

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Edna Raquel Rodrigues S. Hogemann; Flavia Piva Almeida Leite; Saulo José Casali Bahia – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-614-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

O XXVII Encontro Nacional do CONPEDI – SALVADOR, realizado em parceria com a Universidade Federal da Bahia, apresentou como temática central “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”. Essa temática estimulou calorosos debates desde a abertura do evento e desdobramentos ao decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias, que versaram, entre outros, sobre a ideia de diversidade ligada aos conceitos de pluralidade, multiplicidade, na intersecção de perspectivas que se destacam pelas diferenças, ou ainda, na tolerância mútua.

Em especial, a questão da eficácia social dos direitos e garantias fundamentais mereceu destaque no Grupo de Trabalho “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III”, na medida em que inequivocamente são questões que mais se acercam do princípio da dignidade da pessoa humana e da plenitude da cidadania, na medida em que propende a redução das desigualdades entre as pessoas, que pode proporcionar os indivíduos as mais completas e dignas condições de vida.

Sob a coordenação da Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá, da Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite - Universidade Estadual Julio de Mesquita Filho - UNESP – SP e do Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia - Universidade Federal da Bahia, o GT “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III” promoveu sua contribuição, com exposições orais e debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade dos assuntos abordados pelos expositores.

Eis uma breve síntese dos trabalhos apresentados:

A CAPTURA DA TEORIA DO SOPESAMENTO E A IMPORTÂNCIA DA CONSIDERAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS E JURÍDICOS À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, da autoria de Érica Silva Teixeira, Saulo José Casali Bahia, abordou a ficção jurídica que gira em torno da eficácia plena dos direitos fundamentais através das relações econômicas ignoradas pela atuação jurisdicional e, em paralelo, sobre como o método de ponderação de interesses pode servir de reforço normativo para incrementar discursos ideológicos.

O artigo intitulado OS DEVERES INDIVIDUAIS DOS CIDADÃOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, de Joshua Gomes Lopes , Ivson Antonio de Souza Meireles, apresenta uma breve visão histórica dos deveres e da cidadania, analisando seus significados na Antiguidade clássica e os deveres individuais dos cidadãos presentes na Constituição Federal de 1988.

Isadora Beatriz Magalhães Santos e Luciana Lopes Canavez apresentaram o artigo intitulado: A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: UMA ANÁLISE PELA BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO que abordou um refletir sobre a eficácia horizontal como meio de promoção da equidade e da bioética interventiva.

OS REFLEXOS DA NOVA CONCEPÇÃO DE AUTONOMIA PRIVADA EM QUESTÕES DE GÊNERO, IDENTIDADE GENÉTICA E EUTANÁSIA, artigo de autoria de Riva Sobrado De Freitas , Danielle Jacon Ayres Pinto trouxe uma reflexão a respeito da necessidade da reconfiguração do Direito ao próprio Corpo, redesenhando seu conteúdo sob a ótica da Autonomia Privada Decisória.

Belmiro Vivaldo Santana Fernandes e Mônica Neves Aguiar Da Silva são os autores do artigo intitulado: PANORAMA DA ORIENTAÇÃO SEXUAL FRENTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA que abordou discriminação em razão da orientação sexual sob dois prismas: o da suposta auto degeneração do ser humano pelo exercício de sua orientação não-heterossexual e, em seguida, as atitudes dos que se proclamam heterossexuais ao agredirem moralmente os não-heterossexuais por acreditarem que estes são indignos.

UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DA TUTELA DE EVIDÊNCIA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS, da autoria de Lucas Helano Rocha Magalhães e Juraci Mourão Lopes Filho teve por objetivo uma análise do principal meio de efetivação dos direitos fundamentais frente ao estado, o mandado de segurança, e estabelece um paralelo com a tutela de evidência que poderia ocupar seu espaço no ramo do direito privado.

Paulo Roberto Albuquerque de Lima apresentou o artigo A COMUNICAÇÃO REGIONALIZADA COMO DIREITO SOCIAL EM SUSPENSO NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ, abordando um estudo concentrado no inciso III do artigo 221 da Constituição Federal de 1988, evidenciando a intenção do legislador constitucional de garantir um direito social importante: preservação de identidade cultural, que, entretanto, nunca foi regulamentado.

O artigo intitulado O REGISTRO DE NASCIMENTO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, da autoria de Alessandro Aparecido Feitosa de Rezende e Rodrigo Rafael de Souza Picardi, trouxe a discussão a respeito do registro de nascimento, bem como os seus reflexos no mundo jurídico em especial no âmbito dos direitos fundamentais.

Os autores José Antonio Remedio e Fabricio Agnelli Barbosa apresentaram o artigo intitulado: O DIREITO ADQUIRIDO EM FACE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIUNDAS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DERIVADO, que busca analisar o instituto do direito adquirido e sua oponibilidade à norma constitucional originária e derivado, explorando as controvérsias existentes sobre a matéria.

A CORRUPÇÃO COMO NEGAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS é o título do artigo de autoria de Maria Fausta Cajahyba Rocha, cujo objeto versou sobre as consequências que a corrupção desencadeia na sociedade contemporânea, notadamente no campo das violações dos Direitos Humanos.

Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann apresentou o artigo intitulado: CONSTITUIÇÃO, DIREITOS HUMANOS E PLURALISMO JURÍDICO: A POSSIBILIDADE DE CONTROLE À JURISDIÇÃO INDÍGENA NO BRASIL A PARTIR DA COMPARAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO EQUATORIANA em que realizou uma análise reflexiva acerca dos desafios e possibilidades de controle à jurisdição indígena no Brasil a partir da comparação com a constituição equatoriana, que assimilou o conceito de jurisdição indígena a partir do Novo Constitucionalismo LatinoAmericano.

A DEFESA DA PROPRIEDADE PRIVADA COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL NO BRASIL: O RELEVANTE PAPEL DO CADE, da autoria de Jarbas José dos Santos Domingos, promoveu uma análise filosófica e jurídica da propriedade, bem como um estudo da história e dos dados oficiais da desigualdade social no Brasil e do papel do Cade na redução das desigualdades sociais.

Na sequência, Luiz Carlos De Oliveira Paiva Júnior em seu artigo intitulado A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL propõe demonstrar a eficácia dos direitos fundamentais, abordando sua previsão no Estado Democrático de Direito e tratando sobre sua eficácia irradiante e horizontal.

No artigo A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NUMA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA, Alyne Mendes Caldas discute a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir da necessidade de proteção da autonomia da vontade, estabelecendo um diálogo entre o sistema constitucional brasileiro e o sistema constitucional português.

A seguir, Max Emiliano da Silva Sena, por meio do trabalho A FUNÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS NA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS propõe que no Pós-positivismo, o Direito reencontra-se com valores, outrora desconsiderados pelo Positivismo.

Em sua apresentação do trabalho intitulado A PROBLEMÁTICA DOS CUSTOS NO CAMPO DA EXECUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALTERNATIVAS SOLUÇÕES PARA O CUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL, Diogo Oliveira Muniz Caldas e Alvaro dos Santos Maciel apontam que na esteira do neoconstitucionalismo, o cumprimento e o respeito dos direitos fundamentais e sociais brasileiros, uma grande celeuma surge nos tribunais e na doutrina ao debruçarem-se acerca da proteção desses direitos. Concluindo que o desenvolvimento econômico não deve ser necessariamente contraposto aos direitos fundamentais, mas sim um instrumento para atingir seu efetivo cumprimento.

Por sua vez, Pedro Luis Piedade Novaes em seu artigo intitulado A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO SIGILO DA FONTE JORNALÍSTICA discorre que o resguardo do sigilo da fonte jornalística tem proteção expressa no artigo 5º, XIV, da Constituição Federal de 1988, todavia, apesar de ser uma garantia fundamental voltada para a profissão do jornalista, existem muitas críticas quando ao seu alcance, não havendo consenso na doutrina quanto ao modo como este instrumento de trabalho deva ser utilizado pela imprensa para divulgação de uma notícia.

No artigo ADPF: A DEFESA DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS NO CONTROLE JUDICIAL DE ATOS POLÍTICOS os autores Antonio Jose Souza Bastos e Felipe Jacques Silva discorrem que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como importante ação constitucional que se presta à tutela dos preceitos fundamentais, não pode ser manejada em face de todos os atos de Poder Público, isto porque, os atos políticos têm sido afastados da apreciação do Poder Judiciário, em virtude de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Seguindo as apresentações, Breno Soares Leal Junior e Leandro José Ferreira, no artigo intitulado AS REPERCUSSÕES E DESDOBRAMENTOS DO JULGADO DA ADI 4983, E SUAS EXPECTATIVAS PARA OS ENTENDIMENTOS FUTUROS analisam o entendimento proferido sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983 ajuizada em face da lei cearense 15.299/13 que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural do estado.

No artigo intitulado CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CARACTERÍSTICA FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, Rodrigo Garcia Schwarz e Candy Florencio Thome identificam como a atuação dos tribunais pode contribuir para a tutela dos direitos sociais fundamentais.

Por sua vez, Rogério Piccino Braga e Diomar Francisco Mazzutti discorrem sobre a pouca afinidade que o constitucionalismo brasileiro guarda com determinadas liberdades, decorre indubitavelmente de dois fatores tratados no texto a seguir. Primeiro deles, a inconsistente solidificação enunciativa e material do que se convencionou denominar de constitucionalismo, notadamente no que concerne às oscilações dos processos de democratização e redemocratização no Brasil. Segundo, sob a ótica global, a não previsão no contrato social - da forma como explicado por Thomas Hobbes e por Rousseau e ainda vigente - de demandas por liberdades sociais e jurídicas prementes.

Roberto Berttoni Cidade e TATIANE de souza em seu artigo intitulado DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU ÂMBITO NORMATIVO: LIMITES IMANENTES OU CONFORMAÇÃO? apontam que os Direitos Fundamentais vêm das conquistas históricas, contendo valores sociais primordiais que, positivados, ganharam status direitos subjetivos, inseridos na mais alto patamar do sistema legal, cuja função de nortear e harmonizar o sistema depende do âmbito normativo à eles atribuídos, identificados nas óticas da teoria interna e externa.

Com o intuito de finalizar as discussões acerca desses direitos e garantias fundamentais, Rejane Francisca dos Santos Mota apresenta o trabalho intitulado MÍDIA E DIREITO PENAL: ARTICULAÇÃO E INFLUÊNCIA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO versou sobre as relações entre mídia e o Direito Penal no Brasil.

Por fim, os organizadores e coordenadores do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais III parabenizaram e agradeceram aos autores dos trabalhos que compõem esta obra pela valiosa contribuição científica de cada um, o que por certo será uma leitura interessante e útil à comunidade acadêmica. Reiteramos a satisfação em participar da

apresentação desta obra e do CONPEDI, que se constitui, atualmente, o mais importante fórum de discussão e socialização da pesquisa em Direito.

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann – UNIRIO / UNESA

Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite – UNESP

Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia – UFBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O DIREITO ADQUIRIDO EM FACE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS
ORIUNDAS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DERIVADO**

**THE RIGHT ACQUIRED IN FACE OF THE CONSTITUTIONAL NORMS FROM
THE ORIGINATING AND DERIVATIVE CONSTITUENT POWER**

**José Antonio Remedio ¹
Fabricio Agnelli Barbosa ²**

Resumo

A pesquisa tem como objeto analisar o instituto do direito adquirido e sua oponibilidade à norma constitucional originária e derivada, explorando as controvérsias existentes sobre a matéria. O direito adquirido integra as cláusulas pétreas previstas na Constituição Federal e fomenta os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima. O método utilizado é o dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência. Conclui que o direito adquirido, embora não seja oponível no tocante às normas constitucionais oriundas do Poder Constituinte Originário, pode ser oposto em relação às normas procedentes do Poder Constituinte Derivado.

Palavras-chave: Direito adquirido, Limites ao direito adquirido, Poder constituinte derivado, Poder constituinte originário, Retroatividade da norma constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

The research aims to analyze the acquired right and its contrariness to the originating and derivative constitutional norm, exploring the existing controversial subject. The acquired right is part of the immutable clauses of the Federal Constitution and encourages the juridical safety and protection of legitimate expectations principles. The method used is the deductive, based on legislation, doctrine and jurisprudence. It is concluded that the acquired right, although not contrary to the constitutional norms from the Originating Constituent Power, can be contrary to the norms of the Derivative Constituent Power.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Acquired right, Limits to the acquired right, Derivative constituent power, Originating constituent power, Retroactivity of the constitutional norm

¹ Doutor em Direito do Estado pela PUCSP. Professor de Graduação e Pós-graduação (Mestrado) em Direito da UNIMEP. Professor de Graduação em Direito do UNASP. Promotor de Justiça Aposentado. Advogado. jaremedio@yahoo.com.br

² Mestrando em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP). Advogado. fabriciolex@gmail.com

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em sua redação originária, arrola o direito adquirido entre os direitos fundamentais, ao estatuir no art. 5º, inciso XXXVI, que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Todavia, há exceções ao uso do direito adquirido, como na hipótese prevista no *caput* do art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao dispor que não poderá haver invocação de direito adquirido nos casos de vencimentos, remuneração, vantagens e adicionais, bem como proventos de aposentadoria, que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição, os quais serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes.

A importância do direito adquirido na ordem jurídica brasileira é notória, em especial pelo fato de que, apesar de previsto na Magna Carta como direito fundamental, está sujeito a limites não perfeitamente definidos na Constituição.

Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência controvertem-se a respeito da possibilidade de limitação ou restrição do direito adquirido em face da norma constitucional, seja decorrente do Poder Constituinte Originário, seja oriunda do Poder Constituinte Derivado.

O direito adquirido, embora tradicionalmente um direito individual, normalmente aplicado como limite material ao Poder Reformador da Constituição, classificado como cláusula pétrea, possui uma faceta relacionada à justiça social e à igualdade material de direitos, inclusive fundamentando o princípio constitucional implícito da vedação ao retrocesso social.

No entanto, caso aplicado de forma absoluta, o direito adquirido pode constituir um óbice ao princípio democrático, uma vez que somente por meio de ruptura revolucionária e realização de uma nova ordem constitucional poderia a maioria democrática modificar ou restringir o instituto.

A pesquisa tem como objeto analisar o direito adquirido e sua oponibilidade em face da norma constitucional oriunda do Poder Constituinte Originário e do Poder Constituinte Derivado, explorando os contornos e as controvérsias existentes a respeito da matéria no âmbito legal, doutrinário e jurisprudencial.

No tocante à estrutura, a pesquisa inicia-se com uma breve análise do direito adquirido, dos valores que protege, entre os quais a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, e de sua relação com o princípio da irretroatividade das leis. Em seguida, analisa a oponibilidade do direito adquirido em face da Constituição Federal, tanto em relação às normas decorrentes do Poder Constituinte Originário como às do Poder Constituinte Derivado, no último caso com

ênfase às Emendas à Constituição. Enfoca, por fim, a relação entre o direito adquirido e a democracia, a igualdade material e o princípio constitucional implícito da vedação do retrocesso social.

Na elaboração da pesquisa, utilizaram-se fontes primárias e secundárias de conhecimento, por meio de pesquisa essencialmente bibliográfica, através do método dedutivo, segundo o qual parte-se de premissas mais genéricas, até as mais específicas, para a construção e discussão do conhecimento.

Tem-se, como hipótese, que o direito adquirido, embora direito fundamental, não possui caráter absoluto, não sendo oponível em face das normas constitucionais advindas do exercício Poder Constituinte Originário, sendo, porém, oponível em face das normas constitucionais oriundas do exercício do Poder Constituinte Derivado.

1. O DIREITO ADQUIRIDO E A IRRETROATIVIDADE DAS LEIS

O inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal insere o direito adquirido entre os direitos fundamentais, ao dispor que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

O legislador brasileiro não acolheu o princípio da irretroatividade absoluta no âmbito constitucional, mas o princípio da irretroatividade restrita, consubstanciado na vedação à edição de leis prejudiciais ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

O inciso XXXVI do art. 5º da Lei Maior, embora dirigido de forma direta ao Poder Legislativo no que se refere à função típica de legislar, também é aplicável aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

O termo “lei”, constante do inciso XXXVI do art. 5º da Magna Carta, engloba todas as espécies normativas sujeitas ao processo legislativo, como as emendas à Constituição, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções.

Todavia, embora o texto constitucional garanta o direito adquirido em face da lei, não define o instituto, assim como não delimita seus contornos, conteúdo e extensão.

Da mesma forma, as normas infraconstitucionais não apresentam uma definição sobre o direito adquirido, exceção feita ao art. 6º do Decreto-Lei 4.657/1942, que apresenta apenas um conceito limitado do instituto.

Nos termos do *caput* do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico

perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”. E, conforme § 2º do art. 6º do mesmo diploma normativo, “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (BRASIL, 1942).

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 27.641-SP, fixou o entendimento no sentido de que o conceito de direito adquirido, instituto sediado na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVI, CF/1988), “encontra densidade discursiva no direito infraconstitucional, especificamente o art. 6º, § 2º, LICC, que assim considera o direito exercitável sem limite por termo pré-fixo ou condição pré-estabelecida inalterável ao arbítrio de outrem” (BRASIL, 2008).

Segundo Lilian Barros de Oliveira Almeida (2008), “a definição trazida pela norma ordinária foi apresentada de forma limitada, não sendo suficiente para conceituar o direito adquirido”, do que decorre “a necessidade da busca de uma compreensão que vá além da definição legal do instituto, o que obriga que se busque o verdadeiro conteúdo na doutrina e jurisprudência”.

Nesse contexto, cabe à doutrina e à jurisprudência disciplinarem o direito adquirido, em especial no que se refere à sua definição, contornos e limites.

Em relação à definição, o direito adquirido é aquele já obtido, conseguido e incorporado, ou seja, é “o direito que já se incorporou ao patrimônio da pessoa, já é de sua propriedade, já constitui um bem, que deve ser judicialmente protegido contra qualquer ataque exterior que ouse ofendê-lo ou turbá-lo” (SILVA, 2013, p. 471).

Manuel Gonçalves Ferreira Filho (2002, p. 18), citando Ferdinand Lassale, afirma que o direito adquirido pode ser visto como instituto fundamentado na garantia da autonomia da vontade, que tem origem na liberdade individual. Em relação aos fatos ocorridos no passado, mas com efeitos no futuro, o direito adquirido é uma forma de contenção dos efeitos imediatos de lei nova. Dessa forma, o direito adquirido é respeitado, e não modificado.

O direito adquirido, enquanto direito fundamental previsto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, inserindo-se entre as cláusulas pétreas previstas no art. 60, § 4º, IV, da Lei Maior, goza de imutabilidade no que se refere ao exercício do Poder Constituinte Derivado, uma vez que não pode ser objeto de Emenda Constitucional que tenda a aboli-lo.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 83), cumpridos certos requisitos constitucionais e legais, bem como os pressupostos de sua aquisição, o direito adquirido não poderá ser modificado por futuras alterações legislativas, exceto por uma nova Constituição.

A questão concernente à retroatividade ou irretroatividade das leis, por sua vez, é ínsita ao tema do direito adquirido.

A retroatividade da lei é função atípica, estranha às regras gerais da lei no tempo, e não é finalidade da teoria do direito adquirido, mas sim consequência do princípio da irretroatividade das leis, já que, em regra, a lei superveniente não retroage a fatos ocorridos antes de sua vigência e entrada em vigor. Também se consideram fatos passados aqueles em que os pressupostos jurídicos de gozo do direito já se acabaram, preteritamente, ainda que o titular não tenha efetivamente exercido ou desfrutado do direito (MELLO, 2000, p. 76).

Embora sem uniformidade na doutrina, pondera Daniel Sarmento (2005, p. 23) que o ordenamento jurídico brasileiro não assegurou de forma expressa a irretroatividade da lei, à exceção da retroação benéfica penal e em matéria tributária. Em sede civil, o direito adquirido foi a proteção dada pelo Constituinte em relação ao legislador ordinário, o qual, se não interferir no ato jurídico perfeito, no direito adquirido e na coisa julgada, bem como na retroação benéfica penal ou no tocante às disposições de matéria tributária, pode editar lei retroativa, respeitados referidos direitos.

Todavia, apesar de próximos, os conceitos de direito adquirido e de irretroatividade das leis não se confundem. O direito adquirido é instituto mais amplo que o princípio da irretroatividade. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro conceitua o direito adquirido, dando ensejo a que alguns doutrinadores equiparem este conceito a todo e qualquer direito subjetivo existente. Entretanto, toda legislação infraconstitucional deve ser interpretada à luz da Constituição da República, e não o inverso. Isso porque o direito adquirido não é qualquer tipo de direito subjetivo, mas sim um direito subjetivo que representa e significa uma vantagem econômica para o patrimônio de seu titular (FERREIRA FILHO, 2002, p. 16-17).

Conforme referência de Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 79-80), enquanto que para alguns doutrinadores os fatos pretéritos servem como solução ao princípio da irretroatividade das leis, em relação aos fatos pendentes aplica-se a teoria do direito adquirido, para solucionar que lei deve ser aplicada a uma situação jurídica em curso, e não a fatos jurídicos já exauridos no passado.

Fatos jurídicos que já ocorreram, consumados segundo a lei vigente à época de sua ocorrência, portanto fatos jurídicos definitivos, são fonte de direito adquirido. Ainda que sujeito a termo ou condição, se esta for inalterável pela vontade de alguém, o direito adquirido permanece (DANTAS, 1996, p. 116).

Sob outro ângulo, o direito adquirido permite a concretização das finalidades de previsibilidade e segurança do Direito. Deve-se buscar um equilíbrio entre os valores da

segurança jurídica e do progresso social, o que é possível através de propostas doutrinárias e das normas postas, procurando-se uma resolução equilibrada que não comprometa a essência destes valores. As situações jurídicas consolidadas, pelo reclamo da segurança, tendem a permanecer definitivas, motivo pelo qual se protegem referidas situações de leis posteriores à sua consolidação (MELLO, 2000, p. 75).

O direito posto, ainda que por texto constitucional, não dá conta de todas as complexidades do mundo social, em constante mudança. A garantia do direito adquirido é corolário do “princípio de segurança da ordem social”, bem como uma forma de se realizar a ordem jurídica com justiça. A lei não pode desconstituir o direito adquirido (BEVILÁQUA, 2015, p. 2).

A segurança jurídica orienta o instituto do direito adquirido. Entretanto, a segurança jurídica possui como reflexo o princípio da proteção da confiança, ou princípio da confiança legítima, que é protegido no Direito Alemão, no Direito Holandês, bem como em certos julgados da Corte de Justiça da Comunidade Europeia. Para a doutrina alemã, a tutela da confiança, a proibição de caráter indeterminado ou vago na regulamentação de determinado assunto e a necessidade de leis claras e precisas são desdobramentos do princípio da segurança jurídica (MEDAUAR, 2008, p. 228-229).

O princípio da proteção da confiança não alcança qualquer modificação legislativa, e tem aplicação mais ampla que o princípio do direito adquirido, pois também alcança direitos não adquiridos, que estão na iminência de serem constituídos, ou que, por conduta da Administração, geraram expectativa fundada de sua realização para o cidadão (MEDAUAR, 2008, p. 230).

Como a vigente Constituição Federal não definiu o que vem a ser direito adquirido, inexistente impedimento para que referida tarefa seja elaborada por lei ordinária, pela doutrina ou pela jurisprudência, como se verifica, em relação à lei, com o disposto no art. 6º, § 2º, do Decreto-Lei 4.657/1942.

O direito adquirido, conforme previsão constitucional, não poderá ser prejudicado por lei comum ou ordinária. Entretanto, no tocante à prevalência do direito adquirido em face de normas constitucionais originárias e de emendas constitucionais, inexistente uniformidade de pensamento a respeito, como adiante se verá.

2. A OPONIBILIDADE DO DIREITO ADQUIRIDO EM FACE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS ADVINDAS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DERIVADO

O direito adquirido, cuja origem está vinculada à evolução histórica de direito intertemporal, identifica-se como um dos instrumentos à disposição do Direito para solucionar conflitos de leis no tempo.

Inserido na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, o direito adquirido às vezes pode conflitar com normas oriundas do Poder Constituinte Originário, com normas advindas do Poder Constituinte Derivado e com normas infraconstitucionais.

O Poder Constituinte Originário dá ensejo à criação da Constituição originária, estabelecendo um novo Estado e dando início a uma nova ordem jurídica, ordem essa que não está atrelada ao ordenamento constitucional anterior.

As seguintes características destacam-se no que se refere ao Poder Constituinte Originário (FERREIRA FILHO, 2002, p. 12): “inicialidade”, já que com ele começa o ordenamento jurídico por meio da Constituição; “ilimitação”, pois, sendo originário e inicial, não pode ser limitado pelo direito positivo, e, com relação a este, pode dispor como bem entender, já que é soberano; e “incondicionamento”, ou seja, não há uma única forma de se manifestar, pois pode fazê-lo por Assembleia Constituinte ou por qualquer outro modo.

A norma constitucional originária é dotada de retroeficácia, característica que excepciona o princípio da irretroatividade e do efeito imediato da Constituição, isso porque o Poder Constituinte Originário não é limitado ao Direito Positivo predecessor, podendo alterar tanto os *facta praeterita* como os *facta pendentia* (FERREIRA FILHO, 2002, p. 15).

Embora a Constituição Originária não possui limites jurídicos ou positivos anteriores à sua promulgação. Por outro lado, a nova Carta pode desconstituir os direitos adquiridos, como verificado no Brasil em relação ao disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988.

A intangibilidade do Poder Constituinte Originário em relação ao direito adquirido é amplamente aceita pela doutrina, embora alguns autores, como J. J. Gomes Canotilho e Jorge Miranda, tenham entendimento contrário.

Na jurisprudência, ao julgar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.356-DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “a eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de ‘originário’) não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo”. Por sua vez, “as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem

constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas” (BRASIL, 2011).

Assim, pode-se afirmar que os efeitos da norma constitucional originária têm aplicação imediata, que não existe direito adquirido contra a Constituição Originária e que não se aplica em relação a ela o princípio da irretroatividade das leis.

Entretanto, muitas são as controvérsias existentes quando se contrapõe o direito adquirido em face do exercício do Poder Constituinte Derivado, como no caso de edição de Emenda à Constituição.

O Poder Constituinte Derivado tem fonte na Constituição exarada pelo Poder Constituinte Originário.

São características essenciais do Poder Constituinte Derivado ou Constituído (FERREIRA FILHO, 2002, p. 13): ser “limitado” em relação a prescrições jurídico-positivas e, ainda que a Constituição não o limite expressamente, está sujeito a limites implícitos; ser “condicionado”, já que, para ser exercido, o poder constituído precisa respeitar os procedimentos que foram regulamentados para o seu exercício, sujeitando-se, inclusive, ao controle de constitucionalidade.

A Constituição Federal de 1988 elenca no artigo 60 diversos requisitos e limites ao exercício do Poder Constituinte Derivado, no que se refere ao processo de Emendas à Constituição, entre os quais se destacam:

- a) a Constituição somente pode ser emendada mediante proposta de no mínimo um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República, ou de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação (incisos I, II e III);
- b) na vigência de intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio, não poderá ser emendada a Constituição Federal (§ 1º);
- c) a proposta somente será considerada aprovada se obtiver em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, três quintos dos votos dos respectivos membros (§ 2º);
- d) não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado (§ 4, I), o voto direto, secreto, universal e periódico (§ 4º, II), a separação dos Poderes (§ 4º, III) e os direitos e garantias individuais (§ 4º, IV).

Consoante entendimento doutrinário dominante, enquanto o Poder Constituinte Derivado possui limitações de ordem material, formal, procedimental, circunstancial e temporal, o Poder Constituinte Originário não tem a necessidade de respeitar referidos limites (FERREIRA FILHO, 2002, p. 13).

No tocante às Emendas Constitucionais, que decorrem do exercício do Poder Constituinte Derivado, observa-se que o direito adquirido possui tratamento e garantia constitucional, com hierarquia normativa idêntica à do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, inclusive porque sua proteção está prevista no mesmo artigo e inciso do texto constitucional (CF, art. 5º, inciso XXXVI). Nesse contexto, admitir que Emendas Constitucionais desrespeitem o direito adquirido, é o mesmo que admitir a existência de restrições da mesma natureza em relação ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, o que não tem sido possível de acordo com parte expressiva da doutrina (DANTAS, 1996, p. 121).

Ainda, a Emenda Constitucional é o resultado do exercício de Poder Constituído, portanto temporário, para reforma do texto constitucional, o qual, expressamente, adotou o direito adquirido como direito fundamental e como cláusula pétrea. Assim, a elaboração das emendas constitucionais é limitada pela própria Constituição, que proíbe a mitigação do direito adquirido pelo Poder Constituinte Derivado. Dessa forma, não seria possível que a Emenda à Constituição mitigasse ou excluísse materialmente o direito adquirido, ainda que respeitadas as formalidades procedimentais pertinentes ao processo legislativo (DANTAS, 1996, p. 122-123).

Importante observar, porém, que a identificação do direito adquirido como cláusula pétrea não torna a garantia constitucional intocável de forma absoluta, uma vez que o § 4º do art. 60 da Lei Maior apenas não permite a apresentação de proposta de Emenda Constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais, o que, por si, não proíbe a alteração do regime jurídico relativo a esses direitos e garantias, desde que preservado seu conteúdo essencial e que não tenda a abolir o instituto (FERREIRA FILHO, 2002, p. 16).

O termo “lei”, constante do inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, possui sentido amplo, referindo-se a qualquer tipo de norma, inclusive as Emendas Constitucionais (MENDES, 2017, p. 124).

Dessa forma, o direito adquirido previsto na Lei Maior vincula o Poder Reformador ou Poder Constituinte Derivado, de modo que deverá ser respeitado mesmo quando, consolidado para o titular, este não venha a exercer o direito juridicamente adquirido antes de nova legislação que cause sua extinção (DANTAS, 1996, p. 126).

A característica da retroeficácia, anteriormente citada, aplica-se apenas ao Poder Constituinte Originário. Assim, se a norma constitucional originária veda a retroatividade e institui o direito adquirido como garantia fundamental, as emendas constitucionais oriundas do Poder Constituinte Derivado não podem possuir a retroeficácia, posto que estão limitadas às disposições constitucionais originárias (FERREIRA FILHO, 2002, p. 15).

Ainda, com base no resguardo da segurança jurídica, pode-se afirmar a admissibilidade do direito adquirido em face das emendas constitucionais, pois uma emenda não poderia desconsiderar situações jurídicas ocorridas e consolidadas antes de sua existência, validade e eficácia (MENDES, 2017, p. 124).

Em síntese, conforme referência de Daniel Sarmento (2005, p. 32), para a maioria da doutrina as emendas constitucionais não podem desconstituir direitos adquiridos, sendo poucos os doutrinadores com entendimento contrário, entre os quais Celso Ribeiro Bastos, Paulo Modesto e Joaquim Barbosa, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal.

3. DIREITO ADQUIRIDO, DEMOCRACIA, IGUALDADE MATERIAL E RETROCESSO SOCIAL

O direito adquirido, espécie de direito fundamental, está inter-relacionado a diversos outros valores constitucionais, como a segurança jurídica, a democracia, a igualdade material e a proibição do retrocesso social, o que às vezes acaba mitigando sua aplicação em face das normas advindas do exercício do Poder Constituinte Derivado.

A segurança jurídica, que possui estreita relação com a lei, atua como fator inibidor das incertezas do Direito e, entre outras funções, ampara o direito adquirido.

De acordo com Bigotte Chorão (1991, p. 42):

para que o direito possa cumprir satisfatoriamente a sua função ordenadora na vida social é necessário que se garantam condições de segurança, isto é, que haja um grau razoável de certeza e estabilidade no que toca aos direitos e vinculações jurídicas das pessoas, de modo que cada qual saiba a que ater-se com o que pode contar na ordem jurídica, ao abrigo da dúvida, da inconstância e da arbitrariedade.

Conforme referência de Luís Roberto Barroso, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal, a expressão segurança jurídica, durante seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, passou a designar um conjunto abrangente de conteúdos e ideias, que inclui (2001, p. 56):

1. a existência de instituições dotadas de poder de garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; 2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; 3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser

seguidos como os que devem ser suportados; 5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.

Todavia, o valor da segurança jurídica, que ampara o direito adquirido, não pode ser considerado isoladamente, já que existem outros valores que com ele podem conflitar. Por exemplo, a justiça social distributiva e a igualdade material de direitos, segundo a qual deve se desigualar os desiguais na medida de suas desigualdades, justificam a mitigação do direito adquirido à luz do caso concreto. Assim, a segurança jurídica não pode ser dotada de caráter absoluto, sob pena de perecimento de outros valores tão importantes quanto ela para a sociedade (SARMENTO, 2005, p. 25-26).

O Estado Democrático Social de Direito, como o Estado brasileiro, contempla a necessidade da segurança jurídica, que abrange a proteção da confiança, inclusive estabelecendo um patamar de vedação de medidas retroativas em relação a direitos as prestações estatais (SARLET, 2005, p. 25).

O direito adquirido, que geralmente tutela um direito individual, pode às vezes entrar em choque com a proteção do interesse público ou do bem comum. Caso a parte futura dos *facta pendencia* não seja respeitada, em relação ao direito adquirido esta garantia se esvazia. Já negar proteção ao interesse público é subverter o mesmo princípio, que tem a supremacia em relação ao interesse particular (FERREIRA FILHO, 2002, p. 19).

Conforme referência de Daniel Sarmento (2005, p. 11), inobstante a doutrina aparentemente majoritária admitir que o Poder Reformador também está limitado pela garantia do direito adquirido, há quem sustente que, diante do princípio democrático, segundo o qual as futuras gerações têm o direito de se autogovernar, as cláusulas pétreas devem ser aplicadas e interpretadas de forma estrita, e não ampliativa.

A ideia moderna de Estado Democrático, cujas raízes situam-se no século XVIII, implica na afirmação de determinados valores fundamentais da pessoa humana, assim como na exigência de organização e funcionamento do Estado, objetivando a proteção dos valores fundamentais (DALLARI, 2005, p. 455-456).

De acordo com Norberto Bobbio (1983, p. 55-56), entende-se por democracia “um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) que consentem a mais ampla e segura participação da maior parte dos cidadãos, em forma direta ou indireta, nas decisões que interessam à toda a coletividade”.

As cláusulas pétreas, entre as quais se insere o direito adquirido, devem ser interpretadas à luz de um princípio democrático, segundo o qual as gerações futuras não são limitadas pelas

gerações passadas, de forma que seja prejudicado o seu direito de autodeterminação. Isto implica dizer que as cláusulas pétreas devem conter o que de essencial é necessário para a ordem constitucional, o direito e a justiça, não devendo ser interpretadas de forma excessivamente ampla. Isso, porém, não significa obrigatoriedade de interpretação restritiva, mas que, respeitada a literalidade do artigo 60, § 4º da Constituição, as cláusulas pétreas sejam interpretadas de modo que se preserve o que de fato é preciso para a estabilidade da ordem constitucional e realização de uma democracia, com sujeitos de direitos livres e iguais, e uma sociedade justa e solidária, com a conservação da dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2005, p. 20-21).

Consoante entendimento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, expressado quando do julgamento da Apelação Cível n. 684.268, “o direito adquirido, enquanto princípio constitucional encontra-se adstrito, na sua análise constitucional, ao princípio da dignidade humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal)”. Por outro lado, “deve-se entender o princípio da dignidade humana a partir da perspectiva de unidade que permeou a edificação do texto constitucional de 1988 - em especial da ideia de democracia”. E, dentro deste contexto, “todas as liberdades postas constitucionalmente - inclusive o direito adquirido - devem dialogar com a Democracia”, de forma que “toda a sociedade, bem como toda a estrutura do poder de Estado, deve ser expressão desta Democracia, sendo que qualquer forma de atuação que revele o contrário deve ser afastada, e ser tida como contrária aos desideratos constitucionais do Estado Democrático de Direito” (BRASIL, 2007).

Importante destacar que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada em um contexto de redemocratização do país, voltada muito mais para o que estaria por vir no cenário nacional, preocupando-se em implementar no futuro direitos sociais, em realizar justiça social, em tornar a igualdade material entre as pessoas uma realidade, o que lhe dá uma finalidade muito mais transformadora da realidade social que de manutenção do *status quo* de direitos vigentes, o que é um argumento em favor da mitigação do direito adquirido em relação à Constituição e seu Poder Reformador (SARMENTO, 2005, p. 34).

Aliadas às noções de que se deve obediência ao Poder Constitucional Reformador, pois isto é uma expressão do direito democrático de autodeterminação de cada geração da sociedade, bem como à noção da finalidade transformadora da realidade social (em relação à Constituição vigente), está a ideia de que o direito adquirido, como direito ou garantia fundamental individual, não foi colocado pelo Poder Constituinte Originário, em importância e eficácia, acima de outros direitos e garantias fundamentais previstos na própria Carta Magna, o que daria

ensejo, ao menos em tese, à não oposição do direito adquirido em face das Emendas Constitucionais (SARMENTO, 2005, p. 35).

Nesse sentido, José Antonio Remedio (2018, p. 136), fazendo referência aos Embargos Declaratórios no Recurso Especial n. 599.618-ES, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, afirma que “é admissível a transposição do regime celetista para o estatutário, em face da inexistência de direito adquirido a regime jurídico, inclusive com possibilidade de diminuição ou supressão de vantagens sem redução do valor da remuneração”.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.356-DF, em que foi relator o Ministro Ayres Britto, na qual se questionava a existência de direito adquirido em face de emendas constitucionais, prestigiou o princípio da segurança jurídica, ao decidir que os precatórios extraídos antes da Emenda Constitucional n. 30, de 2000, não poderiam ser atingidos pelas disposições desta, segundo a qual, o pagamento dos valores de precatórios existentes até a data da promulgação da emenda poderia ser parcelado em dez anos, mudanças, entre outras, que pelo texto da emenda constitucional, se aplicariam a ações intentadas, cobrando precatórios, até 31 de dezembro de 1999 (MENDES, 2017, p. 1394).

Mais recentemente, em 2014, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 609.381-GO, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por meio da repercussão geral, decidiu questão referente ao direito adquirido de servidor público em receber remuneração maior que o teto constitucionalmente previsto, pois recebia valores superiores anteriormente à promulgação da Constituição da República e à definição do valor do teto remuneratório. No caso, foi acolhido o entendimento de que a norma constitucional do teto remuneratório foi promulgada pelo Poder Constituinte Originário, o que superou qualquer alegação de direito adquirido em relação ao regime legal antecedente (MENDES, 2017, p. 1394).

Todavia, poucos foram os precedentes do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, a respeito do direito adquirido e sua oponibilidade em face da Constituição e em relação às Emendas Constitucionais.

Para a Corte Suprema, quando se discute a existência de direito adquirido em relação à “inalterabilidade do regime jurídico”, como no caso de “composição dos vencimentos” de funcionário público militar ou funcionário público, desde que preservado o direito da irredutibilidade de subsídios, o Colendo STF tem reconhecido a inexistência de direito adquirido, como se verificou no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 595.137-RS, em que foi relator o ministro Roberto Barroso (BRASIL, 2015).

Por outro lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que o conceito de direito adquirido, bem como de ato jurídico perfeito e coisa julgada, não possuem definição e delimitação constitucional, mas apenas conceituação em lei ordinária, no caso a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, entendimento esse adotado no julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 657.871-SP, relatada pelo Ministro Dias Toffoli (BRASIL, 2014).

Ainda, encontra-se em tramitação o julgamento do Recurso Extraordinário n. 657.989-RS, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, cuja repercussão geral foi reconhecida em 10-5-2012, em que a Suprema Corte discute a existência de direito adquirido em face do Poder Constituinte Derivado, especificamente, se prevalece o direito adquirido à percepção de salário família em face da alteração constitucional suscitada pela Emenda Constitucional n. 20/98, que trouxe outros requisitos para obtenção do benefício (BRASIL, 2012).

Por fim, o princípio da proibição do retrocesso social aparece na Constituição de 1988 e decorre do raciocínio de que, se foram reconhecidos direitos subjetivos a certas prestações estatais (prestações positivas) em razão de certos direitos sociais, estes também possuem a segunda característica de ser uma garantia institucional em relação ao Estado-Legislator, já que, agora, este não poderá dispor, de forma integral ou ampla, destes direitos sociais já reconhecidos, também em face do direito adquirido, que não poderia, nesse caso, ser restringido, já que, assim se estaria violando o “princípio da proteção da confiança”. Nessa linha de pensamento, qualquer retrocesso social, em relação ao padrão de direitos sociais já reconhecido, representaria uma intervenção legislativa inconstitucional (SARLET, 2005, p.19).

Não reconhecer a necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos sociais pelo legislador e pelo Estado em relação ao que já foi concretizado para os cidadãos, bem como ao que foi determinado constitucionalmente para concretização e em matéria de direitos sociais, seria fraudar a própria Constituição, o que milita em favor do princípio da vedação do retrocesso social (SARLET, 2005, p. 24).

Nesse contexto, são necessários o reconhecimento social e judicial da vedação do retrocesso social, uma vez que o resguardo em face de medidas com incidência retroativa previstas na Carta Magna (proteção do direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada) é insuficiente para tutelar amplamente a segurança jurídica referida no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal Brasileira (SARLET, 2005, p. 26).

CONCLUSÃO

O direito adquirido, como direito fundamental, está previsto no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, que estabelece que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A importância do direito adquirido na ordem jurídica brasileira é notória. Porém, como ocorre com a integralidade dos demais direitos, inclusive fundamentais, o direito adquirido não possui caráter absoluto.

Todavia, os limites aplicáveis ao direito adquirido não estão perfeitamente definidos na Constituição, apesar de existirem alguns dispositivos constitucionais que destacam sua limitação em relação a algumas questões.

Assim, o art. 17, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estatui que não poderá haver invocação de direito adquirido nos casos de vencimentos, remuneração, vantagens e adicionais, bem como proventos de aposentadoria, que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição, os quais serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes.

O direito adquirido possui estreita relação com a irretroatividade das normas infraconstitucionais e a aplicação de lei nova no tempo, relativamente a fatos pendentes, pois, caso o instituto não existisse, seria possível a aplicação imediata de lei nova a fatos passados e pendentes, desrespeitando-se irrestritamente o direito subjetivo incorporado ao patrimônio do indivíduo.

De uma forma geral, a doutrina e a jurisprudência não são pacíficas a respeito da possibilidade de limitação do direito adquirido em face da norma constitucional, seja a norma decorrente do Poder Constituinte Originário, seja oriunda do Poder Constituinte Derivado.

Em relação às normas oriundas do Poder Constituinte Originário, é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que não se aplica o direito adquirido quando em contraposição a tais espécies normativas.

No tocante às normas advindas do Poder Constituinte Derivado, como no caso de Emendas à Constituição, embora haja entendimento doutrinário contrário, é bastante expressivo o posicionamento no sentido de que o direito adquirido, tradicionalmente um direito individual, integrando as denominadas “cláusulas pétreas” constitucionais, pode ser aplicado como limite material ao Poder Reformador da Constituição, inclusive por possuir uma faceta relacionada à justiça social e à igualdade material de direitos e por fundamentar, em certa medida, o princípio constitucional implícito da vedação ao retrocesso social.

O direito adquirido, espécie de direito fundamental, está relacionado a diversos outros valores constitucionais, como a segurança jurídica, a democracia, a igualdade material e a

proibição do retrocesso social, o que possibilita a mitigação de sua aplicação em face das normas advindas do exercício do Poder Constituinte Derivado.

A proteção do bem comum, dos direitos sociais e da implementação da justiça social distributiva enquanto expressão da máxima efetividade constitucional da igualdade material consagrada em nosso ordenamento jurídico, permite afirmar a prevalência do direito adquirido em face das normas constitucionais oriundas do Poder Constituinte Derivado.

Ainda, o direito adquirido é fundamento para implementação do princípio da vedação do retrocesso social, o que possibilita a defesa de direitos sociais das minorias e dos excluídos socialmente e, diante do dirigismo da Constituição Cidadã de 1988, que almeja ser uma sociedade livre, justa e solidária, reduzindo-se as desigualdades econômicas existentes, torna-se admissível o direito adquirido, ao menos no tocante às normas constitucionais derivadas e às normas infraconstitucionais.

O não reconhecimento do direito adquirido, mesmo que em determinadas hipóteses, como no tocante às normas constitucionais derivadas e às normas infraconstitucionais, sem dúvida contribuiria para a instabilidade social, por estimular a ruptura da ordem constitucional.

Assim, em razão dos fundamentos, contornos e características de cada tipo de norma constitucional, bem como dos valores constitucionais em conflito, de um lado, constata-se que a norma constitucional originária não permite a prevalência do direito adquirido, e, de outro lado, observa-se que a norma constitucional derivada permite que sobre ela a prevaleça o direito adquirido.

Em síntese, tem-se que restou demonstrada a hipótese inicial, no sentido de que o direito adquirido, enquanto direito fundamental, não é oponível em face das normas constitucionais decorrentes do Poder Constituinte Originário, embora seja oponível em face das normas constitucionais decorrentes do exercício do Poder Constituinte Derivado e das normas infraconstitucionais.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. **Revista de Direito**, Procuradoria Geral do Estado de Goiás, v. 21, p. 55-72, jan./dez. 2001.
- BEVILÁQUA, Clóvis. A Constituição e o Código Civil. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, p. 1-6, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-constituicao-e-o-codigo-civil/>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Qual socialismo?** Discussão de uma alternativa. Trad. Iza de Salles. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 27.641-SP. Relator Ministro Humberto Martins. Brasília: **DJe**, 14 out. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=823437&num_registro=200801864684&data=20081014&formato=PDF>. Acesso em: 27 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 595.137-RS. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília: **DJe**, 26 ago. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9231545>>. Acesso em 17 de março de 2018, às 20h00.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.356-DF. Relator Ministro Ayres Brito. Brasília: **DJe**, 19 maio 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623127>. Acesso em: 27 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 657.871-SP. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília: **DJe**, 17 nov. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7251103>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 657.989-RS. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília: **DJe**, 18 jun. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2187675>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível 684.268. Relator Desembargador Jediael Galvão. Brasília: **DJU**, 2 maio 2007, p. 407.

CHORÃO, Mário Bigotte. **Temas fundamentais de direito**. Coimbra: Almedina, 1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DANTAS, Ivo. Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade: a intangibilidade do direito adquirido face às emendas constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 206, p. 109-134, out./dez. 1996. Disponível em: <

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46858/45831>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder constituinte e direito adquirido. **Revista Direito Mackenzie**, a. 3, n. 1, p. 9-24, 2002. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7229>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

MEDAUAR, Odete. Segurança Jurídica e Confiança Legítima. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, jan./jul. de 2008, p. 227-231. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/700>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O direito adquirido e o direito administrativo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região**, Campinas, n. 10, 2000. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/110590/2000_rev_trt15_n010.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 11 mar. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REMEDIO, José Antonio. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Verbatim, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, a. 3, n. 11, p. 111-156, out./dez. 2005.

SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, a. 3, n. 9, p. 9-38, abr./jun. 2005.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.