uma emenda constitucional pode retirar um direito que já fora adquirido com base nas regras constitucionais, podemos concluir que todos os outros, também poderão ser modificados pela atuação do poder reformador e isso é totalmente descabido, além de bastante perigoso.

Nosso objetivo maior com este trabalho foi identificar a falta de zelo com a coisa pública, no trato do direito adquirido, alertando para o resgate urgente dos valores morais e éticos que foram sendo esquecidos ao longo da história da humanidade. Para serem reconquistados deveremos iniciar por uma nova visão de mundo, baseada no amor

---

⁶⁸ **SILVA**, Zélio Furtado da. O conteúdo sociológico na criação dos princípios jurídicos. Recife-PE: Bargaço, revista da ESMape, 1996, ano I, nº 2.

incondicional, nos colocando sempre no lugar do outro para sabermos como iríamos reagir àquela situação.

Quando descobrimos, há 11 anos, que estávamos com câncer e com a possível brevidade de vida comunicada pelos médicos, começamos a enxergar o mundo de forma diferente. Começamos a ver que apesar de não fazermos mal a ninguém, não fazíamos o bem além de nossas relações mais próximas, numa visão de mundo egoísta e excludente. Percebemos que não levamos nada deste mundo além do bem que fazemos ao outro, pois a recompensa é imediata pelo sorriso estampado no rosto daqueles que damos à mão. Não podemos viver por viver, temos que desfrutar cada momento da nossa vida como se fosse o último e, portanto com toda a intensidade possível. Descobrimos também que não somos nada e ninguém sem o próximo. Precisamos do outro sempre e em todo lugar e o mais importante é transformarmos a nossa vida em pura doação por AMOR...

Temos a impressão que tudo está envelhecendo no nosso meio: as estruturas sociais, afetadas pelo egoísmo dos grupos privilegiados; as estruturas políticas, minadas pela cobiça do poder; até as estruturas familiares estão comprometidas pela libertinagem. Os seres humanos banalizaram o viver em sociedade. Até a nossa esperança e nosso amor pelo próximo estão dando sinais de cansaço, de velhice, de decadência. E tudo porque já não agüentamos mais ver tanto descaso com as coisas públicas.

Já é tempo de ultrapassarmos a lógica do poder apenas pelo poder, para estabelecer a lógica do serviço. Já é tempo de acordarmos e vermos que a nossa existência terrena não se encontra na dominação do ser humano. Encontra-se no serviço, no dom de si mesmo, no amor gratuito, na luta pela libertação do outro. Não é só o ordenamento jurídico que é autopoietico, isto é um princípio universal. Todos precisam uns dos outros e de tudo que há neste sistema solar, para que tenhamos vida em abundância. A esta altura, trata-se de

escolhermos com discernimento as atitudes certas para uma boa convivência social e não nos isolarmos em argumentos banais para depreciar ou retirar direitos de todos, que foram conseguidos com muito esforço, sem a consciência que um dia poderemos estar do outro lado, ou seja, dos que obedecem porque as regras, feitas por homens, determinaram.

Conhecemos muito bem a tentação de dominar e “usar” o outro para afirmação de nossa personalidade. Mas, ao mesmo tempo, conhecemos também aquele gesto gratuito, alegre e festivo, que consiste no dom de si mesmo. É justamente a esse gesto que costumamos dar o nome de AMOR.

Será que os homens desaprenderam a ter este sentimento que é capaz de mudar o mundo para melhor? Este sentimento não se aprende na escola. Para descobrirmos o verdadeiro sentido do amor, só existe um caminho: vivenciá-lo e praticá-lo em plenitude... E para isso é preciso ter sempre o outro.

Não podemos mais esperar, temos que tomar uma decisão urgente, antes que não haja mais tempo para sermos felizes plenamente. Este caminho se chama AMAR ao próximo.

Não é verdade que o amor verdadeiro não está neste mundo; está sim! Porém não está estruturado no poder, mas, sim, no serviço; não mata a liberdade, mas a valoriza. É fermento na massa. É luz no meio das trevas. É vida a derrotar a morte. É por este amor que aspiramos com todas as forças e rogamos o seu resgate como valor ético indispensável para a reestrutura do mundo. Mas precisamos entrar em comunhão com as leis do amor, do perdão e da paz, que trazem consigo as promessas de justiça e de unidade universal. Precisamos entrar em comunhão com todos os nossos semelhantes, a partir daqueles que os grandes da terra costumam excluir: os que estão com fome e com sede, os sem-terra e sem-moradia; os que estão com frio e solitários, os que estão doentes ou nas prisões... É só

depois disso que poderemos alegremente afirmar que vivemos num mundo de paz, onde o amor reina.

No entanto, é verdade que sozinhos não estaremos em condições de enfrentar o futuro – que se anuncia incerto e até um tanto sombrio. Só criando espaço para o amor num coração convertido é que conseguiremos chegar à meta. De maneira que o futuro será como nós quisermos. Se no fluxo da vida jogamos sementes de egoísmo, de violência e de orgulho, estes serão nossos companheiros de viagem. Mas se jogamos as sementes da esperança e da fé no amor, o resgate do mundo será nossa herança feliz...

Para finalizarmos este capítulo de reflexão, deixamos a lição de Rubem Alves⁶⁹: ele indaga:

“o que é que se encontra no início, o jardim ou o jardineiro? E responde: - É o jardineiro. Pois, havendo um jardineiro, mais cedo ou mais tarde, um lindo jardim aparecerá. Mas, havendo um jardim sem jardineiro, mais cedo ou mais tarde ele desaparecerá. E acrescenta: jardineiro é uma pessoa cujo pensamento está cheio de jardins. Assim, o que faz um jardim são os pensamentos do jardineiro. Da mesma forma, o que faz um povo são os pensamentos daqueles que o compõem”.

Esperamos, com este trabalho, ter executado a nossa tarefa de jardineiro, contribuindo no sentido de demonstrar a necessidade de resgate dos valores do amor na sociedade, como única forma de sobrevivência da sublime criação do Pai, o mundo com todos os seus componentes... Possamos ter colaborado de alguma forma com a população brasileira, no sentido de tentar sinalizar para possíveis interpretações favoráveis a real observância do instituto do direito adquirido, garantindo uma maior segurança jurídica a todos, resgatando a racionalidade na perspectiva de decisões que convençam pelos argumentos que as sustentam.

---

⁶⁹ Este texto foi extraído da enciclopédia Barsa virtual, em vida e obra de Rubem Alves.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1991.

ABREU, Orlando de . Revisão Constitucional e Direitos Adquiridos - precedentes do STF. São Paulo: *Revista Ltr*, v. 59, n. 2, p. 191-197, fev. 1995.

ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALVES, José Carlos Moreira . As leis de ordem pública e de direito público em face do princípio constitucional da irretroatividade. “Revista da Procuradoria Geral da República”, Ed. RT, n° 1, out./nov./dez 1992.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos . Irretroatividade das Leis. In *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, vol. 46, pp. 241-248.

ARAÚJO, Luiz Alberto David & **NUNES JÚNIOR**, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARISTÓTELES. A política, Edição Cultural Brasileira S. A., São Paulo, s/d.

BACCARO, Archimedes. Papel do Psicólogo na Empresas Públicas, Mistas e Privadas. 2º Encontro de Psicologia e Trabalho. Caderno do CRP/06, 1992.

BADIOU, Alain. Para uma Nova Teoria do Sujeito. Rio de Janeiro: Relume – Dumará, 1994.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Constituição Nova e Ordem Jurídica Anterior. Belo Horizonte: Jornal “Minas Gerais”, órgão oficial do Estado de Minas Gerais, 13.9.88.

_____. Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Hermenêutica e interpretação constitucional. São Paulo: Celso Ribeiro – IBDC, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro & **BRITTO**, Carlos Ayres. Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 1982.

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

BERNARDES, Juliano Taveira. Efeito das Normas Constitucionais no sistema normativo brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

BERNARDI, Ovídio. O direito adquirido e seu problema conceitual. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 284:21-30.

BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro: Rio (edição Histórica), 1975.

BOBBIO, Norberto. Teoria della norma giuridica. Torino: Giappichelli, 1958.

BOFF, Leonardo. Saber Cuidar – ética do humano, compaixão pela terra. Petrópolis: Vozes, 2000.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORGES, Nelson. Considerações sobre direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2000.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos proventos de aposentadoria do servidor público efetivo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Editora Renovar, nº 206, 1996, out./dez.

BRITTO, Carlos Ayres; **PONTES FILHO**, Valmir. Direito Adquirido Contra as Emendas Constitucionais. Aracaju: Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, Ano V, 1995, nº 9.

BUENO, José Antônio Pimenta. Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

CALMO, Pedro - Curso de Direito Constitucional Brasileiro - Constituição de 1946. 3ª edição, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 2002.

CARDONE, Marly A.. Direito Adquirido e Aposentadoria. Revista de Previdência Social. Rio de Janeiro: 16 (142): 742-6, set., 1992.

CARDOZO, José Eduardo Martins. Da Retroatividade da Lei. São Paulo: Editora RT, 1995.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Manual da Constituição. 3ª edição atualizada, São Paulo: Zahar Editores, 1977.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COLLÍA, José Maria Suárez. El principio de irretroatividad de las normas jurídicas. Madrid: Actas, 1994.

CALVINO, Ítalo. Seis Propostas para o Próximo Milênio. São Paulo: Cia. Das Letras, 1990.

DANTAS, Ivo. Direito Adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

_____. Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas (Direito Constitucional de Crise ou Legalidade Especial). Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989.

_____. Constituição Federal Anotada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Instituições de Direito Constitucional brasileiro. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. Direito Constitucional e Instituições Políticas. Bauru/SP: Jalovi, 1986.

_____. Constituição e Processo. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. Constituição Federal - Teoria e Prática vol. I. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1994.

_____. O Valor da Constituição (Do Controle de Constitucionalidade como Garantia da Supralegalidade Constitucional). Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996; 2ª edição revista e aumentada, 2001.

_____. Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1995.

_____. Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade: a intangibilidade do direito adquirido face às emendas constitucionais. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 206:109-134, out./dez. 1996.

DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. São Paulo: Saraiva, 2001.

DELGADO, José Augusto. O Direito Adquirido nas relações de direito privado e nas relações de direito público. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, 56: 15-37, set. 88.

ECO, Umberto. Les limites de l'interprétation. Apoud: Barroso, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. O direito adquirido e as emendas constitucionais. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo: Malheiros, 22:46-54, 1998.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 29ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

_____. O Poder Constituinte. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. O direito adquirido em face das modificações constitucionais. In *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

FRANÇA, R. Limongi. A irretroatividade das leis e o direito adquirido. São Paulo: RT, 1994.

_____. Jurisprudência da irretroatividade e do direito adquirido. São Paulo: RT, 1982.

FRIEDE, Reis. Curso analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GABBA, C. F.. Teoria della Retroattività delle Leggi. Torino: Unione Tipografico - Editrice, 1891, 4 vols.

GAYA SICILIA, Regina. El Principio de Irretroactividad de las Leyes en la Jurisprudencia Constitucional. Madrid: Editorial Montecorvo, S. A, 1987.

GODOY, Mayr. Técnica Constituinte e Técnica Legislativa. São Paulo: Leud, 1987.

HÉRON, Jacques. Principes du Droit Transitoire. Paris: Dalloz, 1996.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque. Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa. São Paulo: Nova Fronteira

HORTA, Raul Machado. Constituição e direito adquirido. Brasília: Senado Federal, subsecretaria de edições técnicas, Revista de Informação Legislativa, 1991, nº 112, out./dez.

_____. Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

INACARATO, Márcio Antônio. Efeitos da Constituição sobre o Direito anterior. Revista de Informação Legislativa. Brasília: a. 13, n. 49, jan-mar, 1976.

KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LACERDA, Belizário Antônio de. Direito Adquirido. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LARENZ, Karl. Derecho justo. Fundamentos da ética jurídica. Madrid: Civitas, 1993.

LASSALLE, Ferdinand – *Théorie systématique des droits acquis: conciliation du Droit Positif et de la Philosophie du Droit*. 2.ed. alemã. Trad. J. Bernard, J. Molitor, G. Mouillet e A. Weill. Paris: Giard & E. Brière, 1904, t. 1.

LIMONGI FRANÇA, R. *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*. 4ª edição, São Paulo: Editora RT, 1994.

_____. *Direito Intertemporal Brasileiro - Doutrina da Irretroatividade das Leis e do Direito Adquirido*. 2ª edição, São Paulo: Editora RT, 1968.

_____. *Jurisprudência da Irretroatividade e do Direito Adquirido*. São Paulo: Editora RT, 1982.

LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. *Irretroatividade das Leis de Ordem Pública*. Revista Forense, 289/ 239-242. Idem, Revista Trimestral de Jurisprudência, 168, p. 148.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *O controle da constitucionalidade das leis e o direito adquirido*. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, 106:37-54, abr./jun. 1990.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. 2 ed. Esp. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MACHADO, Érito. *A Retroatividade da Norma Constitucional* - Ensaio Jurídico. 2ª edição, Editora e Distribuidora de Livros Salvador Ltda., s/d.

MACHADO, Hugo de Brito. *Direito Adquirido contra a Constituição*. *Jornal A Tarde*, Salvador, Bahia, 12.04.96.

_____. *Obrigação Tributária e Direito Adquirido*. *Revista da Faculdade de Direito – UFC*. Fortaleza: 1987, vol. XXVIII / 1, pp. 1-22.

_____. *Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 714:19-26, abr. 1995.

MAGANO, Octávio Bueno. *Reforma da previdência*. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Ed. RT, ano 5, nº 18, 1997, jan./mar., p. 184.

MARINHO, Josaphat. *Irretroatividade e Retroatividade da Lei na Constituição de 1946*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, a. 2. n. 5, jan.-mar., 1965.

MATOS, Peixoto. *Limite Temporal da Lei*. Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil. Rio de Janeiro: IX/9-47.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

_____. Hermenêutica e aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELO, José Tarcízio de Almeida. Direito Constitucional Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MENDONÇA, Maria Luíza Vianna Pessoa de. O Princípio Constitucional da Irretroatividade da Lei - A Irretroatividade da Lei Tributária. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e Direito Adquirido ao Regime da Função Pública. Brasília: Edição ENAP (Escola Nacional de Administração Pública), 1995.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2003.

MORIN, Edgar. Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro. São Paulo: Cortez, 2000.

NICOLIELLO, Neolson. *Noción Actual sobre Expectativas de Derecho y Derechos Adquiridos*. In Revista Jurídica do Trabalho. Salvador/Lisboa, ano II, nº 4, janeiro / março, 1994, pp. 11 - 29.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. O Direito Adquirido às Normas Constitucionais. In Revista Jurídica In Verbis. Natal: UFRN / CCSA, vol. 02, nº 03, jan - jun/96, pp. 79 - 89.

PEIXOTO, Matos. As leis de ordem pública e de direito público em face do princípio constitucional da irretroatividade. Revista da Procuradoria-Geral da República, Brasília, v.1, p.13 e s.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito Constitucional Intertemporal. In Revista Forense, vol. 304, 1988, pp. 29-36.

PEREIRA, Miriam Freire. Irretroatividade da Lei e o direito adquirido. In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. 13 (48): 59-75, abr. /jun., 1989.

PESTALOZZA, Filippo. *Disposizioni Transitorie*. In *Nuovo Digesto Italiano*, A cura di Mariano D'Amelio. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1938, XVI- vol. V.

PINHEIRO, Hésio Fernandes. Técnica Legislativa - Constituição e Atos Constitucionais do Brasil. 2ª edição, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1962.

PINTO FERREIRA, Luis. Curso de Direito Constitucional. 6ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969. Rio de Janeiro: Editora Forense, Tomo V (Arts. 153 § 2º - 159).

_____. Incidência a Aplicação da Lei. In Revista da OAB-PE. Recife: ano I, nº 1, 1956.

_____. Os Fundamentos Atuais do Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Empresa de Publicações Thecnicas, 1932.

POPP, Carlyle. A retroatividade das normas constitucionais e os efeitos da constituição federal sobre os direitos adquiridos. In Paraná Jurídico. Curitiba: 36: 13-19, 1 quadr., 1991. Idem, Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 29, n. 113, pp. 87-98, jan./mar., 1992.

PRADA, José Maria García. “Viver para a vida”. In Violencia y respeto a la vida. Salamanca: Ditirial San Esteban, 1980.

RAMOS, Elival da Silva. A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

RÁO, Vicente. O direito e a Vida dos Direitos. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1981.

REIS, A. C. Palhares Moreira. Réquiem para o Direito Adquirido? In Diário de Pernambuco, Recife, 13.9.96.

RIZZARDO, Arnaldo. Limitações do direito adquirido. In *Ajuris – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: a. 20, n. 59, p. 62-78, nov. 1993. *Idem: Uma Vida dedicada ao Direito*. Obra coletiva em Homenagem a CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO, Ed. RT, 1995, pp. 168-184.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Princípio do Direito Adquirido no Direito Constitucional. In *Revista Forense*, 308: 3-11, ou. dez/89. *Idem*, Revista de Informação Legislativa, 26 (103): 147-62, jul./set., 89.

_____. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROUBIER, Paul. *Le Droit Transitoire (conflits des lois dant le temps)*. 2. Ed. Paris: Dalloz et Sirey, 1960.

SALDANHA, Nelson. Formação da teoria constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SAMPAIO, Nelson de Souza. O Poder de reforma constitucional. 3. Ed. Ver. e atual. Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1994.

- SHIPKA**, Barbara. Liderança num Mundo de desafios. São Paulo: Cultrix, 1997.
- SANTI**, Giovanni Grottanelli de. Profili costituzionali della irretroattività delle leggi. Milano: Giuffrè, 1970.
- SILVA**, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- _____. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- _____. Reforma Constitucional e Direito Adquirido. In Poder Constituinte e Poder Popular – estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- SILVA**, Zélio Furtado da. Direito Adquirido à luz da Jurisprudência do STF referente ao Servidor Público. São Paulo: Editora de Direito, 2000.
- _____. O conteúdo sociológico na criação dos princípios jurídicos. Recife-PE: Bargaço, revista da ESMape, 1996, ano I, nº 2.
- SILVEIRA**, José Neri da. A Reforma Constitucional e o Controle de sua Constitucionalidade. In *Revista do Ministério Público - Nova Fase*. São Paulo: Editora RT, n. 35, 1995.
- SILVÉRIO**, Paulo Roberto Mendonça. O instituto jurídico dos direitos adquiridos e a “cláusula pétrea” dos direitos e garantias individuais. *Revista de Informação Legislativa.*, Brasília: Senado federal, 128:69-77, out./dez. 1995.
- STRECK**, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SUÁREZ COLLÍA**, José M^a. El Principio de Irretroactividad de las Normas Jurídicas. 2ª edición revisada y aumentada, Madrid: Actas, 1994.
- TAVARES**, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002.
- THEILER**, Eduardo. Direito Adquirido. In *Revista Forense*. Rio de Janeiro: 130: 366-373, jul. 1950.
- TOLEDO**, Cláudia. Direito Adquirido & Estado Democráticos de Direito. São Paulo: Landy Editora, 2003.
- VELLOSO**, Carlos Mário da Silva. A Irretroatividade da Lei Tributária - Irretroatividade e Anterioridade - Imposto de Renda e Empréstimo Compulsório. In *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Editora RT, vol. 45.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Funcionário Público - Aposentadoria - Direito Adquirido. In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, a. 10, n. 37, jan.-mar., 1973.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Servidor Público - Aposentadoria - Direito Adquirido - Das Limitações do Poder Constituinte Derivado. In *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. As expectativas de direito, a tutela jurídica e o regime estatutário. In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, a. 8, n. 29, jan.-mar., 1971.

VON IHERING, Rudolf. A luta pelo Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário. Trad de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAIDAN FILHO, Michel. O fim do nordeste & outros mitos. São Paulo: Cortez, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. Planos Econômicos, direito adquirido e FGTS. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, 135:251-61, abr./jun. 1997.

ANEXO 01

Ministro Nelson Jobim – voto proferido na ADIN n.º 2.010-2 (30/09/99 p. 212)

O ministro votou:

“ Sr, Presidente, os dois sistemas, o sistema público e o sistema geral de previdência, têm uma distinção fundamental: o art. 201, § 3º, que trata da Previdência Social do sistema geral da previdência estabelece nitidamente uma relação entre o salário de contribuição, ou seja, a base de cálculo sobre a qual incide a alíquota e o salário de benefício.

Leio: ‘ § 3º - Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei.’

A Constituição, no sistema geral de previdência, determinou ou reservou à lei, a forma pela qual irá estabelecer o cálculo do salário-benefício, mas estabelecendo que o salário de contribuição, ou seja, a base sobre a qual incide a alíquota é o indicador para o cálculo de benefício. Há, portanto, no sistema geral uma nítida relação entre a contribuição e o valor do benefício.

Já no sistema público de previdência do art. 40, não há essa relação. As contribuições não têm relação nenhuma como cálculo do valor do benefício; é necessário um tempo ‘x’ de contribuição para a aposentadoria. Agora, o valor do benefício da aposentadoria está vinculado ao valor dos seus vencimentos, da sua remuneração, em atividade. Não há. Portanto, relação estabelecida em alguma delas.

Portanto, nessa hipótese, Sr. Presidente, pergunto: se a Constituição no sistema público desvinculou a contribuição do valor do benefício, a contribuição a que se destina? Destina-se a assegurar a aposentadoria do atual contribuinte ou a financiar a aposentadoria, os benefícios relativos aos atuais inativos?

O sistema é claro, é um sistema de repartição simples, qual seja, as contribuições dos atuais servidores financiam as aposentadorias e pensões dos inativos. Esse é o ponto, ou seja, esse é o sistema que se estabeleceu. É o sistema da solidariedade social entre uma geração e outra.

Ora, se isso é verdadeiro, não se pode proibir que o próprio texto legal estabeleça uma distinção entre os servidores que recebem valor baixo ou alto com alíquotas distintas,

no sentido de exigir daqueles que ganham mais. Não que contribuam mais no sentido proporcional, contribuam mais no sentido absoluto, e não no relativo.

Por isso, Sr, Presidente, creio que a progressividade da alíquota não está vedada na Constituição, e nem há necessidade de autorização na Constituição para que a alíquota seja progressiva.

O texto do art. 195, § 9º, que estabelece as contribuições sociais, tem uma destinação específica ao empregador, e inclusive viabiliza, na segunda parte, que essas alíquotas poderão ser progressivas ou diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva da mão de obra. O que demonstra que, naquela hipótese, há um mecanismo inclusive de estímulo para a contratação de mão-de-obra em atividade com uma redução da obrigação de contribuição do empregador. É uma forma que intervém no mercado de mão-de-obra.

Então, entendo que se deva afastar essa hipótese. O que as informações nos dão como dados é que esses valores se destinam a cobrir um déficit e, como se destinam a cobrir um déficit, o que faz? Alteram-se as contribuições, já que são as contribuições dos inativos que se destinam a pagar os da inatividade.

Creio que, na hipótese contida no texto legal, se estabelece uma alíquota de onze por cento geral, estabelecendo, ainda, nove pontos percentuais incidentes sobre a parcela de remuneração que exceder a um mil e duzentos, até seis mil e quinhentos; e catorze por cento sobre o que exceder a dois mil e quinhentos, o que levaria a um cálculo relativamente falso no sentido de que a alíquota seria de vinte e cinco por cento.

Não vejo, Sr. Presidente, por esse primeiro argumento, razão para se estabelecer uma distorção da finalidade da contribuição. Creio, inclusive, que a forma pela qual se estabeleçam temporária ou não temporariamente alíquotas diferenciadas, considerando o valor da remuneração, é relevante.

O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES – Da premissa de que V. Ex^a. parte, a provisoriedade, ou não, não importa, porque desde o momento em que se considere que essa contribuição é para o efeito da sustentação dos aposentados, obviamente, se houver necessidade desta, pode haver diferenciação de alíquota de bases de cálculo por um ano, dois anos, três anos. Por essa premissa não há a correspondência entre a contribuição e o valor do benefício obtido quando da aposentadoria.

O SR. MINISTRO MOREIRA ALVES – V. Ex^a. mesmo, Ministro-Relator, quando deu ênfase ao aspecto confiscatório, deve ter sentido certa dificuldade com relação aos outros fundamentos. Daí a ênfase dada ao fundamento confiscatório.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM – Com relação a esse primeiro argumento, as finalidades da contribuição, afastado por essas razões: tenho como base para o meu raciocínio a finalidade da contribuição, que é a manutenção do sistema; não se vincula, e claramente não se vincula, à questão do salário de benefício ou do valor do benefício.

Quanto ao problema confiscatório, creio que também assiste razão às observações do Ministro Moreira Alves pela circunstância de não podermos levar em conta o conceito de confisco a partir da carga tributária total. Teremos de examinar isoladamente. E no caso específico, ainda se cria uma situação curiosa: deu-se o exemplo do Imposto de Renda. Mas sabemos que tudo que concorre para efeito de contribuição social deduz da base de cálculo do Imposto de Renda, o que vai determinar um deslocamento da receita desse imposto para a contribuição social. Quer dizer, verificamos que o orçamento da Previdência Social acaba obtendo recursos pela redução do Orçamento Geral da União, isto é, pelo deslocamento do imposto, até mesmo com redução – observei eu – da participação dos Estados e Municípios.

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – (relator): Por isso é que não se apropria a União do princípio que seria, efetivamente, de justiça fiscal, que é uma maior progressividade do Imposto de Renda.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM – Aí, há um problema técnico, o da maior progressividade do Imposto de Renda, tendo em vista sua relação com a questão do teto e o problema da evasão.

Não creio que possamos partir do pressuposto de que estaremos perante um confisco isoladamente. Como não podemos calculá-lo integralmente, na globalidade da carga tributária, peço vênias ao eminente Relator para, neste ponto não conceder a liminar.

Sr. Presidente, como estamos num momento de apreciação liminar, reservo-me para eventualmente, depois de maior meditação quando da análise definitiva da matéria, tomar outra posição. Neste momento, considerando essas duas observações, creio que não se reveste com o relevo e plausibilidade necessários para afastar aquilo que é fundamental: a presunção da constitucionalidade das leis.

Peço vênias ao eminente relator para indeferir a liminar.”

Ministro Nelson Jobim – voto proferido na ADIN n.º 3.105-8 (18/08/04 p. 439)

“ O Sr, MINISTRO NELSON JOBOIM (Presidente) – Cabe-me votar e o farei em tópicos, tendo em vista que a matéria foi amplamente discutida.

Friso, com clareza e transparência, que o voto do Ministro Cezar Peluso foi efetivamente antológico; ou seja, ele soube colocar os pontos com absoluta transparência e coragem.

O primeiro ponto que quero levantar refere-se às afirmações feitas, em determinado momento, sobre o problema relativo ao Congresso Nacional – que não poderia ter ele introduzido essa matéria e criado essa tributação sobre inativos. No entanto, quero lembrar aos colegas que a ementa da ADIN n.º 2.010, exatamente na qual houve a maioria pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei n.º 9.783, lê-se:

‘não obstante as substanciais modificações introduzidas pela EC n.º 20/98 no regime de previdência dos servidores públicos, o Congresso Nacional absteve-se – quando votou a Emenda n.º 20 – conscientemente, no contexto da reforma do modelo previdenciário, de fixar a necessária, matriz constitucional, cuja instituição se revelava indispensável para legitimar, em bases válidas, a criação e a incidência dessa exação tributária sobre o valor das aposentadorias e das pensões’.

Na mesma ementa, lemos adiante:

‘a única base constitucional – que poderia viabilizar a cobrança, relativamente aos inativos e aos pensionistas da União, da contribuição de seguridade social – foi conscientemente excluída do texto...’

Lembrem-se de que na Emenda n.º 20 o texto que determinava a incidência de tributação de contribuição sobre inativos restou não aprovada no destaque para a votação em separado que lá procedera.

O que fez o Congresso Nacional na Emenda n.º 41? Exatamente o que deveria ser feito quando declaramos a inconstitucionalidade da Lei n.º 9.783 de 1999; resolveu aquilo que estava apto a fazê-lo: incluir no texto da Constituição uma decisão política que somente àquele Congresso caberia fazer.

Digo mais, como segundo item, falou-se muito e aqui leio também, quando da discussão da ADIN 2.010. o Ministro Celso de Mello referiu-se à transgressão ao princípio constitucional do equilíbrio atuarial e disse:

‘Entendo, por isso mesmo, na linha do que venho de expor, que a instituição da contribuição pertinente à seguridade social, referentemente aos servidores inativos e aos pensionistas, ofende, de um lado, a cláusula constitucional da não-incidência (CF, art. 40, § 12, c/c o art. 195, II, na redação dada pela EC n.º 20/98) e transgride, de outro, o princípio constitucional do equilíbrio atuarial (CF, art. 195, § 5º), evidenciando que essa exação, quanto a aposentados e a pensionistas, apresenta destituída da necessária causa suficiente, consoante observa, com inquestionável procedência, a ilustre Professora MISABEL DERZI (Da Instituição de Contribuição Sobre os Proventos dos Servidores Inativos, in *Enfoque Jurídico*, n.2, p. 13 – Suplemento):

‘Se o servidor já goza de aposentadoria, a meta constitucional permitida para a cobrança já foi alcançada, inexistente a despesa a ser custeada do ponto de vista do aposentado, pois os servidores públicos em atividade a financiam. Falta então o fundamento constitucional necessário e impostergável, que funda o exercício da competência da União’.

Argumento que foi acolhido pela Ministra Ellen Gracie.

Há um problema, meus caros colegas, sobre essa questão do equilíbrio atuarial, pois ele não tem nada a ver com a relação entre pagar e ter que receber. Ele é um conceito que vem da matemática atuarial – é bom deixar explicitada nesse ponto – porque a atuária se refere a uma parte da matemática específica, ou estatística, que investiga problemas relacionados com cálculo de seguros, à probabilidade de eventos, à avaliação de riscos, à fixação de prêmios e à análise de mercado econômico para o estabelecimento de planos e políticas de investimento. A idéia do equilíbrio atuarial determina que o sistema previdenciário como um todo deve ter viabilidade econômico-financeira para o futuro e no futuro. Portanto, o equilíbrio atuarial não remete à noção de direitos e deveres individuais e, assim, não significa que toda contribuição deve ter uma causa eficiente, como se pretendeu – por isso, não pode ser levantado para justificar a suposta necessidade de causa para a alteração do regime.

A visão que prepondera no equilíbrio atuarial não é a individual, ou seja, o direito individual de receber aquilo que pagou, mas a do sistema como um todo e a sua necessidade de ser auto-suficiente, de ser viável financeiramente. Equilíbrio atuarial é a necessidade de existir equivalência entre o ativo líquido do sistema e a sua reserva matemática, na linguagem dos atuários. Essa reserva significa a diferença entre as obrigações do plano para com os seus segurados, isto é, o valor atual dos benefícios futuros

ou custos previdenciários – trazem-se os benefícios futuros, chamados custos previdenciários, para o momento atual – e as obrigações dos segurados para com o plano, o valor atual das contribuições.

Se a previsão atual de arrecadação futura é maior do que a previsão atual do pagamento de benefícios futuros, o sistema reflete superávit. Se, ao contrário, a previsão atual de arrecadação futura é menor do que a previsão atual de pagamento de benefícios futuros – essa diferença não se compensa com o patrimônio líquido atual do sistema -, o sistema está com déficit. É isto que significa o princípio do equilíbrio atuarial: um cálculo matemático com regras de probabilidades, ou seja, uma especialidade da matemática que trabalha exatamente com as ações de futuro, absolutamente nada a ver com as relações entre haver pago e ter direito a receber. Se fosse verdadeira a tese à qual me referi, teríamos a impossibilidade total de resolver as questões deficitárias do sistema, porque se tivéssemos que ter, a todo aumento ou criação de contribuição e tributo, um benefício subsequente, é evidente que não teríamos, em hipótese alguma, a possibilidade de trabalhar nesse sentido.

Há uma confusão imensa entre dois regimes: o de capitalização, em que alguém faz um depósito em um valor futuro para receber contribuições ou benefícios futuros, e o regime de repartição simples. É o que há atualmente – como o Ministro Sepúlveda Pertence deixou muito claro e explicitou em voto anterior com outra linguagem – é um regime misto, um misto de regime financeiro de repartição simples e orçamentária, uma vez que temos as contribuições dadas pelos beneficiários futuros, inclusive pelos atuais, que se compensam no déficit do equilíbrio atuarial pelo orçamento público, como deixou claro o Ministro Carlos Velloso.

Portanto, não há que se pensar nisso. Aqui, gostaria de explicitar novamente o que havia dito na ADIN nº 2010 àquelas manifestações extraordinárias e competentes feitas pelo Ministro Celso de Mello: passa-se que citar autores e discutir a questão dos direitos adquiridos, os direitos individuais ou os direitos fundamentais, para aqueles que tinham a linguagem dos séculos XIX e XVIII é um problema grave. Lá, os direitos fundamentais eram os direitos civis e políticos – a velha conferência do velho e extraordinário economista Alfred Marshall quando fez os ciclos da cidadania: as cidadanias dos direitos civis, conquista do século XVII; as cidadanias dos direitos políticos, conquista do século XIX – e o Ministro Sepúlveda Pertence teve a oportunidade de se referir a isso em aparte mencionado -, mas, no século XX, por força das grandes discussões dos partidos socialistas

do fim do século XIX e, fundamentalmente com a introdução do “ *well fair state*”, tivemos o surgimento de um outro âmbito da cidadania, as cidadanias dos direitos econômico-sociais, que se distinguem claramente dos direitos civis e políticos porque aqueles são direitos sem custos; são direitos negativos: direito de ir e vir, direito de votar, de participar da vida política, o direito à livre expressão. A partir do momento em que se introduziram os direitos fundamentais – os direitos à habitação, à alimentação, à previdência, no sentido lato -, surgiu um fenômeno muito importante para o século XX, fundamentalmente para os meados do século XX, que foram, exatamente, os direitos econômico-sociais, os que custam, ou seja, os direitos a uma prestação. Aqueles eram direitos absolutos.

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

Creio, meus caros colegas, que foram postos pelo Ministro Cezar Peluso, com uma lucidez e precisão extraordinários, os pontos sobre esta questão. Quero fazer uma referência, embora ausente, do Ministro Marco Aurélio: sorri muito profundamente, Ministro Celso de Mello, quando ouvi referências e leitura alongada do Ministro Marco Aurélio com relação a voto e debate de que participei na Assembleia Nacional Constituinte. Leu o Ministro Marco Aurélio, Vossas Excelências ouviram, e em todo momento a palavra que usei foi esta: a lei não atingirá o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Lá, Ministro Sepúlveda Pertence, o discurso era exatamente este: falava-se na lei infraconstitucional. Por quê? Porque sempre tive presente, no processo constituinte, que a petrificação contra a Constituição, quando as necessidades sociais possam determinar situações adversas, corresponde a empurrar os governos para a ilegalidade e para o golpe, no sentido de derrubar a Constituição para reformá-la. Isso, as Constituições, na sua manutenção e na sua plasticidade futura, não podem impor a sociedade.

O SR. MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO – Sr. Presidente, V. Ex^a me permite um aparte?

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Ouço V. Ex^a. com prazer. E V. Ex^a também ouvirá a minha resposta.

O SR. MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO – Claro!

Se apenas a lei não pode ferir o direito adquirido e a emenda, por consequência, poderia fazê-la, concluiremos: então, a emenda pode também ferir a ato jurídico perfeito e até a coisa julgada.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Ministro, vamos tratar daquilo que eu disse. Não vamos estender esse debate, porque não resolve. Refiro-me, exclusivamente, à lei. Num momento oportuno, debatarei com V. Ex^a. o outro ponto.

O SR. MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO – Para não deixar passar a oportunidade, faço uma pequena objeção ao belo raciocínio de V. Ex^a. no que tange ao custeio atuarial para manter o sistema.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Faça a objeção que quiser.

O SR. MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO – Por definição jurídica, as contribuições previdenciárias não se prestam como instrumento de distribuição de renda. Elas não cumprem, portanto, o papel que é próprio do Imposto de Renda.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – São para financiar o sistema.

O SR. MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO – São para financiar o sistema. Eu só queria fazer essa ressalva.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Foi o que eu disse. Exatamente por isso que, no lado ativo do sistema, você tem as receitas e, no lado passivo, as obrigações. Elas são trazidas no cálculo atuarial, para a introdução de um cálculo delta, a um momento do passado e do presente em atos futuros. E aí surge a solidariedade decorrente, também, da obrigação social de todos contribuírem.

Meu caro Ministro, no caso específico, a solidariedade nada mais é do que a possibilidade daqueles que têm ajudar os que não têm.

Quando votei a ADI nº 2.010, exemplifiquei com um caso concreto de alguém que tem uma imensa possibilidade de se aposentar, com a remuneração do topo da carreira,

sem ter contribuído durante oito anos e ter contribuído durante doze ou vinte anos com base em dez salários mínimos. Alguém está pagando essa conta.

O SR. MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO – Nesse caso, não há dúvida.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – É o meu caso. V. Ex^a. está perante alguém que tem a capacidade de confessar que, até 1986, contribuiu para o sistema geral da Previdência sobre dez salários mínimos e, durante oito anos, quando membro da Câmara dos Deputados, contribuiu para o extinto Instituto de Previdência dos Congressistas e recebeu de volta seus valores.

Só passei a contribuir a partir de 1997 e posso me aposentar com o salário integral de Ministro do Supremo Tribunal Federal, sem ter contribuído. Alguém está pagando. Quem está pagando é, exatamente, o cidadão brasileiro. Dei este exemplo no Caso da discussão da Emenda nº 20.

Senhores, por último, encerro o meu voto para acompanhar, integralmente, com elogios e reconhecimento, o eminente Ministro Cezar Peluso, mas, fundamentalmente, peço a V. Ex^a. autorização para usar a parte final de seu voto, quando deixa muito clara a divisão e a distinção entre aqueles que têm voto na sociedade e podem definir políticas públicas daqueles que não têm e, portanto, devem respeitar as decisões daqueles que as tomam, legitimadas pelo único processo democrático que até agora conhecemos: o processo eleitoral.

Ministro Carlos Velloso – voto proferido na ADIN n.º 2.010-2 (30/09/99 p. 248)

“Srs. Ministros, quando votava o Sr. Ministro Marco Aurélio, mencionei que a alíquota progressiva de 25 % ensejaria um desconto, nos proventos, de mais ou menos 22%. Esclareço que esse percentual pode aumentar e diminuir, dependendo do quantum percebido. Por exemplo: num quantum de R\$ 10.800,00 (dez mil e oitocentos reais), teríamos um percentual de cerca de 23%, ou seja, um desconto em torno de R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais). Lembro-me que, quando despachei mandado de segurança impetrado por servidores aposentados, ainda como relator, vale dizer, quando ainda não me empossaram no cargo de presidente, elaborei diversos cálculos, a fim de estabelecer uma referência, para orientar-me, em concreto. É que a Constituição não tolera a utilização de tributo com efeito de confisco (CF, art, 150, IV). Como se chega a essa conclusão? Qual seria o conceito de ‘tributo com efeito confiscatório’? O conceito é indeterminado, caso em

que o juiz laborará em área que chamaríamos de ‘área cinzenta’. Em primeiro lugar, a questão, ao que me parece, deve ser examinada no conjunto de tributos que o servidor pagará, no seu contracheque, dado que se trata de tributo incidente sobre o vencimento, salário ou provento. Esse é, também, o entendimento de Ives Gandra da Silva Martins (‘Comentários à Constituição do Brasil’ , Saraiva, vol. IV, págs.161 e segs.), como lembrado pelo Sr. Ministro Relator. Ademais, o efeito de confisco se caracteriza, sobretudo, no fato, por exemplo, de o servidor, em razão da exigência fiscal, ter que se privar de bens ou utilidades de que vinha se utilizando. Busquei, então, inspirar-me, na minha situação pessoal, caso tivesse que pagar a contribuição na alíquota de 25%. Fiz os cálculos: somando a alíquota progressiva da contribuição – 25% - à alíquota do imposto de renda, verifiquei ocorrer decréscimo, nos meus vencimentos, que me impediria de continuar utilizando de bens úteis, como, por exemplo, o automóvel que compra mediante financiamento. Elaborei outros cálculos, com quantos diversos. Num vencimento ou salário de R\$ 10.000,00, teríamos um desconto de cerca de R\$ 2.200,00, mais ou menos 22%. Num salário ou vencimento de R\$ 5.000,00, salário ou vencimento de classe média, cerca de 19%, ou seja, R\$ 950,00 (...) Somando-se a isso a alíquota do imposto de renda, que também varia, penso que é possível concluir caracterizando o caráter confiscatório da alíquota progressiva de 25%, efeito confiscatório esse que a Constituição não admite (CF, art.150, IV). (...) Os cálculos acima indicados, repito, proporcionam, em concreto, condições para a conclusão de que a alíquota progressiva tem caráter confiscatório...

Ministro Carlos Velloso – voto proferido na ADIN n.º 3.105-8 (15/08/04 p. 343)

“ Sustento, Sr. Presidente, de longa data, que o constituinte derivado deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, que constituem garantias constitucionais da segurança jurídica.

Ainda sob o pálio da Constituição pretérita, que não estabelecia, expressamente, como cláusula pétrea, os direitos e garantias individuais, sustentei, no ano de 1971, como juiz federal em Minas, que uma emenda constitucional não poderia afrontar as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. É que, consagrando a Constituição tais garantias, não seria possível ao constituinte derivado afrontá-las, certo que a afirmativa no sentido de que a emenda constitucional passa a integrar o texto

constitucional e, assim, seria a própria Constituição que estaria a excepcionar a regra, há de ser entendida *cum grano salis*. É que, se fosse admissível a afirmativa, ficaria a Constituição contraditória com ela própria. É nesse sentido, aliás, a lição de Caio Mário da Silva Pereira (Caio Mário da Silva Pereira, 'Instituições de Direito Civil', Forense, Rio, 1961, vol. I, pág.125). Naquela época, poucos constitucionalistas se dedicavam ao tema. Interessante que o ilustre Procurador da entidade de direito público – a UFMG – que sustentara tese contrária, está presente nessa sessão. Transformei a sentença em artigo de doutrina, que o saudoso Geraldo Ataliba publicou na Rev. de Direito Público nº 21/174. O artigo sob o título “ Servidor Público – Aposentadoria – Direito Adquirido – Das limitações do Poder Constituinte Derivado” está reproduzido no meu “ Temas de Direito Público” , Dey Rey Ed., Belo Horizonte, 1ª ed., 2ª tiragem, 1997, págs. 457 e segs.).

Tenho, pois, Sr. Presidente, compromisso com a tese jurídica acima exposta.

Todavia, Srs. Ministros, a questão aqui debatida assume contornos diferentes, contornos diversos.

Com efeito. Desde o meu tempo de juiz federal em Minas e, sobretudo, de ministro do antigo Tribunal Federal de Recursos e do Superior Tribunal de Justiça, que perfilho o entendimento, na linha dos melhores mestres de Direito Constitucional Tributário – Geraldo Ataliba, Aliomar Balieiro, Rubens Gomes de Souza, Shacha Calmon, Paulo de Barros Carvalho, Misabel Derzi, Roque Carrazza, José Souto Maior Borges, Luciano Amaro, Hugo de Brito Machado, dentre outros - , de que as contribuições previdenciárias constituem espécie tributária. Até a promulgação da Constituição de 1988, a questão apresentava polêmica. Existiam os que, ardorosos fiscalistas, não emprestavam às contribuições previdenciárias caráter tributário. A Constituição de 1988 acabou com a polêmica, consagrando o caráter tributário dessas contribuições.

(...) Não há mais dúvida, não há mais polêmica: as contribuições previdenciárias, hoje denominadas contribuições de seguridade social, são espécies tributárias. (...) O financiamento da seguridade social tem marca, o da solidariedade: toda sociedade participa desse financiamento, de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados e dos Municípios, e das contribuições sociais, dentre essas, a dos trabalhadores e demais segurados.

O conceito de seguridade social está na Constituição, art. 194, que proclama: “ A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social.”

É dizer, a seguridade social, segundo a Constituição, art. 194, assenta-se numa tripeça: saúde, previdência social e assistência social.

A contribuição de seguridade social, espécie tributária, é instituída, portanto, não para o fim específico de obtenção do benefício aposentadoria, mas para o financiamento da seguridade social, nesta compreendida a previdência social, certo que são diversos os benefícios que podem ser concedidos, registrou o Ministro Eros Grau, mesmo porque, vale repetir, a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social.

Estabelecido, então, que a contribuição aqui tratada é um tributo e que ela se destina a financiar a seguridade social, compreendendo esta a saúde, a previdência social e a assistência social, examinemos se seria possível afastar da incidência do tributo, sem previsão expressa, uma certa classe de servidores públicos, a dos inativos, certo que no julgamento do RE 163.204 / SP, invoquei lição do professor Haroldo Valadão no sentido de que “ a aposentadoria e a reforma acham-se, também, ligadas diretamente ao cargo ou ao posto do inativo, como direito ou vantagem dele, conseqüente. Os aposentados são funcionários públicos de uma categoria especial, são funcionários inativos” (RTJ 166 / 267 – 274).

Sr. Presidente, não há direito em não ser tributado, a menos que esteja a pessoa, física ou jurídica, abrangida por imunidade tributária. Uma lei que institua, com observância dos princípios constitucionais tributários, um tributo, que descreva em abstrato a hipótese de incidência, a base de cálculo ou base imponible, a alíquota, o sujeito ativo e o sujeito passivo, atinge a todos os sujeitos passivos que realizarem, em concreto, a hipótese de incidência descrita, em abstrato, na lei.

Os servidores públicos – ativos e inativos – não são contemplados por imunidade tributária relativamente à contribuição de seguridade social. As imunidades, relativamente à essa contribuição, são estas: 1) do art. 195, § 7º, posta na Constituição como isenção, mas que, na realidade, é imunidade tributária: “ São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei ”. (C. F., art. 195, § 7º) ; 2) a dos aposentados e pensionistas do regime geral da previdência social de que trata o art. 201 da Constituição, que gozam de imunidade tributária relativamente à contribuição de seguridade social (C.F., art. 195, II).

No texto primitivo da Constituição vigente não havia proibição expressa da incidência sobre os proventos dos servidores públicos. A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, incluiu, no art. 40, o § 6º, com a seguinte redação: “ § 6º. As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores públicos, na forma da lei.”

Esse dispositivo constitucional foi trazido à apreciação do Supremo Tribunal Federal nas ADIs 1.441 / DF, Relator o Ministro Octavio Gallotti, e 1.430 / BA, Relator o Ministro Moreira Alves.

Na ADI 1.441 – MC / DF, Relator o Ministro Octavio Gallotti, o Supremo Tribunal Federal indeferiu a cautelar de suspensão da eficácia das normas legais objeto da causa. Assim a ementa do acórdão:

“EMENTA : - Extensão, aos proventos dos servidores públicos inativos, da incidência da contribuição para o custeio da previdência social.

Insuficiente relevância, em juízo provisório e para fins de suspensão liminar, de arguição de sua incompatibilidade com os artigos 67; 195, II ; 40, § 6º; 194, IV e 195 , §§ 5º e 6º, todos da Constituição Federal.

Medida cautelar indeferida, por maioria.” (“ DJ ” de 18.10.96)

No seu voto, o eminente Ministro Octavio Gallotti acentuou:

“(. . .) Chego, assim ao âmago da proposição dos requerentes, que exclui os servidores aposentados da permissão contida no § 6º, acrescentado, ao art. 40 da Constituição, pela Emenda nº 3, de 17 de março de 1993:

“§ 6º. As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei.”

Ao contrário dos trabalhadores na iniciativa privada, que nenhum liame conservam com seus empregadores após a rescisão do contrato de trabalho pela aposentadoria, preservam os servidores aposentados um remarcado vínculo de índole financeira, com a pessoa jurídica de direito público para que hajam trabalhado.

Não é por outro motivo que interdições, tais como a imposição do teto de remuneração e as proibições de vinculação ou equiparação de vencimentos, do cômputo de acréscimos pecuniários percebidos ao mesmo título, bem como a de acumulação remunerada (incisos XI, XIII, XIV e XVI do art. 37 da Constituição), são por igual aplicáveis tanto a servidores ativos como a inativos, no silêncio da Constituição.

Esta perfeita simetria, entre vencimentos e proventos, é realçada pela disposição do § 4º do art. 40 da Constituição:

“§ 4º . Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.”

(...) Mas o que acontece, Sr. Presidente, é que, no caso, estamos diante de Emenda Constitucional, a EC 41, de 2003. Na ADI 2.010/DF, arguiu-se a inconstitucionalidade de lei ordinária frente à Emenda Constitucional nº 20, de 1998. Agora, não há apenas autorização constitucional para a instituição da contribuição; agora, a EC 41, de 2003, expressamente estabelece a incidência do tributo (EC 41/2003, art.4º).

Não há como deixar de reconhecer, Sr, Presidente, a constitucionalidade do referido artigo 4º, da EC 41, de 2003, por isso que não há falar em direito adquirido a não ser tributado, a na submeter-se a um tributo instituído por lei com observância dos princípios constitucionais tributários. Somente escapam da incidência tributária legitimamente instituídas, vale dizer, instituída com observância dos princípios constitucionais tributários, as pessoas, físicas e jurídicas, abrangidas por imunidade tributária. Imunidade Tributária não há, no caso.

A seguridade social é financiada, em termos solidários, por toda a sociedade, pelas contribuições e pelos orçamentos federais, estaduais, municipais e

distritais. Se a previdência social está amargando déficit no pagamento das aposentadorias e pensões dos servidores públicos, muitas e muitas delas com pingues proventos – centenas de aposentados ainda moços, que trabalham em diversos setores do mercado de trabalho – esses proventos estariam sendo financiados pela sociedade. O trabalhador de salário-mínimo, que paga, por exemplo, IPI e ICMS sobre o cigarro miserável que fuma, estaria financiando, indiretamente, tais proventos. É que não há almoço de graça, Alguém há de pagar. Parece-me adequado que seja esse pagamento realizado, então, mediante contribuição razoável, pelos beneficiários (...)