UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA - UFBA

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH

DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO:

confiança legítima, segurança jurídica e

proteção das expectativas no âmbito das relações de direito público

Salvador

2012

FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH

DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO:

confiança legítima, segurança jurídica e

proteção das expectativas no âmbito das relações de direito público

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito Público, inserida na linha de pesquisa Cidadania e Efetividade dos Direitos, área de concentração Direito Público.

Orientador: Professor Doutor Manoel Jorge e Silva Neto.

Salvador

2012

H669 Hirsch, Fábio Periandro de Almeida,

Direito adquirido a regime jurídico: confiança legítima, segurança jurídica e proteção das expectativas no âmbito das relações de direito público / por Fábio Periandro de Almeida Hirsch. – 2012.

199 f.

Orientador: Professor Doutor Manoel Jorge e Silva Neto.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2012.

1. Direito constitucional 2. Direitos adquiridos 3. Coisa julgada 4. Atos jurídicos 5. Segurança jurídica 6.Administração pública I. Universidade Federal da Bahia

CDD- 342.023

FOLHA DE APROVAÇÃO

FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH

DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO:

confiança legítima, segurança jurídica e

proteção das expectativas no âmbito das relações de direito público

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito Público, inserida na linha de pesquisa Cidadania e Efetividade dos Direitos, área de concentração Direito Público.

A Banca Examinadora considerou APROVADA a tese defendida perante a mesma:

Professor Manoel Jorge e Silva Neto - Doutor PUC/SP – Orientador

---

Professor Wilson Alves de Souza – Doutor Universidad del Museo Social/Argentina - 2º Examinador

---

Professor Ricardo Maurício Freire Soares – Doutor UFBA – 3º Examinador

---

Professor André Ramos Tavares – Livre Docente USP/SP – 4º Examinador

---

Professor Marcelo Figueiredo – Livre Docente PUC/SP – 5º Examinador

DEDICATÓRIA

Na alta madrugada em que termino de escrever esta tese, com alegria, cansaço e emoção, as lágrimas aparecem para me lembrar que nada se constrói sozinho e sem ajuda, quer emocional, quer material.

Dedico a Deus, a São Cosme e Damião, Dona Yemanjá e São Miguel Arcanjo – pois toda vez que precisei fui agraciado e somente tenho de reverenciar. Sempre!

Dedico aos que me amam e por mim são amados: meu pai, Gerson, de grande memória e com saudade ainda maior pela distância de plano espiritual; minha mãe, Sueni, por ser ela – o que já é suficiente para ser perfeita na medida do que preciso; meus avós, Zezé e Zamy, porque são a mais clara fonte de risadas e carinho que conheço; meu Tio Clemente, por ser meu porto seguro e minha reserva moral.

Dedico também aos meus cunhados Maurício, Gecê e Arnaldo, por tudo que me ajudam e pela prontidão em me socorrer quando preciso. Minhas cunhadas, Kátia, Núbia e Viena, vai para vocês também. E, por óbvio, a minha sogra Elenir e a meu sogro Eckner, pelo presente que me outorgaram.

Não poderia esquecer das minhas preciosidades, Maíra, Gabriela, Cauã e Mariazinha (a branquela mais linda do – meu – mundo), filhos emprestados que agora são meus, enquanto os de sangue não chegam. Sofia também não pode faltar na lista de afetos.

Ao meu irmão da vida, João Paulo Oliveira, por toda a afinidade que temos e pelo Bahia, que é nossa maior alegria em comum.

Dedico também a meu orientador, Professor Manoel Jorge e Silva Neto, por tudo o que representa em minha vida acadêmica; por ser verdadeiro e transparente, principalmente nas críticas; por ajudar sem assistencialismo; pelas lições de Direito e de vida e, sobretudo, pelo caráter, correção e simpatia com que todas as vezes me trata. Obrigado, de coração.

Por fim, mas não por último, mais uma vez dedico ao amor que tive a sorte de merecer, e que busco a cada dia manter mais perto, mais feliz e mais alegre: Karine, meu porto seguro, minha amada, amiga e companheira, parte inarredável e causa eficiente de todo o sucesso que já tive e que ainda terei. Nada descreve a minha satisfação ao ver seu sorriso e ao saborear seu beijo: continuo um privilegiado.

Deus, obrigado por tudo e por todos. Amém!

AGRADECIMENTOS

Continuo acreditando, firmemente, que agradecer foi a forma que Deus nos deu de retribuir cada gesto de ternura, carinho e atenção que nos é direcionado, seja por quem for.

A lista cresceu da dissertação do mestrado para esta tese de doutorado. Não é para menos: as benesses foram muitas.

A todos os meus professores do Curso de Doutorado da Universidade Federal da Bahia, nas pessoas de Paulo Bezerra, Celso Castro e Heron Rocha Santana, que tanto ajudaram nessa caminhada. A Jovino, Luíza, Jarbas, Milza e Jomar, pelo tratamento privilegiado que me conferem todos os dias de labuta na Faculdade.

Aos amigos que consolidei e que cultivei no seio acadêmico, especialmente (mas não exclusivamente) Alessandro Couto, Ana Beatriz, Durval Carneiro Neto, Elke Petersen, Dirley da Cunha Júnior, Robson Sant´Anna, Rodrigo Moraes (a ordem é alfabética, pois todos têm cadeira cativa em meu coração, sem desprezar tantos outros, omitidos pelo espaço).

Agradecimentos especiais, em razão de perderem tempo em conversas para sanar minha ignorância sobre diversos temas: André Batista Neves, Gabriel Marques, Carolina Mascarenhas e Paulo Modesto. Indispensável suas intervenções para a finalização deste trabalho. Valeu mesmo!

A Graciliano Bonfim e Rodolfo Pamplona Filho, o primeiro por ter me aberto os olhos para a importância e a beleza do Direito Constitucional e o segundo, por tudo que representa, em especial por ter me viciado na pesquisa científica e por ter confiado no meu potencial.

A todos os sócios da MMCZ, em especial os que me acompanham na luta diária da advocacia, Marcelo Zarif, Raquel Carneiro e Manuela Bastos.

Aos meus “braços direitos” cotidianos, Bruno Rodrigues, Carla Almeida e Alessandro Marques (mesmo longe, terás cadeira cativa), pois sem vocês eu não conseguiria enfrentar a pletora de trabalho e as difíceis provações do Poder Judiciário da Bahia (além do auxílio nas pesquisas).

A todos os colegas, amigos e funcionários da OAB-BA, entidade a qual tenho profundo orgulho de servir, que me engrandeceu como profissional e como pessoa, registrando agradecimentos a todos os que me dirigem palavras de incentivo e de admiração, que é recíproca.

A todos os meus alunos da UFBA, da UNEB e da Faculdade Baiana de Direito, bem como aos da Escola dos Magistrados da Bahia, pelo carinho de sempre.

A todos os servidores e funcionários das mesmas faculdades e entidade acima referidas, pelo trato fino com que sempre me brindaram.

Ao pessoal da Biblioteca da Faculdade Baiana, com especial atenção a Ana Patrícia e aos acervos pessoais dos professores Fredie Didier Júnior e Carlos Rátis – foram decisivos para esse trabalho ser finalizado.

A Nahon e Paty; a Fabiana e Pitta; a Lorena e Pequinho; a Vera e Armando; a Geovani e Glaydis; a Harumi, Rosinha e Jacira; a Ruy Sandes; a Luciano e Alana – pela amizade sincera e desinteressada.

Aos queridos membros da Família Colossi, que me aceitaram como um seu, em especial ao patriarca Júlio, a matriarca Ledir e a mais nova médica da Bahia, a mais loira e bonita de todas, Maria Júlia (sem esquecer de Lizandra e Carina, é óbvio).

Ao professor Sérgio Bermudes, pela delicadeza de todas as vezes se referir a mim com uma palavra de incentivo.

Aos professores e autores os quais, com as obras indicadas nas referências, viabilizaram a construção das concepções apresentadas. Todos os erros são “méritos” meus.

Aos colegas de desespero quanto ao prazo final e a escrita da tese: Antônio Adonias e João Glicério. Cada ligação era um testemunho, implícito, da agonia. Mas pelo menos ajudava a relaxar. O que importa é que cumprimos o prazo – e podemos voltar a dormir como gente normal, ou quase...

A todos os membros da Banca Examinadora, pela presteza na aceitação do convite e pelas observações que fizeram e farão sobre o trabalho.

Aos professores Saulo Casali Bahia e Ricardo Maurício, pelas lições expostas no Exame de Qualificação, que muito acrescentaram ao estudo e o colocaram no caminho certo.

A todos os que permanecem torcendo pelo meu sucesso, muito obrigado e minha eterna gratidão!

"O efeito retroativo, que invade o passado, usurpa o domínio da lei que *já* incidiu, é um efeito de hoje riscando, cancelando, o efeito pretérito: o hoje contra o ontem, o voltar no tempo, a reversão na dimensão irreversível. É preciso que algo que *foi* deixe de ser no próprio passado, portanto de *ter sido*. O efeito hodierno, normal, é o hoje circunscrito ao hoje. Nada se risca, nada se apaga, nada se cancela do passado. O que *foi* continua a ser tido como tendo sido. Só se cogita do presente e da sua lei."
(MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à constituição de 1946.* Vol. III, Arts. 129-144, Rio de Janeiro : Henrique Cahen, 1954, p. 215)

"O fenômeno jurídico, o fenômeno das instituições jurídicas, é dar às leis sua função criadora e renovadora, a ligar o passado ao futuro. Mas a função inovadora não deve sacrificar os direitos do indivíduo. Os direitos dos indivíduos que não devem ser sacrificados são os adquiridos. Gabba pôs a questão à luz da justiça. O progresso social, através do direito, justifica a retroatividade; a justiça assegura ao indivíduo certos direitos." (TENÓRIO, Oscar. *Lei de introdução ao código civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, p. 199)

A expectativa de direito, no dizer do Ministro Luiz Gallotti, 'é algo que antecede a sua aquisição', sem gerar qualquer pretensão indenizatória por ser desatendida. (...) Nitidamente se percebe uma proximidade, senão razões de fundo, com argumentos de política, em vez de argumentos de direitos, notadamente aqueles que transportam um projeto de igualação de oportunidades. Em poucas palavras: qualificar uma dada situação como mera expectativa de direito é deixá-la sem amparo: quem espera, no Brasil, nunca alcança." (SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito adquirido e expectativa de direito*. Belo Horizonte : Del Rey, 2005, p. 231).

RESUMO

A presente tese relata pesquisa relacionada com a consolidação dos direitos dos cidadãos, particularmente voltada para o nível de interferência que a previsão constitucional de segurança jurídica enquanto direito fundamental exerce na referida preservação. Relaciona-se o trabalho com a necessidade de comprovar a premissa que os direitos podem se envolver em definitivo no patrimônio pessoal de forma plena, de forma quase plena e de forma projetada, ensejando as proteções necessárias pelo ato jurídico perfeito no primeiro caso e, como dado inovador que justifica a tese, nos dois outros casos, pelo direito adquirido. A influência constitucional sobre a vetusta teoria dos direitos adquiridos é decisiva para uma releitura necessária da importância e da abrangência do instituto no Brasil, sobretudo diante de posicionamento do Supremo Tribunal Federal entendendo como axiomático o entendimento que não existe direito adquirido a regime jurídico. A objeção a orientação da Suprema Corte se desenvolve por meio dos conceitos de apoio da força normativa da Constituição, da confiança legítima no Estado e da segurança jurídica, formando uma tríade de garantia dos direitos dos cidadãos em uma democracia como a brasileira. De posse destes conceitos, e após evidenciar as premissas teóricas sobre o direito adquirido e sobre o direito adquirido a regime jurídico, buscou-se indicar concretizações da tese em questões relevantes do cotidiano forense, acadêmico e social contemporâneo do Brasil. A pesquisa se encerra com as conclusões sistematizadas.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; Força normativa; Segurança jurídica; Confiança; Ato jurídico perfeito; Coisa julgada; Direito adquirido; Direito subjetivo; Expectativa de direito; Supremo Tribunal Federal; Administração Pública.

ABSTRACT

This thesis search reports related to the consolidation of citizens 'rights, particularly focused on the level of interference that the constitutional legal security forecast while fundamental right exercises in this preservation. Is working with the need to prove the premise that the rights may be involved in heritage staff fully almost full and designed, giving the protections required by perfect legal act in the first case and innovative as warranting thesis, in two other cases, by the law. Constitutional influence oldest theory of vested rights is crucial for the needed a revamp of the breadth and importance of the Office in Brazil, especially before the Federal Supreme Court placement of understanding how axiomatic understanding there right acquired legal regime. The objection of the Supreme Court orientation develops through the concepts of regulatory force support Constitution, State of legitimate expectation and legal certainty, forming a triad of guaranteeing the rights of citizens in a democracy as Brazilian. Possession of these concepts, and after the theoretical assumptions on the law and on the right acquired legal scheme sought to be achievements of thesis in relevant forensic issues of daily life, academic and social contemporary Brazil. The search ends with systematized findings.

KEYWORDS: *Constitution. Regulatory force. Legal certainty. Confidence. Perfect legal act. Iudicata. Vested right. Subjective right. Expectation of law. The Federal Supreme Court. Public administration.*

RÉSUMÉ

Rechercher dans cette thèse rend compte de la consolidation des droits des citoyens, en se concentrant en particulier sur le niveau d'interférence que les dispositions juridiques constitutionnelles, tout en préservant les exercices fondamentaux de ce droit. Il fonctionne avec la nécessité de prouver la prémisse que les droits puissent être pleinement impliqués dans des biens personnels et conçu presque plein, donnant les moyens de protection requis par la loi tout à fait légal dans le premier cas et de produits innovants comme il justifier la thèse, dans deux autres cas, la loi . La théorie des droits constitutionnels anciens influence est cruciale pour le renouvellement nécessaire de l'ampleur et l'importance de l'Office au Brésil, en particulier avant le positionnement de la Cour fédérale de la compréhension que nous avons acquis la compréhension axiomatique bon régime juridique. L'orientation Cour objection est développé à travers les concepts de soutien réglementation vigueur de la Constitution, la règle de l'expectative légitime et de sécurité juridique, formant une triade de assurer les droits des citoyens dans une démocratie comme le Brésil. La possession de ces concepts et après les hypothèses théoriques sur le droit et le régime juridique a acquis le droit d'être jugé réalisations de la thèse en matière de médecine légale de la vie quotidienne, scolaire et social du Brésil contemporain. La recherche conclut avec des résultats organizatti.

MOTS CLÉS: *la constitution. La réglementation de la Force. La sécurité juridique. Confiance. Acte parfaitement légal. Jugée. Placé à droite. Droit subjectif. Attente de la loi. La Cour suprême fédérale. L'administration publique.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 13

1.1 PROBLEMA DA PESQUISA E HIPÓTESES DE TRABALHO 15

1.2 ORIGINALIDADE E IMPORTÂNCIA DO TEMA INVESTIGADO 17

1.3 OBJETIVOS DA PESQUISA 18

1.4 COMPOSIÇÃO DO TRABALHO 18

2 CONCEITOS FUNDANTES DA TESE 20

2.1 O TEMPO, O DIREITO E A (IR)RETROATIVIDADE DAS NORMAS 20

2.2 SEGURANÇA JURÍDICA: VALOR ESSENCIAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO 25

2.2.1 Esclarecimentos iniciais 25

2.2.2 O estado democrático de direito 27

2.2.3. A segurança jurídica 30

2.2.4. A proteção da confiança legítima 36

2.2.5 Instrumental específico da segurança jurídica no direito constitucional brasileiro 41

2.2.5.1. Coisa julgada 41

2.2.5.2 Ato jurídico perfeito 42

2.2.5.3 Direito adquirido 44

3 REGIME JURÍDICO 55

3.1 CONCEITO PROPOSTO DE REGIME JURÍDICO E SEUS DESDOBRAMENTOS 58

3.1.1 A teoria do regime jurídico descolado do instrumento normativo: o *efeito elipse* 59

3.1.2 A formação do regime jurídico específico ou *customizado*: a aderência dos elementos mais favoráveis ao titular 63

4 PROPOSTA DE UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA SOBRE O TEMA DO DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO: CONTRIBUIÇÕES PARA A REVISÃO SE CONCRETIZAR. 71

4.1 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL SOBRE O TEMA 71

4.1.1 Registro de decisões iniciais sobre o tema 72

4.1.2 O fortalecimento do axioma durante a ditadura militar pós 1964 75

4.1.3 A manutenção do entendimento mesmo com a redemocratização em 1988: o axioma na atualidade das decisões do Supremo Tribunal Federal 77

4.2 A AFIRMAÇÃO DO "DIREITO ADQUIRIDO CONSTITUCIONAL" OU DO "DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ADQUIRIDO" POR CONDUTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: RAZÕES E CONSEQUÊNCIAS 85

4.2.1 Consequência imediata primeira: a mudança das "meras expectativas" para as "justas expectativas" e sua extensão protetiva 89

4.2.2 Consequência imediata segunda: direito adquirido a regime jurídico enquanto direito imperfeito, merecendo inegável respeito e proteção 97

4.2.3 Consequência imediata terceira: propondo e conformando o *respeito à iminência*, enquanto subprincípio da tutela da confiança 101

4.3 CONCEITO PROPOSTO DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO 105

5 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A PONDERAÇÃO DE INTERESSES: ESTUDO SOBRE OS LIMITES DELES DECORRENTES ACERCA DA TESE DO DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO 112

5.1 IDENTIFICANDO O INTERESSE PÚBLICO EM DISCUSSÃO 112

5.2 A NECESSIDADE DO CONTRAPONTO: A PONDERAÇÃO COMO COROLÁRIO DE QUALQUER DIREITO FUNDAMENTAL, E DO DIREITO ADQUIRIDO EM PARTICULAR. 115

5.3. AS CLÁUSULAS DE LEGITIMAÇÃO DA RAZÃO LIMITADORA 121

6 EXEMPLOS DE APLICAÇÕES CONCRETAS DA TESE 126
6.1 ALTERAÇÃO NO REGIME DE VANTAGENS DE CARGO PÚBLICO: UMA CRÍTICA CONSTRUTIVA A TRANSGRESSÃO SEMIOLÓGICA DO DEFERIMENTO DA TUTELA POR OUTRO FUNDAMENTO OU SIGNO 126
6.2 DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO E REFLEXOS NOS CONCURSOS PÚBLICOS 135
6.3 DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO EM FACE DE QUESTÕES PREVIDENCIÁRIAS 146
6.4 A QUESTÃO DO PRÉ SAL, OS *ROYALTIES* E O DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO DOS ESTADOS PRODUTORES 158

7 CONCLUSÕES 168

REFERÊNCIAS 174
LIVROS E ARTIGOS 174
DECISÕES JUDICIAIS, LEGISLAÇÃO E OUTROS 193

1 INTRODUÇÃO

O direito adquirido é uma das principais garantias dos cidadãos contra o abuso do poder de legislar do Estado brasileiro em todas as suas esferas de poder.

Ocorre que, paradoxalmente, ainda que o momento contemporâneo seja da busca por consolidar na mais larga medida possível o Estado Democrático Constitucional de Direito, o Brasil revela ao mundo jurídico um comportamento do seu poder público contrário a essa tendência de valorização da garantia fundamental do direito adquirido.

A noção básica de preservação de direitos e proteção de expectativas vem sendo desprestigiada no cotidiano forense nacional de há muito tempo no Brasil, consagrando uma ideia incompatível com a relevância do instituto em tela e com o patamar normativo em que o mesmo é previsto e protegido: a que não há necessidade do Estado brasileiro respeitar os limites próprios derivados do direito adquirido.

Por ser ele, Estado, mediante seus agentes políticos, o titular da iniciativa e da oportunidade de inovação da ordem jurídica, ao longo do tempo e por sucessivos textos constitucionais e legais tratando do tema do direito adquirido, terminou por se cristalizar a noção que *não existe direito adquirido a regime jurídico no Brasil*.

A linha de raciocínio parece ser indiscutível: se o poder público pode alterar as normas vigentes a qualquer momento, sempre (ou ao menos presumidamente) em prol do interesse público, qualquer "dano individual" decorrente dessa atividade lícita e regular de legislação inovadora configura uma verdadeira prerrogativa do Estado, quase um "dever poder" por ele exercitado como algo necessário para que se mantenha seu direito de império.

Com o respeito devido, mas a premissa do pensamento é passível de questionamentos variados, em especial porque, sendo uma das mais relevantes garantias fundamentais do cidadão brasileiro, o direito adquirido (que já é, em si mesmo, uma proteção) vem resguardado pela cláusula de eternidade do artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal de 1988, o que lhe confere condição de norma com nível diferenciado de proteção.

Ademais, em momento algum a Constituição Federal vigente limitou a abrangência protetiva do direito adquirido em seu texto. Bem ao contrário, por conduto dos princípios de hermenêutica constitucional, em especial a máxima efetividade, deve-se buscar a todo instante

sua aplicação otimizada, a todos os casos possíveis – e, de dentro desse conjunto, não escapa sua incidência sobre os regimes jurídicos que se constituam em direitos subjetivos dos cidadãos.

A ausência de tratamento adequado ao tema da necessidade de proteção maximizada do direito adquirido a regime jurídico pela jurisprudência nacional, notadamente do Supremo Tribunal Federal, foi uma das razões pelas quais se escolheu o tema.

Aliada a esta motivação primeira, outros foram o interesse e a oportunidade de empreender estudos mais aprofundados sobre os antecedentes teóricos do instituto do direito adquirido, quais sejam, a segurança jurídica e a proteção à confiança legítima, entendidos, respectivamente, como valor constitucional e fundamento dos mais relevantes do próprio Estado Democrático de Direito.

A escolha do tema se completou pela atividade forense e acadêmica do autor, na medida em que a advocacia evidenciou que os tribunais pátrios, em especial o Supremo Tribunal Federal, desprezam o real alcance que se deve necessariamente conferir ao instituto de que se trata por ora, sendo essa constatação de tempos remotos na história constitucional brasileira.

As constantes limitações postas em decisões reiteradas (e, atualmente, já sem fundamentação maior ou sequer debate entre os membros das cortes nacionais) indicaram a necessidade premente de um estudo mais verticalizado sobre as razões dessa forma de agir dos tribunais. Ao lado dessa motivação, outra se pôs: o meio acadêmico discute em quantidade satisfatória sobre o direito adquirido, mas se queda ou mesmo silencia sobre o tema específico do direito adquirido a regime jurídico.

A não aceitação do entendimento cristalizado, justo diante da mudança do padrão constitucional ao longo do tempo e da evolução doutrinária sobre a função do Direito Constitucional, concretizou no autor o motivo decisivo para a pesquisa que ora se relata.

A pesquisa foi restringida de forma intencional para as relações do denominado Direito Público, enquanto parcela da divisão didática que se tornou conhecida do fenômeno jurídico a tratar da interação entre o interesse público e o privado, com prevalência para o primeiro em detrimento da autonomia da vontade. Ainda que o tema seja relevante no âmbito das relações civis e empresariais, mormente na matéria contratual, o foco foi limitado por necessidade de adequação ao problema de pesquisa que se selecionou.

Relevante registrar que não se objetivou realizar um estudo de direito comparado acerca do direito adquirido ou mesmo da confiança legítima e da segurança jurídica. As referências de

ordenamentos jurídicos diversos em nível mundial foram feitas como argumento para expor experiências diversas sobre o tema pesquisado, podendo, ao máximo, ser designados de referências a direito estrangeiro.

A exposição das notas explicativas será feita mediante o sistema ou estilo de referências no rodapé das laudas por escolha do autor, o qual acredita que este facilita a leitura do conjunto argumento principal/questões laterais ou ancilares, evitando ainda a dispersão das ideias que, ao seu ver, com o respeito devido aos seus entusiastas, pode ocorrer no sistema autor/data.

Em regra geral, o texto principal referirá o julgado e suas deliberações, sendo que ou o trecho selecionado ou ao menos a ementa da decisão serão reproduzidas, no todo ou em parte a depender do tamanho da transcrição, em notas de rodapé explicativas, objetivando não prejudicar a fluidez do texto. Por fim, textos estrangeiros serão objeto, em regra, de traduções livres, sempre indicadas quando ocorrerem.

1.1 PROBLEMA DA PESQUISA E HIPÓTESES DE TRABALHO

O problema gerador da pesquisa ora relatada é o seguinte: *existe amparo jurídico para a afirmação apriorística que inexiste direito adquirido a regime jurídico no sistema constitucional brasileiro vigente*?

A pesquisa, portanto, se vincula e se adequa à linha Cidadania e Efetividade dos Direitos, integrante do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

Seu objeto é a análise de orientação jurisprudencial consolidada no Supremo Tribunal Federal do Brasil desde o início do século XX no sentido da inexistência de direito adquirido a regime jurídico, especialmente refletida em numerosos julgados relacionados a questões remuneratórias e de proteção a vantagens pessoais reunidas ao vencimento dos servidores públicos ao longo de suas vidas funcionais.

O período selecionado para a pesquisa comporta:

a) no plano da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, maior quantidade de julgados a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, abrangendo, porém, julgamentos relevantes proferidos desde 1900;
b) no plano da doutrina, nacional e estrangeira, conferir ênfase na primeira e, nela, distribuir tanto obras e títulos clássicos sobre os temas do direito adquirido, da segurança jurídica e

da confiança legítima quanto os autores e obras posteriores à Constituição em vigor, enveredando sobretudo pelos constitucionalistas mas sem desprezar os civilistas, os administrativistas e os tributaristas, bem como os filósofos da ciência jurídica.

Como uma espécie do gênero jurisprudência autodefensiva[1], o qual se evidencia pela adoção de postura apriorística dos integrantes do Supremo Tribunal Federal quanto a temas relevantes (notadamente direitos e garantias fundamentais), a aplicação quase como se fosse uma "verdade sabida" da máxima sobre inexistência de direito adquirido não parece estar de acordo com a essência e com os termos da vigente Constituição Federal.

O quadro amplo de casos onde a orientação jurisprudencial pode ser aplicada confere uma espécie de cláusula geral restritiva de direitos, com efeitos deletérios nas esferas jurídicas de milhares de cidadãos brasileiros, ainda que não seja isso o que se pretendeu com o advento da Carta Magna nacional de 1988.

Uma análise mais aprofundada sobre a relação entre direito adquirido e regimes jurídicos denota que a exclusão quase absoluta operada pelo Supremo Tribunal brasileiro quanto a preservação destes elementos importantes do sistema jurídico nacional é contrária não apenas à fundamentalidade material do instituto do direito adquirido (considerado este último como elemento conformador do princípio da segurança jurídica), mas também de parcela dos princípios da moderna hermenêutica constitucional.

A pesquisa almeja, portanto, reavaliar a correção do entendimento já consolidado no Supremo Tribunal Federal, notadamente diante do advento da Constituição Federal de 1988; contribuir para elucidar o problema e conferir maior segurança jurídica aos cidadãos quando buscam a proteção do Poder Judiciário.

A hipótese principal é que os direitos fundamentais insertos na Constituição Federal brasileira de 1988 e a hermenêutica constitucional aplicável ao sistema jurídico brasileiro na contemporaneidade constituem fatores condicionantes de uma necessária revisão do entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal acerca do relacionamento entre direito adquirido e regimes jurídicos.

---

[1] O termo foi utilizado e desenvolvido em dissertação de mestrado apresentada perante banca examinadora composta pelos Professores Doutores André Ramos Tavares, Dirley da Cunha Júnior (orientador) e Fredie Didier Júnior no dia 04 de junho de 2007 nas dependências da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, intitulada "Ofensa reflexa à constituição", publicada sob o título *Recurso extraordinário e ofensa reflexa à Constituição*, Salvador : JusPodivm, 2009, 320 p.

Constituem hipóteses secundárias da pesquisa:

a) não é compatível com o sistema constitucional vigente no Brasil a redução de importância do instituto do direito adquirido forjada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal;

b) a proteção aos direitos adquiridos de quaisquer cidadãos é matéria de índole essencialmente constitucional, merecendo toda a proteção possível;

c) a fundamentalidade material do direito adquirido embasa a tese do mesmo representar a materialização do princípio constitucional não escrito da segurança jurídica e, este, a projeção da confiança legítima no Estado;

d) o princípio da máxima efetividade constitucional é subutilizado ou mesmo ignorado enquanto meio de garantir a fundamentalidade material dos direitos adquiridos;

e) o tratamento jurisprudencial da Suprema Corte brasileira quanto à inexistência peremptória de direito adquirido a regime jurídico revela menosprezo à relevância própria do instituto em análise.

1.2 ORIGINALIDADE E IMPORTÂNCIA DO TEMA INVESTIGADO

Quanto a originalidade, o tema é enfrentado em perspectiva diametralmente oposta à orientação firmada pela Suprema Corte brasileira, postura essa que influencia a parca doutrina específica a reafirmar, sem questionamentos, essa linha de decisão.

A relevância teórica é considerável, eis que há uma lacuna na literatura jurídica brasileira sobre o tema, carecendo o fenômeno de estudo metódico para suscitação dos debates em busca de formas de equalização. São raros os estudos sobre esta problemática.

A pesquisa a ser desenvolvida consta de escassos livros especializados, artigos doutrinários, dissertações ou teses conhecidas pelo autor ou mesmo disponíveis nos bancos de dados mais usuais da seara acadêmica, como o Banco de Teses da Universidade de São Paulo (USP), o COMUT, dentre outros, não havendo registro de outra dissertação ou tese, defendidas ou a serem defendidas, perante os cursos de Mestrado e Doutorado da UFBA.

Quanto a importância do tema, essa se evidencia porque os efeitos práticos da aplicação generalizada deste entendimento jurisprudencial ceifam direitos já regularmente insertos na esfera jurídica de parcela considerável de cidadãos brasileiros, representando mecanismo de

menoscabo tanto da força normativa da Constituição quanto limitador da maior efetividade possível que se espera dos direitos fundamentais no Brasil.

O resultado cotidiano da orientação apriorística sobre inexistência de direito adquirido a regime jurídico é que número relevante de servidores públicos, por exemplo, são apenados com distorções sem fundamento jurídico válido nas suas expectativas de ganhos presentes e futuros, desonerando o Poder Público por um lado, mas onerando o cidadão por outro – e sem lastro constitucional para isso, há de se frisar.

1.3 OBJETIVOS DA PESQUISA

O objetivo geral da pesquisa é analisar de forma crítica a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, inclusive sob o enfoque dos princípios da hermenêutica constitucional e da importância jurídica da Constituição Federal de 1988 e seus desdobramentos na doutrina e na jurisprudência nacionais.

São objetivos específicos:

a) reavaliar a importância da preservação dos direitos fundamentais da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, por meio da ressignificação do direito adquirido;
b) reavaliar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a afirmada inexistência de direito adquirido a regime jurídico, anterior e em face da Constituição Federal de 1988;
c) confirmar a natureza jurídica de direito fundamental material do instituto do direito adquirido no sistema constitucional brasileiro vigente;
d) propor formas alternativas de análise do problema de acordo com o ordenamento constitucional vigente no Brasil ao tempo da pesquisa.

1.4 COMPOSIÇÃO DO TRABALHO

O desenvolvimento do trabalho será realizado ao longo de cinco capítulos.

O estudo se inicia com as considerações metodológicas.

Após, no capítulo segundo, são expostos os conceitos essenciais para a compreensão dos argumentos futuros (versando sobre a questão do tempo no Direito e o fenômeno da irretroatividade das normas e sua disciplina, o Estado Democrático de Direito enquanto ambiente

próprio para o debate da segurança jurídica e da proteção da confiança, detalhando cada qual deles e os componentes constitucionais previstos no art. 5º, XXXVI: coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido, dando-se mais ênfase ao último obviamente).

O terceiro capítulo trata do regime jurídico, item essencial que necessita de revisão, motivo pelo qual foram apresentadas propostas de inovação sobre a forma de ver esse tema.

Na mesma linha das proposições, o quarto capítulo traz uma visão histórica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o direito adquirido a regime jurídico; conforma um conceito constitucional de direito adquirido expondo suas consequências diretas e, ao final, formula um conceito de direito adquirido a regime jurídico em nível constitucional.

O quinto capítulo formaliza a necessária ponderação das proposições diante do seu caráter principiológico e da natureza de garantia material fundamental.

O sexto, utilizando as proposições anteriormente sustentadas como base, aplica os institutos desenvolvidos em casos selecionados, bem como concretiza críticas construtivas e busca de soluções mais racionais e objetivas possíveis.

As conclusões gerais e sistematizadas encerram a exposição do trabalho.

2 CONCEITOS FUNDANTES DA TESE

2.1 O TEMPO, O DIREITO E A (IR)RETROATIVIDADE DAS NORMAS

O tempo é, sem dúvida, um dos temas mais intrigantes do conhecimento humano. Envolvendo ele desde a normal constatação da benção que é o nascimento de uma criança até as agruras da certeza da finitude da vida, gerando como consequência que cada forma de filosofia[2] sobre a temporalidade avalia este fenômeno com maior ou menor atenção.

Kant, por exemplo, nega a própria existência concreta do tempo, entendendo o mesmo como uma intuição humana ou como forma peculiar de ver as coisas do mundo.[3] Já Guy Debord talvez tenha conferido importância exacerbada ao tempo e suas implicações na forma como a sociedade de cada época se expõe, entendo o tempo como questão importantíssima de toda a condição humana.[4]

François Ost desponta como um dos maiores cultores da relação entre o tempo e o direito, revelando inclusive preocupações com a força (limitadora ou libertária) do direito atual em face das futuras gerações, eis que "Uma temporalidade que se absolutiza é perigosa. Do mesmo modo que a fixação exclusiva no passado da memória é portadora de desvio, do mesmo modo o ir simplesmente rumo ao futuro é suspeito.[5]

A relação do direito com o tempo é indiscutível e amplíssima. Revela-se desde questões relacionadas a prazos processuais, tempo de vigência de normas, duração de contratos, existência de vacância de atos administrativos. Envolve, ainda, o direito do Estado de inovar a ordem atual e, por conseguinte, as consequências da decisão de formular normas novas. Eis, então, o campo de eventual confronto entre a novidade normativa e o ordenamento antes vigente.

---

[2] Para uma ampla exposição acerca da filosofia do tempo, conferir BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro : Forense, 1980, p. 03/17. Para uma ampla avaliação do tempo relativo ao direito, conferir NASSAR, Elody. *Prescrição na administração pública.* 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 01/09 e 48 e seguintes.

[3] KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, in CIVITA, Victor (Ed.). *Os Pensadores*: Kant, Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger, São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. B53. Para um estudo aprofundado sobre a visão de Kant acerca da Constituição e do tempo, conferir COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *A autoridade moral da constituição*: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra : Coimbra Editora, 2009, p. 41 e seguintes.

[4] DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. São Paulo : Contraponto Editora, 1997, p. 45 e seguintes.

[5] OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru : EDUSC, 2005, p. 348.

Wilson de Souza Campos Batalha, ao tratar do fenômeno da inovação legislativa, distingue a hipótese de mudanças não conflituais das conflituais. As primeiras são estudadas pelo Direito Transitório, envolvendo a inserção de disposições transitórias nas novas leis, gerando "um direito para reger, no 'entretempo', um regime de transição", gerando "uma sistemática intermediária entre o antigo e o novo".[6]

As segundas, que partem da premissa da existência de um atrito, envolve "o binômio norma/fato, ato, relação ou situação jurídica", aplicando-se tanto ao legislador quanto ao juiz caso a previsão esteja inserida no âmbito constitucional (eis que, se a previsão da irretroatividade estiver apenas em nível infraconstitucional, vincularia o julgador, mas não o legislador).[7]

O Direito Intertemporal, conforme Wilson Campos Batalha, já possui registros de surgimento em Roma, quando era permitida a elaboração de leis retroativa, mas não a aplicação retrospectiva sem autorização legislativa respectiva, com particular importância para a Constituição de Theodosius II e Valentinianus III, onde foi expressamente colocada como exceção "a possibilidade de aplicação das normas ao tempo pretérito e aos negócios pendentes mediante expressa determinação do legislador"[8].

Traçando um amplo inventário das concepções e autores que trataram do tema, Limongi França explica o tema por meio de fases, denominadas por ele de Embrionária, Pré-Científica e Científica, "através das quais o espírito humano se foi aprimorando, no sentido de alcançar e decantar duas idéias fundamentais, a saber, o *Princípio da Irretroatividade das Leis* e a noção correlata do respeito ao *Direito Adquirido*"[9], advogando ele que, por premissa, a sede do princípio da irretroatividade é a razão natural.[10]

Concordando com Wilson Campos Batalha, Limongi França também afirma que a obra de Teodósio é fonte das mais importantes para o estudo do tema. E aponta a Regra Teodosiana de

---

[6] BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro : Forense, 1980, p. 01.

[7] "É evidente que o princípio da irretroatividade se impõe ao legislador, nos sistemas jurídicos em que a Constituição lhe veda a elaboração de leis retroativas, como acontece atualmente no Brasil. (...) Mas, nos regimes em que inexiste qualquer texto constitucional vedativo da retroação das leis, o princípio da irretroatividade não constitui óbice ao legislador, que poderá determinar a retroação das leis que elaborar; constitui, apenas, princípio norteador do juiz que não poderá aplicar retroativamente as leis novas, sem estatuição expressa do legislador neste sentido." - BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro : Forense, 1980, p. 58.

[8] BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Idem*, p. 58/60.

[9] FRANÇA, R. Limongi. *Direito intertemporal brasileiro*: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968, p. 16.

[10] *Idem, Ibidem*, p. 19.

440 como "princípio fundamental" do tema até então, posto que, dela, podem ser extraídos os seguintes preceitos:

> I. *A lei, de regra, regula tão-somente o futuro e não o passado*.
> II. *A lei, por isso que não se refere ao passado, não se aplica aos casos pendentes*.
> III. *A lei, excepcionalmente, pode abranger o passado e os casos pendentes*.
> IV. *A lei só abrange o passado e os casos pendentes quando inequivocamente expressa*.[11]

Prossegue sustentando que foi desses preceitos e da evolução dos estudos àquele tempo que surgem as expressões, utilizadas até os dias atuais, *facta futura, facta praeterita* e *facta pendentia*. Reporta a Justiniano, afirmando ser ele quem "elucida o fundamento jurídico da não-retroprojeção das leis, a saber, a *fides*, a confiança no regime jurídico em vigor e a impossibilidade de se aplicarem normas ainda inexistentes".[12]

Passa, então, à fase dita Científica, a qual se inicia com a Exegese e a Escola Histórica do Direito. Como regra nesse período as questões da irretroatividade e da proteção dos direitos adquiridos civis, por influência do direito francês, não estavam mais nos seios das constituições (exceção feita a Portugal em 1826, a Costa Rica e Noruega em 1814 e ao Brasil em 1824), sendo exemplos a Prússia, a Romênia, a Suíça e a Itália (entre 1840 e 1866 particularmente).

Pontes de Miranda, por exemplo, apesar de referir que nos séculos XVIII e XIX, por conta da escola de direito natural, o direito intertemporal foi superlativado e, com isso, "o individualismo aproveitou a brecha, que se fazia, para acentuar o critério subjetivo dos 'direitos adquiridos'", passando sua previsão a constar das constituições americanas de 1776 e da Federal de 1787 e na Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e 1793.

Afirma que a doutrina dos direitos adquiridos já estaria em declínio pouco após, porém com a significação no Brasil não do desprestígio do tema, mas sim de sua tripartição, ampliativa da proteção que se dedicara, a incluir também o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. E refere ele que a doutrina dos direitos adquiridos, que dominou todo o século XIX, por diversas vezes se confundiu com variantes mistas, dentre elas a não retroatividade e a sobrevivência da lei antiga.[13]

---

[11] FRANÇA, R. Limongi. *Direito intertemporal brasileiro*: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968, p. 67/68.
[12] *Idem, Ibidem*, p. 70.
[13] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à constituição de 1946.* Vol. III, Arts. 129-144, Rio de Janeiro : Henrique Cahen, 1954, p. 184/188 e 201/202.

No presente trabalho o cerne das discussões será o estudo do nível de permissividade da retroação das normas e, também, da blindagem que os direitos adquiridos constitucionalmente protegidos devem sofrer por conta da proteção das justas expectativas, da confiança legítima e da segurança jurídica.[14] Reynaldo Porchat bem explica a questão:

> Quando a lei nova em vigor não attinge com a sua autoridade esses actos e suas consequencias, e os deixa inteiramente regulados pela lei antiga, sob cujo dominio tiveram nascimento, se diz que não há retroactividade, isto é, que a lei nova não retroage, não tem acção alguma sobre taes actos praticados no passado, antes do momento da sua publicação, embora só depois desta se tornem exigíveis as respectivas consequencias e effeitos. Ao envez, quando a autoridade da lei nova se exerce sobre actos que foram praticados sob o dominio da lei antiga, e regula os effeitos e consequencias que venham a produzir-se já sob o imperio da nova lei, se diz que há retroactividade, isto é, que a lei retroage, e que debaixo de sua acção caem os actos que. nasceram antes da sua publicação, mas cujos effeitos venham a tornar-se exigíveis depois delia.[15]

Sob o prisma constitucional, Manoel Jorge e Silva Neto sintetiza três posições distintas apresentadas pelos diversos sistemas jurídicos em nível mundial relativas à questão da retroeficácia do enunciado normativo das constituições: "admitem a retroatividade absoluta da lei nova para atingir, inclusive, situações já consolidadas [teoria da retroatividade absoluta]; proíbem qualquer retroação da lei nova [teoria da irretroatividade absoluta]; admitem, ressalvadas determinadas hipóteses, a retroatividade da lei mais recente" [teoria da retroatividade relativa].[16]

Afirma ainda que o sistema constitucional brasileiro adota a teoria da retroatividade relativa da lei, eis que "admite a sua retroeficácia para abranger situações normadas por lei

---

[14] "Ainda tratando do princípio da irretroatividade, Hugo de Brito Machado afirma: "O princípio da irretroatividade, posto no plano da Teoria Geral do Direito, tem fundamento lógico-jurídico. Na verdade norma nenhuma retroage, pois o tempo é irreversível. O que pode haver é aplicação da lei, no presente, a certos efeitos de fatos ocorridos no passado. Isso, porém, só excepcionalmente se admite. A regra é a aplicação da lei apenas aos fatos posteriores ao início da sua vigência. A não ser assim, ter-se-ia destruído o próprio Direito, pela negação de sua principal finalidade, que é a de assegurar a estabilidade social." - MACHADO, Hugo de Brito. "Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais", p. 19/26 *in Revista dos Tribunais*, Vol. 714, Ano 84, Abr./1995, p. 21.

[15] PORCHAT, Reynaldo. *Da retroactividade das leis civis*. São Paulo : Duprat, 1909, p. 04/05. Para Carlos Maximiliano, "Dá-se retroatividade, no sentido jurídico, toda a vez que uma relação de direito ou um fato é influenciado ou empolgado pela nova norma, como se desde o princípio tivesse estado sob regência da mesma." - MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1946, p. 13/14. No mesmo sentido José Eduardo Martins Cardozo: "Retroativa é toda norma legal que valorativamente invade e altera o período de tempo anterior ao início da sua própria vigência, seja por descrever na sua hipótese, isoladamente ou não, elemento fático realizado no passado, seja por definir preceito que implique em modificação jurídica de realidade pretérita." - CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 276.

[16] SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010, p. 723.

anterior, exceto se resultar em ofensa a direito adquirido, a ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI)".

O Supremo Tribunal Federal, em precedente de 1943, já afirmava ter posição firmada "ainda antes da nova Lei de Introdução ao Código Civil" no sentido que "não há retroatividade tácita, devendo o Juiz não aplicar a lei nova aos fatos passados se nela não se expressar tal possibilidade".[17] O próprio Supremo, porém, afirma por agora que "Salvo disposição expressa em contrário - e a Constituição pode fazê-lo -, eles não alcançam os fatos consumados no passado nem as prestações anteriormente vencidas e não pagas (retroatividades máxima e média)".[18]

Manoel Gonçalves Ferreira Filho registra com precisão que toda a discussão sobre a irretroatividade deve ser pensada apenas na perspectiva da retroação maligna, posto que nada deve impedir a retroatividade benéfica, seja em que matéria for (não se tratando de uma exclusividade do direito penal ou de parcela do direito tributário): "Na verdade, a irretroatividade das normas – evidentemente a irretroatividade *in pejus*, pois não há objeção contra a irretroatividade *in melius* – constitui, segundo Roubier e outros, um princípio geral de direito"[19], pensamento este que encontra entendimento distinto no direito público e no privado.[20]

---

[17] Referindo o Agravo de Instrumento nº 11.291/SP, rel. Min. Castro Nunes, julgado em 16/09/1943, FRANÇA, R. Limongi. *Jurisprudência da irretroatividade e do direito adquirido*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982, p. 36/37.

[18] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 242.740/GO*, rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, DJU de 18/05/2001, p. 87. O STF, porém, nega aplicação a qualquer modalidade de retroação das normas estaduais, entendendo que esse efeito é específico das normas da Constituição Federal: "Agravo regimental. - As normas constitucionais federais é que, por terem aplicação imediata, alcançam os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima), e se expressamente o declararem podem alcançar até fatos consumados no passado (retroatividades média e máxima). Não assim, porém, as normas constitucionais estaduais que estão sujeitas à vedação do artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna Federal, inclusive a concernente à retroatividade mínima que ocorre com a aplicação imediata delas. Agravo a que se nega provimento." – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 258.337/MG*, rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, DJU de 04/08/2000, p. 27

[19] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "Poder constituinte e direito adquirido", p. 21, *Revista dos Tribunais*, Ano 86, V. 745, Nov. 1997, p. 18/26.

[20] "A lei civil, portanto, assim como toda lei em geral, é *irretroativa*. Nesse ponto, aliás, repousa um dos erros mais comuns dos profissionais do Direito. A *lei penal mais benéfica*, segundo mandamento constitucional (art. 5º, XL, da CF), deverá retroagir. E isso se dá por uma razão muito simples: como na persecução criminal o réu (indivíduo) lítica contra o Estado, qualquer benefício que o próprio Estado admita, por meio do legislador (a diminuição da pena, por exemplo), deverá, por princípio de justiça, alcançar o acusado, que luta pelo seu *jus libertatis*. Entretanto, mesmo nesta seara, a *irretroatividade legal* é a regra. Tal não ocorre no Direito Civil, ramo que tutela, por excelência, interesses particulares. Nas lides de natureza privada, em geral, litigam dois particulares, cada qual pretendendo, *ultima ratio*, preservar seu próprio patrimônio ou seus interesses pessoais. Por isso, as situações concluídas sob a égide de uma lei civil, mesmo que venham a produzir efeitos futuros, constituem *atos jurídicos perfeitos*, cuja impositividade uma lei posterior não poderá retirar. (...) É, pois incorreto imaginar que a lei civil benéfica retroage" - PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*: parte geral. V. I, 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 71. No mesmo sentido da inexistência de retroatividade benigna nos casos de lei civil nova, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*: teoria geral. 6. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007, p. 72.

A síntese de Francisco Amaral sobre o tema objeto deste capítulo é bastante elucidativa:

> a) são de ordem constitucional os princípios da irretroatividade da lei nova e do respeito ao direito adquirido;
> b) esses dois princípios obrigam ao legislador e ao juiz;
> c) a regra, no silêncio da lei, é a irretroatividade;
> d) pode haver retroatividade expressa, desde que não atinja direito adquirido;
> e) a lei nova tem efeito imediato, não se aplicando aos fatos anteriores.[21]

Todas as categorias expostas e todos os conceitos apresentados embasam o próximo capítulo, o qual versará os temas do Estado Democrático de Direito e da segurança jurídica, enquanto subprincípio deste último, para fins de situar a discussão sobre o direito adquirido a ser aprofundada adiante.

2.2 SEGURANÇA JURÍDICA: VALOR ESSENCIAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO

2.2.1 Esclarecimentos iniciais

As doutrinas estrangeira e brasileira apontam dois caminhos básico quando se trata das bases para a discussão sobre o tema dos direitos adquiridos. Praticamente todos iniciam a caminhada tratando do Estado de Direito e, mais precisamente, do Estado Democrático de Direito enquanto ambiente apropriado e propenso para que se estabeleçam os contornos viáveis da aquisição individual de direitos.

Dessa orientação não se diverge, sendo a temática a ser exposta no próximo subitem.

Corolário do Estado Democrático é tratada a segurança jurídica e, também, a confiança legítima no Estado. Entretanto, temos o seguinte quadro: (i) para parcela respeitável dos autores, a segurança jurídica deriva diretamente do primeiro (Estado Democrático). Por todos deste grupo, Ruy Cirne Lima[22] e Judith Martins-Costa[23]; (ii) para outra parcela não menos relevante, a confiança legítima é que avulta diretamente. Por todos, Valter Shuenquener de Araújo[24]; (iii) há

---

[21] AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1998, p. 99.
[22] LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo : Malheiros, 2007, p. 42/45.
[23] MARTINS-COSTA, Judith. "Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos", p. 120/148 *in* ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do estado de direito*: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 146.
[24] "Há essencialmente duas grandes correntes que procuram explicar o fundamento do princípio da proteção da confiança: a corrente dos civilistas e a dos constitucionalistas. A primeira tenta situá-lo no Direito Privado, mais especificamente no princípio oriundo do Direito Civil da boa-fé objetiva. A segunda busca revelar as raízes do

ainda posição no sentido da sucessividade com a segurança jurídica e, apenas mediatamente, vinculação com o Estado de Direito. Nessa linha, Rafael Maffini[25]; (iv) outros, afinal, terminam por sustentar que são ambos faces de uma mesma categoria, a segurança na condição de face objetiva e a confiança na condição de face atrelada a noção subjetiva. Por todos, Almiro do Couto e Silva[26] e Giovani Bigolin.[27]

A opção do presente estudo foi: (a) iniciar as discussões com base em estudo breve sobre o Estado Democrático de Direito (enquanto sede natural do respeito aos direitos públicos subjetivos); (b) após, passar para a segurança jurídica enquanto subprincípio do primeiro ou mesmo, em nosso sentir, na condição de princípio constitucional *explícito* e *mais abrangente* na Constituição Federal de 1988; (c) tratar da confiança legítima enquanto princípio constitucional *implícito* na mesma Constituição e *contido no primeiro* - sem que com isso exista uma hierarquia

---

princípio da proteção da confiança em algum instituto específico do Direito Público (princípio do Estado Social de Direito, direitos fundamentais, Estado de Direito etc.). Embora haja divergências entre os adeptos desta última corrente quanto ao mais adequado fundamento do princípio da proteção da confiança no Direito Público, tem predominado a ideia de que ele seria derivado do princípio do Estado de Direito e da segurança jurídica. É que a tutela da confiança, a previsibilidade do ordenamento (...) e o preceito da certeza (...) pertenceriam ao conteúdo material do Estado de Direito." – ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói : Impetus, 2009, p. 33 e 37/50, para aprofundamento.

[25] "A proteção da confiança, por seu turno, afigura-se uma feição mais ampla, deduzida, imediatamente, da imposição de segurança jurídica e, mediatamente, do Estado de Direito, que visa à obtenção de um estado de estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos das atividades estatais." – MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre : Verbo Jurídico, 2006, p. 61.

[26] "Há hoje pleno reconhecimento de que a noção de Estado de Direito apresenta duas faces. Pode ela ser apreciada sob o ângulo material ou sob o ângulo formal. No primeiro sentido, elementos estruturantes do Estado de Direito são as idéias de justiça e de segurança jurídica. No outro, o conceito de Estado de Direito compreende vários componentes, dentro os quais têm importância especial: a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; b) a divisão das funções do Estado, de modo que haja razoável equilíbrio e harmonia entre elas, bem como entre os órgãos que as exercitam, a fim de que o poder estatal seja limitado e contido por 'freios e contrapesos' (*checks and balances*); c) a legalidade da Administração Pública; e d) a proteção da boa-fé ou da confiança (*Vertrauensschutz*) que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis." – SILVA, Almiro do Couto e. "Princípio da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo" *in Revista de Direito Público*, nº 84, p. 46.

[27] "Partindo-se da noção do princípio da segurança jurídica como um subprincípio maior do Estado de Direito (ao lado e do mesmo nível hierárquico de outro subprincípio do Estado de Direito, que é o da legalidade), pode-se, como visto alhures, demarcar o princípio em dois aspectos: 1) natureza *objetiva*, que envolve os limites à retroatividade dos atos do Estado, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. 2) natureza *subjetiva*, concernente à proteção da confiança das pessoas diante dos procedimentos e das condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação. Essa última categoria impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou atribui a ele consequências patrimoniais por essas alterações, em virtude da crença gerada nos beneficiários, ou na sociedade em geral, de que aqueles atos eram legítimos." – BIGOLIN, Giovani. *Segurança jurídica*: a estabilização do ato administrativo. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007, p. 79/80.

de normas, em absoluto[28] (esse itinerário, inclusive, é o que se apresenta hoje na orientação do Supremo Tribunal Federal[29]) e, por fim, aprofundar os estudos acerca do direito adquirido.

Todos os temas são basilares para a futura sustentação a ser realizada quanto ao *direito constitucionalmente adquirido*.

2.2.2 O estado democrático de direito

A discussão sobre o direito adquirido pressupõe a confiança legítima no Estado e a segurança jurídica das posições conquistadas. E ambas as figuras citadas pressupõem a ambiência do Estado e, mais precisamente, o seu modal *democrático de direito*.[30]

Reconhecendo a impossibilidade de se encontrar um conceito de Estado que abarcasse todas as correntes doutrinárias sobre o tema, Dalmo de Abreu Dallari, proscrevendo a tentativa de ser ele o estado uma "nação politicamente organizada", refere que a busca de uma noção jurídica de Estado surge na Alemanha do século XIX, com Gerber e Jellinek. Ao final, propõe seu conceito vertido da seguinte forma: *"a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em um determinado território*", registrando que a noção de poder está implícita na de soberania.[31] Marcelo Figueiredo, de forma detalhada, assim identifica o Estado:

---

[28] Nesse mesmo sentido, PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006, p. 35/39. Em lição que é referida mundialmente, e tem assento em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal do Brasil, J. J. Gomes Canotilho explica a interseção necessária dos dois princípios: "Estes dois princípios - segurança jurídica e protecção da confiança - andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito - enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante 'qualquer acto' de 'qualquer poder' - legislativo, executivo e judicial." - CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 5. ed. Coimbra : Almedina, 1998, p. 250.

[29] "(...) 5. *Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica.* Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público." - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 22357/DF*, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJU de 05/11/2004, p. 06, com grifos de nossa parte.

[30] Para ampla análise, SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença civil imotivada*, Salvador : JusPodivm, 2008, p. 52/68.

[31] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 30. ed. São Paulo : Saraiva, 2011, p. 119/122, com grifos do original.

> Para nós, o Estado é pessoa política e jurídica, fenômeno que pode ser estudado sociologicamente ou juridicamente. O Estado é poder institucionalizado que deve sempre garantir a liberdade do homem, de acordo com seus desejos legítimos, mediante regras preestabelecidas pelo homem. É igualmente centro de decisões e de comportamentos ou impulsos, visando à realização das finalidades humanas. Deve sobretudo ser controlado pelo homem e não o contrário. Em sua dinâmica deve procurar o equilíbrio entre o desenvolvimento e a paz, a tecnologia e o humanismo, sem prevalência da burocracia.[32]

Ele é considerado por Jorge Miranda como "a resultante da existência de uma sociedade complexa", possuindo como notas características genéricas (as quais, segundo o autor português, devem ser vistas em conjunto e não separadamente).[33]

Jorge Reis Novaes, após expor um longo itinerário da história do estado, chega a definição do Estado Absoluto, considerado "poder que progressivamente se coloca acima do direito" e ainda como "o anti-modelo contra o qual se erguem a teoria e a construção política do Estado de Direito".[34]

Segundo Luiz Fernando Coelho, a expressão Estado de Direito "foi cunhada no início do século XIX para designar a oposição ao Estado de força, policial", sendo certo que "a teoria do Estado de Direito foi construída, em grande parte em contraposição à de Estado legal, o do império da lei", sendo ele, o de direito, uma autêntica

> (...) nova forma de afirmação do organismo estatal, quando se acresceu aos objetivos do Estado, além da ordem policial-militar, da defesa territorial, da preservação da propriedade e da segurança dos contratos, a finalidade de assegurar a proteção dos direitos individuais nas relações entre particulares e destes com o Estado. Como resultado desse desenvolvimento político, estabeleceram-se os fundamentos da nova forma de organização estatal: o princípio da legalidade, a igualdade jurídica dos cidadãos e a tripartição dos poderes".[35]

---

[32] FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria geral do estado*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 2009, p. 34.

[33] MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 21/22, com grifos do original.

[34] "Dividindo o estado absolutista em duas fases ("a patrimonial e a de polícia"), o professor português expõe que na primeira fase, "o monarca detinha a soberania a título pessoal" e na segunda "passa a exercê-la enquanto órgão do Estado". Mas como consignado por ele, o "constrangimento individual e a falta de previsibilidade e segurança, decorrentes da atividade discricionária e ilimitada" do Príncipe geraram a reação da burguesia insatisfeita. (...)A maneira de superação do estado de polícia foi buscar a "racionalização integral da sociedade e do Estado", pois um estado nessa perspectiva é "um Estado fundado e limitado pelo Direito, numa acepção em que limitação do *Estado* não se distingue claramente de limitação do Monarca, com a subordinação do Executivo ao Legislativo" e onde "a *limitação pelo Direito* se confunde com *império da lei* emitida pelo Parlamento". Esse Estado de Direito "surge moldado praticamente pelo liberalismo 'vivido' na Inglaterra a partir do século XVIII e, sobretudo, pelas instituições saídas das Revoluções liberais vitoriosas em França e na América." - NOVAES, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra : Almedina, 2006, p. 36, 37/40 e 40/45.

[35] COELHO, Luiz Fernando. *Direito constitucional e filosofia da constituição*. Curitiba : Juruá, 2006, p. 90/91.

A evolução natural do Estado de Direito[36] se operou com a influência das constituições sobre estes aparatos de organização social. Se o estado de direito deve ser reconhecido por aquele onde governantes e governados se sujeitam às leis, a sua "moldura ideal" é sustentada por Marcelo Figueiredo abarcando valores materiais de relevo para os cidadãos se sentirem protegidos e prestigiados:

> O 'Estado de Direito material', é certo, pressupõe o formal, contudo avança para alcançar os padrões exigíveis minimamente de democracia ocidental. São eles o acesso à jurisdição, esta com independência e harmonia; o plexo garantidor dos direitos fundamentais individuais e coletivos (os tradicionais adicionados aos culturais, políticos econômicos etc.); a divisão de poderes (quadro de equilíbrio entre as funções estatais), garantido por livre representação política; o respeito absoluto à Constituição legítima, como *prius* essencial; a busca incessante da justiça social, com os vetores da igualdade substancial.[37]

A passagem do estado de direito para o estado constitucional coincide com um pensamento que privilegia mais o aspecto material das relações de poder, no sentido humano da expressão, do que o formal. Representa, pois, a constatação que, se o estado de direito foi útil para o enfrentamento do ideário absolutista que grassava na Europa em especial, hoje ele "transcende em muito a concepção de freio de poder, para tornar-se o Estado Constitucional material, o Estado garante, o Estado conciliador de interesses coletivos e difusos, promotor do desenvolvimento".[38]

Com a incorporação de direitos sociais nas constituições, objetivando "converter em direito positivo várias aspirações sociais, elevadas à categoria de princípios constitucionais protegidos pelas garantias do Estado de Direito"[39], fenômeno visto pela Alemanha, Rússia e, até mesmo, no México no início do século XX, inaugura-se o Estado Social de Direito, também denominado de Estado Material de Direito.

---

[36] Pablo Lucas Verdú, em monografia específica sobre o estado de direito ou *Rechtsstaat*, afirma que foi nos séculos XVI e XVII que a formalização do direito se inicia, por conduto da "escola naturalista protestante, que vai de Grócio a Kant" e, com ele "o Estado se inscreve na juridicidade. Concebe-se a lei como esquema geral, formal e obrigatório, que se apóia na força do aparato estatal". Aduz ainda que "Locke e Montesquieu completarão o quadro do Estado Liberal de Direito, mediante a previsão de um elemento material, os direitos inatos do indivíduo (vida, propriedade, liberdade) e uma regra técnica que lhes serve de garantia, a separação dos poderes." - VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo estado de direito*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro : Forense, 2007, p. 04.
[37] FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria geral do estado*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 2009, p. 75.
[38] FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria geral do estado*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 2009, p. 76/77.
[39] *Idem, Ibidem*, p. 79.

Nessa ambiência de maior preservação é que se apresenta o Estado Democrático de Direito, expressão que foi "cunhada pelo espanhol Elías Diaz que a empregou no livro *Estado de derecho y sociedad democrática*, com o significado de Estado de transição para o socialismo". Seria ele, pois, uma forma de projetar a importância concreta do projeto de Constituição Dirigente, voltada a conduzir o legislador a ficar "adstrito à implementação das diretrizes fixadas na Constituição", orientações essas "no sentido de objetivos prefixados, obrigatórios para todos os Poderes ou órgãos do Estado".[40]

Conectando a irretroatividade com o Estado Democrático de Direito, Manoel Barreto, mesmo em 1964, já afirmava que "O respeito às situações jurídicas individuais é manifestação de garantias individuais derivada da filosofia do sistema político que adotamos, de liberdades que supõem que o homem tenha sempre direitos que não possam ser negados pelo poder público". Conclui que é disso que decorre o princípio da irretroatividade das leis.[41]

O ambiente do estado contemporâneo (democrático, material, social e constitucional de direito), portanto, consagra como princípio cardeal a proteção da confiança legítima dos cidadãos no Estado.

2.2.3. A segurança jurídica

A segurança é um sentimento necessário e quase umbilical para quaisquer cidadãos, servindo de suporte necessário para a adoção de planos de vida e profissionais, eis que viabiliza a projeção do futuro diante da sensação de certeza, ainda que relativa, sobre os fatos contemporâneos e de certeza, essa absoluta, dos fatos passados e perfectibilizados.[42]

---

[40] Referindo Canotilho na sua obra "Constituição dirigente e vinculação do legislador", FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 65/67. Definindo estado democrático de direito, podemos compreendê-lo com Misabel Derzi, para quem ele se apresenta como sendo "o estado que mantém clássicas instituições governamentais e princípios como o da separação de Poderes e da segurança jurídica. Erige-se sob o império da lei, a qual deve resultar da reflexão e co-decisão de todos. Mas não é forma oca de governo, na qual possam conviver privilégios, desigualdades e oligarquias. Nele, há compromisso inseparável com a liberdade e a igualdade, concretamente concebidas, com a evolução qualitativa da democracia e com a erradicação daquilo que se chamou de o "ser oligárquico", subsistente em quase todas as democracias - DERZI, Misabel Abreu Machado. "O princípio da igualdade e o direito tributário". *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, V. 1, n. 1, 1994, p. 193.

[41] RIBEIRO, Manoel. *Direito administrativo*. Vol. I, Salvador : Editôra Itapoã LTDA., 1964, p. 51.

[42] "Dentre os princípios que informam o Estado de Direito, considerado essencial em qualquer de suas espécies, como explica Reinhold Zippelius, está o princípio da segurança jurídica, "que exige, de forma bastante geral, que sejam criados fundamentos previsíveis e confiáveis para atos estatais e privados (*segurança ordenadora*), em especial em relação aos primeiros, que devem apresentar dispositivos confiáveis. No interesse da previsibilidade,

Para a doutrina portuguesa, pontifica no ponto por Maria Lúcia Amaral, a noção contemporânea de Estado de Direito tem sua materialidade conferida por conta da segurança jurídica (ao lado da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da justiça e da publicidade):

> Afirmar que a *segurança* constitui um destes fins, ou um dos elementos materiais de compreensão do princípio, significa dizer que, para os cidadãos, a actuação dos poderes públicos deve ser sempre uma actuação *antevisível, calculável e mensurável*. Num Estado de direito, as pessoas devem poder saber com o que contam. As relações entre o poder e os seus destinatários têm por isso que ser fundadas a partir da idéia segundo a qual o comportamento dos poderes públicos *deve ser um comportamento confiável*.[43]

José Afonso da Silva busca sistematizar a segurança jurídica. Começa explicando que esta é uma decorrência da segurança do direito (a qual se refere à positividade do direito, que encontra o seu fundamento de validade na Constituição). Depois afirma que a segurança jurídica assume dois sentidos, um amplo (ligado à garantia geral de direitos que se consagram constitucionalmente) e outro estrito (ligado à garantia de estabilidade e certeza das relações jurídicas, permitindo que os indivíduos prevejam os efeitos de suas condutas os quais não poderão ser atingidos por futura mudança legislativa).[44] Considerando o escopo deste trabalho, a maior ênfase da classificação de José Afonso deve ser dada à segurança como proteção dos direitos subjetivos.

Sintetizando os elementos principais da segurança jurídica, Luís Roberto Barroso sustenta que a mesma é um dos fundamentos do Estado de Direito junto com a justiça e com o bem estar social, sendo ela uma coletânea de conteúdos que incluem

> 1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
> 2. a confiança nos atos do Poder Público, que se deverão reger pela boa-fé e pela razoabilidade;

---

deve-se determinar da forma mais precisa não apenas os poderes de intervenção mencionados, mas também, se possível, as outras normas reguladoras dos atos estatais. (...) A necessidade de segurança jurídica, ou seja, da fundamentação de dispositivos confiáveis, concerne também a estabilidade das próprias *normas jurídicas*, que *não podem ser modificadas retroativamente em prejuízo dos cidadãos*." - ZIPPELIUS, Reinhold. *Introdução ao estudo do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte : Del Rey, 2006, p. 120, com grifos do original.

[43] AMARAL, Maria Lúcia. *A forma da república*: uma introdução ao estudo do direito constitucional. Coimbra : Coimbra, 2005, p. 177/178, com grifos do original.

[44] SILVA, José Afonso da. "Constituição e Segurança Jurídica", p. 17. In ANTUNES, Carmem Lúcia (Org.). *Constituição e segurança jurídica*: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 15/30.

> 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.[45]

Isso se deve porque, no que tange a sua natureza, a segurança jurídica "significa um valor-pressuposto imanente ao conceito de Direito, que tem por escopo garantir a durabilidade, certeza e coerência da ordem jurídica", viabilizadora que a organização da vida de cada qual das pessoas "mediante o imperativo da previsibilidade ou calculabilidade normativa de expectativas de comportamento e conseqüencialidade nas respectivas ações".[46]

No mesmo sentido, já se disse que "O *princípio da segurança jurídica* é, assim, tão valioso que sua violação compromete toda a instituição que o transgride, ao trair a *confiança geral*, cimento das civilizações, e a *boa-fé* dos que deveriam ser protegidos pela ordem jurídica".[47]

Desse modo, o conceito de segurança jurídica que será adotado no presente trabalho coincide com o de Hector Villegas, para quem esse é, em essência, a suscetibilidade da previsão objetiva pelos particulares de suas próprias situações jurídicas, de modo tal que possam ter uma precisa expectativa de seus direitos e deveres, dos benefícios que lhes serão outorgados e dos ônus que haverão de suportar.[48]

Acrescentamos ao conceito apenas a natureza jurídica de *princípio*[49] (pois ponderável, como será verificado adiante) que se apresenta como "expressiva garantia material" (daí *princípio-garantia*[50]) - ligado intrinsecamente ao Estado Democrático de Direito[51], podendo ser

---

[45] BARROSO, Luís Roberto. "Recurso Extraordinário. Violação indireta da Constituição. Ilegitimidade da alteração pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal". In: ***Revista Eletrônica de Direito Processual,*** Volume III, disponível em http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/recurso-extraordinario-violacao-indireta-da-constituicao-ilegitimidade-da-alteracao-pontual-e-casuistica-da-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal/. Acesso em 19/04/2011.

[46] Referindo o professor português Carlos Blanco de Morais, KORESSAWA, Elayne da Silva Ramos Cantuária. *Controle jurisdicional da atividade administrativa*: o decurso do tempo e suas implicações. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 2009, p. 142.

[47] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 275.

[48] VILLEGAS, Hector B. "Principio de seguridad jurídica en la creación y aplicación del tributo". In. *Revista de direito tributário*, nº 66, São Paulo : Malheiros, p. 07/08.

[49] CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. *Segurança jurídica e tipicidade tributária*. Salvador : JusPodivm, 2007, p. 46; ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 295.

[50] TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica*: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011, p. 18.

nominado também como sobreprincípio[52] ou superprincípio[53], de estatura constitucional em regra, mas sem perder sua altivez diante da ausência de previsão expressa em tal nível.[54]

A tarefa de situar com precisão no tempo o instante de consagração da segurança jurídica é das mais inglórias. O sentimento de estabilidade e calculabilidade que lhe são inerentes pode ser encontrado sempre que esteja presente uma relação social, ou seja, desde os primórdios.

Para uma notícia histórica do instituto, afirma Bruno Zilberman Vainer que a segurança jurídica foi "tema ausente de grande parte da história da humanidade", muito por conta do politeísmo religioso que comandou parcela considerável das comunidades no período da história antiga e da Igreja Católica na história medieval (com a cultura teocêntrica que pregava a justiça divina). Foi com o Renascimento que avultaram a noção de segurança perante o Estado e, por conseguinte, a de segurança jurídica, "revelando uma preocupação por parte dos indivíduos, até se tornar uma necessidade do Estado".[55]

Já no início do século XX, porém, houve a superação do pensamento e da postura dos juízes, considerando-se que a norma jurídica tem textura aberta e que os princípios são também normas, o que alterou a própria dimensão da segurança jurídica.[56]

A sua positivação mais difundida em nível mundial foi a inserção no art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, assim enunciada: "A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão".

Após, foi tratada no preâmbulo da Constituição Francesa de 24 de junho de 1793: "A segurança consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para conservação da sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades". Daí se espalhou pela quase

---

[51] MENDES, Gilmar Ferreira *et alli*. *Curso de direito constitucional*, 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2008, p. 457. Heleno Taveira Torres, porém, critica a generalização dessa afirmativa, aduzindo ser ela um "*topos* errático", posto que a experiência alemã não pode ser lançada como regra comum, tendo o próprio Brasil como exceção - TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica*: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011, p. 31.

[52] CARVALHO, Paulo de Barros. "Tributo e segurança jurídica", p. 342/366. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 360.

[53] DALLARI, Adilson Abreu. "Processo administrativo e segurança jurídica". In: GERMANOS, Paulo André Jorge (Coord.). *Segurança jurídica*. São Paulo : Elsevier, 2010, p. 14.

[54] NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo : Saraiva, 2010, p. 93.

[55] VAINER, Bruno Zilberman. "Aspectos básicos da segurança jurídica", p. 06/26. In: *Revista de direito constitucional e internacional*, Ano 14, nº 56, Jul./Set. 2006, p. 10/12.

[56] PESSOA, Leonel Cesarino. "Segurança jurídica e os paradigmas jurídicos", p. 41/50. In: PESSOA, Leonel Cesarino (Org.) *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo : LTr, 2007, p. 41/42 e 50.

totalidade dos sistemas normativos, ora expressada em nível constitucional, ora em nível infraconstitucional, ora por vezes de maneira não expressa, mas tomada como certa sua presença e aplicação por conduto da jurisprudência dos Tribunais Constitucionais.[57]

A ausência de previsão expressa não é privilégio da normatividade brasileira, mas sim situação comum tanto do ponto de vista constitucional quanto das normas internacionais sobre o tema geral da segurança e do específico da segurança jurídica, como evidenciado por Ingo Wolfgang Sarlet em alentado estudo sobre o tema.[58]

Especificamente no que tange ao direito brasileiro, a obra pioneira do tema é *O problema da segurança jurídica no direito*, de Theophilo Cavalcanti Filho[59], sendo que nela já fora exposta a segurança na dupla perspectiva, abarcando a proteção da confiança.[60] Obras de envergadura da mesma época, como os estudos avançados de Limongi França, de Wilson Campos Batalha e de Pontes de Miranda trataram da segurança como consequência do foco principal, a irretroatividade das leis.

Rui Medeiros e Jorge Miranda explicam os fundamentos da segurança jurídica, alinhavando em comentários à constituição portuguesa em vigor (mas que valem para a nossa realidade jurídica e até mesmo para a realidade mundial) que "apesar de não exclusiva do Estado de Direito, a idéia de segurança jurídica só nele atinge a máxima realização conhecida", para, após, deduzir que a mesma exige ao mesmo tempo:

---

[57] "Impressiona muitos espíritos a circunstância de no direito europeu não haver vedação explícita à retroatividade nem proteção constitucional expressa e formal ao direito adquirido. Nesses sistemas, como no norte-americano, a segurança dos direitos repousa mais nos princípios implicitamente consagrados, que são arraigados na consciência dos parlamentares, administradores e juízes. O grau de civilização alcançado por esses países permite que a garantia da liberdade e do patrimônio dos cidadãos dependa unicamente dos critérios do legislador e dos juízes, não tendo sido necessária nenhuma consagração constitucional expressa. Seria absolutamente inaceitável que o Estado, por qualquer de seus órgãos, agisse surpreendentemente, que colhesse de inopino seus cidadãos. Isso é algo que nem passa pela mente de um europeu ou norte-americano. No Brasil ocorre com frequência, mas o dever do Poder Judiciário é tolher o abuso, cortando-o, por inconstitucionalidade." - ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2. ed. 4. tir. São Paulo : Malheiros, 2007, p. 186.

[58] 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". Disponível na Internet: http://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 19 de janeiro de 2012.

[59] Referendando a assertiva, NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo : Saraiva, 2010, p. 78.

[60] "No prefácio da mesma, o tema aparece da seguinte forma: (...) quando o homem tipifica determinadas formas de conduta e concretiza aspirações e interesses em determinado instituto jurídico, há sempre dois aspectos a examinar: um objetivo, relacionado com a validez adquirida pela "realidade jurídica" em si (o que explica o caráter eminente e coercitivo, ou a pressão social das estruturas normativas) e um outro subjetivo, pertinente à situação dos homens que se inserem no âmbito da referida objetividade, conservando e buscando salvaguardar o seu ser próprio, isto é, a sua irrenunciável capacidade de liberdade e de síntese." - CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, prefácio, p. IV.

> - *certeza*, como conhecimento exacto das normas aplicáveis, da sua vigência e das suas condições de aplicação;
> - *compreensibilidade*, como clareza das expressões verbais das normas e susceptibilidade de compreensão pelos seus destinatários médios;
> - *razoabilidade*, como não arbitrariedade, adequação às necessidades colectivas e coerência interna das normas;
> - *determinabilidade*, como precisão, suficiente fixação dos comportamentos dos destinatários, densificação de conteúdo normativo;
> - *estabilidade*, como garantia de um mínimo de permanência das normas, por uma parte, e garantia de actos e de efeitos jurídicos produzidos, por outra parte;
> - *previsibilidade*, como susceptibilidade de se preverem situações futuras e susceptibilidade de, assim, os destinatários organizarem as suas vidas.[61]

O conteúdo do princípio[62], em sentido amplo, como sustentado por André Ramos Tavares, poderá abranger uma considerável gama de elementos, quais sejam:

> i) a garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e coisa julgada; ii) a garantia contra restrições legislativas dos direitos fundamentais (proporcionalidade) e, em particular, contra a retroatividade das leis punitivas; iii) o devido processo legal e o juiz natural; iv) a garantia contra a incidência do poder reformador da Constituição em cláusulas essenciais; v) o direito contra a violação de direitos; vi) o direito à efetividade dos direitos previstos e declarados solenemente; vii) o direito contra medidas de cunho retrocessivo (redução ou supressão de posições jurídicas já implementadas); viii) a proibição do retrocesso em matéria de implementação de direitos fundamentais; ix) o direito à proteção da segurança pessoal, social e coletiva; x) o direito à estabilidade máxima da ordem jurídica e da ordem constitucional.[63]

Não se deve compreender, porém, que o pensamento do professor paulista é voltado para uma petrificação do direito posto. Isso é expressamente negado pelo mesmo ao afirmar, categoricamente, que "Estabilidade não deve ser confundida, aqui, com estancamento do Direito".[64] Devemos considerar que "segurança absoluta não existe, é uma busca constante. A

---

[61] MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. *Constituição portuguesa anotada*. Tomo I, Coimbra : Coimbra, 2004, p. 102.

[62] Para amplo estudo sobre os princípios conferir TAVARES, André Ramos. "Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional", p. 21/51. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. São Paulo : Malheiros, 2003.

[63] TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo : Saraiva, 2010, p. 758/759.

[64] "Não há e nunca houve um direito à petrificação da ordem jurídica vigente. Mas não se pode falar em proteção da confiança do cidadão, como integrante da segurança jurídica a ser tutelada pelo Estado, sem a certeza da projeção de uma estabilidade mínima da ordem jurídica, consistente, no Brasil, em: i) cláusulas pétreas; ii) dificuldade de alteração das normas constitucionais; iii) limitações materiais ao legislador e às demais fontes do Direito." - *Idem, Ibidem*, p. 758. Pontes de Miranda referenda esse pensamento, ao afirmar que "É a segurança que têm as pessoas quanto à aquisição, modificação, eficácia e extinção dos direitos, principalmente no trato com as outras pessoas", aduzindo ainda que, por *segurança do tráfico jurídico*, deve-se compreender aquela que trata da "modificação do estado presente das posições jurídicas de alguma pessoa [para que] não seja atingida por circunstância que ela ignora", tudo orientado, pois "proveitoso", para que se ampare "aquele que confiou, dando-se eficácia a negócios

segurança aparece como a certeza dada pelo direito da não-surpresa", este compreendido como a segurança em sentido material.[65]

Geraldo Ataliba já afirmou que "não se compreenderia que os cidadãos se reunissem em república, para darem ao Estado a possibilidade de exercitar os poderes que deles mesmos recebeu, usando tais faculdades, instrumentos e meios deslealmente", completando o raciocínio ao vaticinar que "entre as mais graves violações dos agentes públicos, principalmente os políticos, estejam o abuso de poder, a deslealdade, a surpresa, a agressão às liberdades públicas".[66]

2.2.4. A proteção da confiança legítima

O conceito que adotaremos é o que de o "princípio da confiança consiste numa norma jurídica que reconhece e tutela uma situação na qual uma pessoa adere, em termos de atividade ou crença, a certas representações passadas, presentes ou futuras, que tem por efetivas".[67]

Hartmut Maurer afirma que são requisitos para o reconhecimento deste princípio tanto a circunstância do administrado ter confiado especificamente na existência do ato administrativo quanto que esta confiança seja digna de ser protegida em face da ponderação com o interesse público.[68]

Quando a situação envolve o Estado ocorre ainda um item dificultador: a discricionariedade do Poder Público em sentido amplo, a qual autoriza as autoridades a atuarem no momento que seja mais oportuno, desde que não ofendam a Constituição e as demais normas inferiores vigentes. O cidadão não pode, diante de um poder constituído em atuação regular, impedir que seja inovado o sistema jurídico, mas apenas repreender os atos inovadores em comparação com o sistema em vigência.

A fixação de limites para a atuação inovadora do Estado, realizada em detrimento ou de forma onerosa para os cidadãos afetados pelas mudanças, é parte integrante obrigatória da

---

jurídicos, que não a teriam" - MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Vol. I, 3. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1970, p. 138/139.

[65] MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Teoria geral do direito*: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 60 e 62.

[66] ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2. ed. 4. tir. São Paulo : Malheiros, 2007, p. 182.

[67] SOUZA, Wagner Mota Alves de. *A teoria dos atos próprios*: da proibição de *venire contra factum proprium*, Salvador : JusPodivm, 2008, p. 117/118.

[68] MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 2002, p. 72.

confiança legítima no Poder Público e, sem ela, ao interessado sobra apenas a sensação de impunidade, o descrédito dos poderes constituídos, a crítica às instituições de forma pejorativa e, sobretudo, a clara consciência que o princípio democrático é apenas teórico.

O que se pode perceber é que a confiança trata de questões passadas (corroborando os fatos já ocorridos e protegendo as aspirações que já se operaram) e de questões futuras, justamente porque não se pode prever o mesmo com plenitude e, daí, tem-se de antever meios de preservação das expectativas do que virá a ocorrer.

Paulo Modesto, após sustentar que a segurança jurídica ostenta três dimensões (segurança *do direito, no direito* e *pelo direito*, e dar crédito que o primeiro e o último foram desenvolvidos por Gustav Radbruch, afirma no que se refere à segurança no direito que esta se vincula com a "exigência de *precisão sobre o modo de modificação das normas jurídicas* e a *equação de equilíbrio entre as normas de alteração do sistema e de preservação de situações jurídicas subjetivas existentes*, inclusive a proteção da confiança legítima", abarcando também a preservação do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada "e das situações favoráveis sobre as quais se instalou uma confiança fundada".

Sublinhando que "*a boa-fé é exigência a ser considerada com destaque pelo administrador nos casos de alteração de situações jurídicas subjetivas*", desenvolve a noção de autovinculação administrativa, a qual, "em sentido estrito, denota uma hipótese importante de *redução da discricionariedade*, no âmbito dos *atos concretos da Administração Pública*, de invocação especialmente útil para impedir *atuações caprichosas de agentes públicos"* e, também, *"alterações repentinas no padrão decisório do Poder Público"*.[69]

Confiar no Estado, pois, é ao mesmo tempo necessário e oportuno, independentemente do vulto econômico envolvido na questão. Por vezes, a confiança será testada em situações aparentemente pontuais e sem maiores repercussões. Mas a medida desta repercussão há de ser dada pelo interessado atingido pela ofensa à confiança enquanto *dever inerente ao Estado democrático*. Hartmut Maurer bem explica que

> A proteção à confiança parte da perspectiva do cidadão. Ela exige a proteção da confiança do cidadão que contou, e dispôs em conformidade com isso, com a existência de determinadas regulações estatais e outras medidas estatais. (...) O princípio da

[69] MODESTO, Paulo. "Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa", p. 115/174. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte : Fórum, 2010, p. 128 e 130/131.

> proteção à confiança situa-se em uma relação de tensão entre estabilidade e flexibilidade.[70]

Importa deixar claro, ainda, os caracteres necessários para a consideração que uma confiança é, realmente, legítima, a fim de ser merecedora da tutela necessária. Com base em Patrícia Baptista, embasada ela em vasta doutrina e jurisprudência internacional, a síntese dos requisitos é a seguinte: a imprevisibilidade da mudança; o caráter repentino da mudança; a existência de razões objetivas para se acreditar na estabilidade normativa; a alteração normativa deve ensejar uma mudança significativa na linha de conduta até então adotada pela Administração Pública, deteriorando a posição jurídica do particular de modo a lhe causar prejuízo e a impossibilidade do interessado concorrer para a frustração da confiança (ou "nenhuma conduta capaz de frustrar a expectativa do cidadão pode ser atribuída à sua própria esfera de responsabilidade".[71]

As referências doutrinárias apontam que já se tratava do princípio da confiança no ano de 896, suscitado em razão da morte e julgamento do Papa Formoso, sendo retomado em 1862 pelo antigo Tribunal de Exchequer na Inglaterra e, no início do século XX, desponta como argumento principal na decisão do Conselho de Estado francês conhecida como *Arrêt Dame Cachet*, de 1922.[72]

Almiro Couto e Silva nos informa que o princípio da confiança pode ser reconhecido pela vez primeira após decisão do Superior Tribunal Administrativo de Berlim, em 14/11/1956, seguida por acórdão do Tribunal Administrativo Federal alemão de 15/10/1957, dando notícia que a moderna doutrina européia prefere nos dias atuais reconhecer a existência em apartado da segurança jurídica ("quando designam o que prestigia o aspecto *objetivo* da estabilidade das relações jurídicas") do princípio da confiança ("quando aludem ao que atenta com o aspecto *subjetivo*").[73] Valter de Araújo sustenta ainda que, mais modernamente,

---

[70] MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 2002, p. 68.

[71] BAPTISTA, Patrícia. "A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da administração pública. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa". In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, Jul.2007. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp. Acesso em 19/02/2012.

[72] ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói : Impetus, 2009, p. 16/20.

[73] SILVA, Almiro do Couto e. "O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99)". *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador,

> O fenômeno mundial de ampliação do emprego do princípio da proteção da confiança decorrente, dentre inúmeros fatores, de uma maior intervenção do Estado na vida dos particulares ao longo do século XX. No século XIX, o Estado liberal detinha um menor controle da vida do cidadão se comparado com o Estado moderno do século XX. A partir deste último, os Estados passam a desempenhar um maior leque de funções e a ter uma mais ampla ingerência sobre os mais distintos campos da vida pública e privada. Quanto maior a quantidade de atividades desempenhadas pelo Estado, maior o potencial para a prática de ações arbitrárias e injustas. Além disso, o indivíduo torna-se mais dependente das medidas estatais. (...) À medida que essa dependência se eleva, o cidadão também passa a depositar mais confiança na continuidade do comportamento estatal. A crença na estabilidade dos comportamentos futuros, portanto, também sofre um incremento. Na realidade, uma circunstância atrai a outra, tornando o dever de constância um preceito a ser respeitado pelo Estado. É nesse ambiente que o princípio da proteção da confiança avança e se dissemina pela doutrina e pela jurisprudência. Trata-se, portanto, de um instituto próprio do Estado de Direito contemporâneo, corolário de uma maior e mais freqüente intervenção do Estado no domínio econômico e social.[74]

O princípio da proteção à confiança é, na realidade, uma especificação da própria segurança jurídica (ainda que princípio não escrito, mas presente e relevante em nosso sistema jurídico). A segurança é materializada e especificada por conduto da proteção da confiança, a qual é mais ligada às situações concretas vividas pela sociedade e que, ao reboque, terminam por ser tuteladas pelo sistema jurídico em vigor. De fato, a interação entre os dois temas é intuitiva e indispensável.[75]

Instituto de Direito do Público da Bahia, nº 02, abril/junho de 2005. Disponível em http://www.direitodoestado.com.br e capturado em 15/01/2009. Comentando o primeiro julgado, tão relevante para o tema, Ricardo Lodi Ribeiro expõe os desdobramentos da importante e pioneira decisão, na própria Alemanha e na Europa após: A partir dessa decisão, a doutrina alemã adere com grande entusiasmo à nova teoria, naquilo que Garcia Luengo denominou de *marcha triunfal do princípio da proteção à confiança*, até sua consagração como princípio constitucional pelo Tribunal Constitucional Alemão, nos anos de 1970. Com isso, o legislador tedesco positiva-o no § 48 da Lei do Procedimento Administrativo de 1976, em determinação que acabou por reproduzida na lei societária e fiscal. A partir de sua consolidação no Direito positivo alemão, a idéia se universaliza com a adesão da Corte de Justiça das Comunidades Européias ao *princípio da proteção da confiança legítima*, tomado como regra fundamental do Direito comunitário, em paulatino processo evolutivo que se completa em 1978.

[74] ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói : Impetus, 2009, p. 29 e 31.

[75] "Vale assinalar que *o princípio da proteção de expectativas de confiança legítima* não se vê dotado de autonomia em relação ao *princípio da segurança jurídica*. Tampouco reduz-se à condição de derivado do princípio do Estado de Direito, como ordinariamente se difundiu. O princípio da segurança jurídica requer a confiança dos jurisdicionados no bom funcionamento do Sistema Jurídico e esta confiança, por sua vez, apresenta-se como uma eficácia do princípio de certeza do direito ou da estabilidade do ordenamento, para exigir a recomposição do *estado de segurança.*" - TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica*: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011, p. 213, com grifos do original. Pérez Luño bem delimita a relação da segurança jurídica com a proteção da confiança: 1º Permite dotar de uma base empírica as garantias de segurança, ao vinculá-las à obtenção de bens jurídicos concretos (vida, liberdade, saúde, qualidade de vida, segurança no trânsito...) 2º Contribui para comprovar a eficácia do sistema de segurança ao pô-lo em relação com suas conseqüências no plano dos bens jurídicos cuja tutela se dirige. 3º Legitima a função da segurança no Estado social e democrático de Direito como caminho operativo indispensável para a consecução dos grandes objetivos constitucionais. Em particular, orienta o trabalho legislativo ao estabelecimento de técnicas de proteção claras e justas dos bens jurídicos. - PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Seguridad jurídica y sistema cautelar*. Disponível na Internet:

Não se reconhece validade no argumento que a ausência de previsão explícita impediria o uso deste princípio como instrumento de proteção. Comungamos da opinião de Souto Maior Borges, para quem o princípio implícito não difere senão formalmente do expresso. "Têm ambos o mesmo grau de positividade. Não há uma positividade 'forte' (a expressa) e outra 'fraca' (a implícita). Um princípio implícito pode muito bem ter eficácia (= produzir efeitos) muito mais acentuada do que um princípio expresso".[76]

Pedro José Jorge Coviello sustenta que a confiança legítima é indispensável ao direito público, derivando diretamente do Estado de Direito, da equidade e da segurança jurídica com vistas a proteção dos que agiram de boa fé e, justo por isso mesmo, não podem ser desprezados pelos governantes quando dos seus atos. Afirma que a natureza jurídica do mesmo seria a de um "princípio geral de Direito, componente fundamental do Estado de Direito"[77], destacando que "a confiança legítima é a segurança jurídica vista do lado do particular".[78]

O entendimento da questão ganha em importância porque nosso sistema jurídico tutela a segurança jurídica como princípio e garantia fundamental de todos os cidadãos, estampado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e especificado no inciso XXXVI do mesmo

---

http://www.europeana.eu/portal/record/90901/4C43799F82EEC2ED47F1A09CF4604DA3C518C318.html. Acesso em 01/08/2009.

[76] SOUTO, Maior Borges. "O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo". *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: http://www.direitopublico.com.br. Acesso em 16/01/2009. Justificando a importância do princípio da confiança e sua vinculação com o Estado e o tipo estatal que a democracia exige, Judith Martins-Costa explicita: "A confiança é, pois, mais que o apelo à segurança da lei, é também mais do que a boa-fé, embora a suponha; é crédito social, é a expectativa, legítima, da ativa proteção da personalidade humana como escopo fundamental do ordenamento. Daí alcançar Couto e Silva, em texto escrito mais recentemente, a plena compreensão da operatividade positiva da confiança no quadro do Estado de Direito. A confiança dos cidadãos é constituinte do Estado de Direito, que é, fundamentalmente, estado de confiança. Seria mesmo impensável uma ordem jurídica na qual não se confie ou que não viabilize, por meio de seus órgãos estatais, o indispensável estado de confiança. A confiança é, pois, fator essencial à realização da justiça material, mister maior do Estado de Direito. De resto, a exigência de um comportamento positivo da Administração Pública na tutela da confiança legítima dos cidadãos corre paralela ao crescimento, na consciência social, da extremada relevância da conexão entre a ação administrativa e o dever de proteger de maneira positiva os direitos da personalidade, constituintes do eixo central dos direitos fundamentais. Em suma: no nosso contexto social complexo, multiforme, instável e conflituoso, a Administração Pública não pode – para garantir a confiança, fundamento do Direito – limitar-se a uma abstenção, antes devendo estar presente na regulação e na garantia dos variados mecanismos de realização dos direitos fundamentais e das legítimas expectativas que gera na esfera jurídica dos particulares de Roma." - MARTINS-COSTA, Judith. "A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança". *Revista do CEJ*, Brasília, nº 27, p. 110/120, out./dez. 2004, p. 119

[77] Os princípios gerais de Direito foram objeto de estudo empreendido por R. Limongi França, o qual afirmava que eles ostentam a condição de "verdadeira 'fonte', ou, como preferimos, de autêntica 'forma de expressão' do Direito normativo", "integrados, primacialmente, pelos princípios de Direito Natural". FRANÇA, R. Limongi. *Princípios gerais de direito*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010, p. 25/26 e 32.

[78] COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 2004, p. 176, 180, 458/459.

artigo, com o asseguramento da proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada até mesmo em face de normas novas.

Aqui no Brasil ainda há um foco menor no princípio da proteção da confiança legítima. A confusão deste com o princípio da segurança jurídica pode representar uma maneira de tentar diminuir sua eficácia específica, qual seja, a de *viabilizar preservações das justas ou legítimas expectativas, mesmo que não incluídas no conceito clássico de direito adquirido* (a envolver a tríade do mesmo em sentido estrito, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, como é típico da realidade nacional). Esperamos que esse equívoco seja, o mais prontamente possível, sanado.

A maturação acadêmica e a maior amplitude de utilização do princípio nos julgamentos prestarão relevantes serviços aos cidadãos brasileiros na medida em que consolidar, como aqui se pretende, a proteção das expectativas fundadas como *elemento indissociável do conceito a ser proposto de direito constitucionalmente adquirido*.

2.2.5 Instrumental específico da segurança jurídica no direito constitucional brasileiro

2.2.5.1. Coisa julgada[79]

A noção de coisa julgada é, de forma singela, a circunstância de não restar mais condições técnico-jurídicas de alterar uma decisão judicial regularmente proferida.

Luiz Guilherme Marinoni afirma que a coisa julgada "não é mera regra do processo", sendo mesmo "regra indispensável à existência do discurso jurídico e, por conseguinte, ao exercício da própria jurisdição", eis que "a coisa julgada, antes de ser uma regra destinada a legitimar o conteúdo do discurso, é uma regra imprescindível à sua própria existência. Uma interpretação judicial que não tem condições de se tornar estável não tem propósito".[80]

Relacionando a coisa julgada com o Estado de Direito, a segurança jurídica e a proteção da confiança, Marinoni afirma que "A coisa julgada, portanto, serve à realização do princípio da segurança jurídica, tutelando a ordem jurídica estatal e, ao mesmo tempo, a confiança dos cidadãos nas decisões judiciais", para concluir logo após que "Sem coisa julgada material não há

---

[79] Por conta do corte da pesquisa realizada neste trabalho os aspectos processuais do instituto serão colocados em segundo plano, não por serem de menor importância, mas sim porque o objetivo é relacionar o tema com os institutos do Estado Democrático de Direito, da segurança jurídica e da proteção a confiança legítima.

[80] MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008, p. 56/57.

ordem jurídica e possibilidade de o cidadão confiar nas decisões do Judiciário. Não há, em outras palavras, Estado de Direito".[81]

Também relacionando a coisa julgada com a segurança jurídica, é relevante a advertência de Humberto Theodoro Júnior para quem o "fato de a coisa julgada não se apoiar necessariamente sobre a justiça do decisório não lhe diminui a relevância dentro da ordem constitucional", justificando que "o Estado Democrático de Direito é impensável fora da garantia de segurança jurídica, e é em seu nome que se estrutura o instituto da coisa julgada".[82]

Ainda que altamente relevante, a coisa julgada também está apta a sofrer processos de ponderação, sobretudo quando se trata do tormentoso tema da coisa julgada inconstitucional. Como ponderado por Alexandre Freitas Câmara, "o processo é instrumento de acesso à justiça, mas não há justiça sem segurança jurídica. É o equilíbrio entre esses valores que permitirá a busca de uma solução adequada para o problema".[83]

2.2.5.2 Ato jurídico perfeito

O conceito de ato jurídico perfeito pode ser extraído da sua denominação. É *ato* porque manifestação de vontade; *jurídico* porque vontade relevante do ponto de vista do Direito, ensejando consequências no plano das obrigações, como a sujeição e as pretensões; *perfeito* porque já consumadas todas as etapas necessárias para sua consumação, eis que perfeito, em linguagem jurídica, significa mesmo pleno e acabado, completo.

Celso Ribeiro Bastos aduz sobre o instituto que "o constituinte teve mais em mira, ao cogitar desta matéria, de seus aspectos formais, vale dizer, é ato jurídico perfeito aquele que se

---

[81] "A coisa julgada, enquanto instituto jurídico, tutela o princípio da segurança em sua dimensão objetiva, deixando claro que as decisões judiciais são definitivas e imodificáveis. Frise-se que a coisa julgada expressa a necessidade de estabilidade das decisões judiciais. Na outra dimensão do principio da segurança jurídica, quando importa a proteção da confiança, a coisa julgada garante ao cidadão que nenhum outro ato estatal poderá modificar ou violar a decisão que definiu o litígio. Nesse sentido, sabe o cidadão que, uma vez produzida a coisa julgada material, nada mais será possível fazer para se alterar a decisão e, assim, que o ato judicial de solução do litígio merece plena confiança
Na verdade, a coisa julgada material é um verdadeiro signo da tutela da confiança do cidadão nos atos estatais. É, por assim dizer, um concreto 'exemplo' de proteção da confiança legitimamente depositada pelos cidadãos nos atos de poder." - *Idem, Ibidem*, p. 67/68.

[82] THEODORO JÚNIOR, Humberto. "Coisa julgada e segurança jurídica: alguns temas atuais de relevante importância no âmbito das obrigações tributárias" *in Revista jurídica*, Ano 58, nº 389, Mar./2010, p. 285.

[83] CÂMARA, Alexandre Freitas. "Relativização da coisa julgada material". In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro : América Jurídica, 2004, p. 179. Com a mesma orientação em gênero, mas focando o acesso à justiça como meio próprio de "pleno exercício da cidadania", FIGUEIREDO, Marcelo. *Parecer sobre a constitucionalidade do Exame de Ordem*. Disponível em http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/CONSULTA_CFOAB.pdf. Acesso em 21/12/2011.

aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários à sua formação, debaixo da lei velha", sendo certo que "se alguém desfruta de um direito por força de um ato que cumpriu integralmente as etapas da sua formação debaixo da lei velha, não pode ter este direito negado *só* porque a lei nova exige outra exteriorização do ato".

E conclui: "O ato jurídico, pois, é aquele que se encontra apto a produzir os seus efeitos", já que "se bem que acabado quanto aos elementos de sua formação, aguarda uma instante ainda, ao menos virtual ou potencial, de vir a produzir efeitos no futuro".[84]

A noção essencial do ato jurídico perfeito é, pois, a de *completude em todos os dois aspectos relevantes de um ato jurídico*, quais sejam, *a questão formal e a material*. Em outros termos, o ato jurídico só é perfeito quando apresenta a concretização de todas as necessidades formais para sua ocorrência e também protege o âmbito central ou mesmo a causa de sua existência, o seu objeto central.

Logo, será ato jurídico perfeito aquele que permite reconhecer que todas as circunstâncias de fato e de direito já foram levadas a efeito e estão plenas e acabadas, não ensejando pendências ou dúvidas sobre o ato em si mesmo (devendo ser realçado que ele se apresenta "*perfeito* ainda que possa estar sujeito a termo ou condição[85]).

Perceba-se que a força do ato jurídico perfeito ter sido alçado ao nível de garantia constitucional é que, mesmo diante de expressa previsão de aplicação retroativa da nova norma, o legislador ordinário não pode ultrapassar os ditames do legislador constituinte originário e, em respeito à hierarquia da Constituição em face das normas infraconstitucionais, se tolere um abuso de poder e um ato medularmente inconstitucional.

Pode-se sustentar, por derradeiro, que o ato jurídico perfeito nada mais é do que o direito adquirido acrescido da formalização necessária para sua consolidação, *entendendo formalização como exercício efetivo do direito já vinculado ao titular*.[86]

---

[84] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo : Malheiros, 2010, p. 336/337.

[85] SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 134. Exemplo de um concurso para selecionar professor substituto em uma universidade pública: exigindo o edital apenas bacharelado em ciências jurídicas, o candidato que se submete às provas, obtém aprovação no limite das vagas, cumpre todas as exigências documentais e internas dos órgãos de registro para, ao final do processo, iniciar o ministério das aulas não pode, em hipótese alguma, ser colhido por nova legislação que venha a exigir que apenas pessoal com titulação de mestrado ou doutorado seja admitido a tal certame.

[86] "A proteção do ato jurídico perfeito, que bem pode e deve ser estendida ao direito adquirido, foi bem retratada por Uadi Lammêgo Bulos na seguinte passagem: "*Ato jurídico perfeito* é o que já se consumou. Em virtude de sua efetividade, encontra-se apto a produzir efeitos concretos. A sua garantia é uma forma de assegurar o próprio direito adquirido pela proteção que se concede ao seu elemento gerador. Ora, se a lei nova considerasse inexistente, ou inadequado, ato já consumado, sob o amparo da norma que a precedeu, o direito adquirido desapareceria por falta de

Para finalizar, a orientação do Supremo Tribunal Federal editou a primeira Súmula Vinculante de sua história justamente versando sobre a garantia do ato jurídico perfeito, evidenciando a importância do instituto e, ao mesmo tempo, a necessidade de uma ponderação do caso concreto para que se lhe aplique a máxima efetividade.[87]

2.2.5.3 Direito adquirido

A noção mais intuitiva sobre o que significa direito adquirido decorre do seu léxico: aquilo que já se incorporou à pessoa, que já lhe pertence, que lhe é próprio.

A relação que se mantém entre o direito adquirido e a segurança jurídica, no especial tocante ao problema da manutenção de prerrogativas e expectativas insertas no regime jurídico, remete necessariamente à questão da irretroatividade das leis novas sobre situações já ocorridas.

Na história constitucional brasileira, acerca da irretroatividade, "Ao contrário das Constituições de 1824 e 1891, que expressamente vedavam a irretroatividade, os Textos Constitucionais, a partir da Lei Maior de 1934, passaram a não mais vedá-la expressamente", passando então "a impedir que o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito possam ser atingidos por leis pretéritas", sendo certo também que "essas mencionadas proteções representam um *plus* em relação ao princípio da irretroatividade, haja vista que sua proteção vai além dos parâmetros legais, abrangendo também interferências privadas".[88]

Uadi Lammêgo Bulos sintetiza a colocação constitucional já do direito adquirido:

> Cronologia constitucional: a Carta Imperial de 1824 não disciplinou a garantia dos direitos adquiridos, que foi introduzida entre nós pela Constituição de 1934. O Texto de 1937 as omitiu. Restaurados na *Lex Mater* de 1946, perduram até hoje. O constituinte de 1988 optou, claramente, pela doutrina subjetivista da escola italiana, preconizada por Gabba, do mesmo modo que a Lei de Introdução ao Código Civil (art. 6º, § 2º).[89]

---

fundamento. Haveria destruição de direitos subjetivos, formados sob o amparo do antigo preceito legal, prejudicando interesses legítimos dos seus titulares e causando desarmonia na sociedade. Daí o Supremo Tribunal Federal ter concluído que o princípio constitucional do ato jurídico perfeito se aplica às leis de ordem pública." - BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 524/525.

[87] "Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validez e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001".

[88] AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2009, p. 199/200.

[89] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 521.

Sintetizando a interrelação da Constituição com o direito adquirido, Raul Machado Horta elenca oito conclusões, das quais avultam: "a Constituição é fonte e protetora do direito adquirido"; "só é recusável o direito adquirido incompatível com preceito da Constituição" e ainda "a evolução constitucional brasileira, ao invés de opor Constituição e direito adquirido como valores antitéticos, vem promovendo a acomodação e o convívio entre Constituição e direito adquirido, que perdura até os nossos dias".[90]

Para C. F. Gabba, na definição de direito adquirido que mais é referida pelos autores do tema em si e que tratam da teoria da irretroatividade,

> É adquirido cada direito que a) seja conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se viu realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo; e que b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.[91]

Adaptando o conceito de Gabba, Carlos Maximiliano afirma que

> chama-se adquirido ao direito que se constituiu regular e definitivamente e a cujo respeito se completaram os requisitos legais e de fato para se integrar no patrimônio do respectivo titular, quer tenha sido feito valer, quer não, antes de advir norma posterior em contrário.[92]

O Supremo Tribunal Federal já trouxe um seu conceito, na medida em que afirmou que "o direito adquirido é delimitado como sendo todo o direito que é consequência de um fato apto a produzi-lo, em virtude da lei do tempo em que o fato foi realizado".[93]

O que se sustenta no presente trabalho é que por "fato apto" deve ser considerado mais do que a situação consumada de que trata a Lei de Introdução e o conceito de Gabba: há de ser reconhecido que são aptos a gerar direitos adquiridos (i) as justas expectativas, por presunção, sobretudo quando envolvidos direitos patrimoniais; (ii) quando o não reconhecimento gerar prejuízos inesperados; (iii) quando violada a confiança legítima e (iv) quando período de tempo maior de cinco anos for ultrapassado.

---

[90] HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2010, p. 219.
[91] GABBA, Francesco. *Teoria della retroattività delle leggi*, V. I, Roma : Torino Unione Tipográfico-Editrice, 1891, p. 191.
[92] MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*, 2. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1955, p. 44.
[93] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento nº 135632*, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 03/09/1999, p. 545.

Para Celso Ribeiro Bastos, a circunstância da Lei de Introdução ao Código Civil, no art. 6º, tratar do mesmo tema não pode em absoluto limitar a relevância constitucional do instituto, eis que "Quando o constituinte quis protegê-lo contra as investidas do legislador é porque pressupôs que a expressão 'direito adquirido', de per si, trouxesse um teor de significação não passível de ser restringido pelo legislador ordinário".[94]

Há, contudo, pensamentos no sentido totalmente inverso, sustentando que não seria recomendável a colocação deste tema em sede constitucional. Argumentando que a inserção no nível mais alto da juridicidade ostenta aspectos valiosos e problemáticos, Miguel de Serpa Lopes, por exemplo, afirma que em um sistema tido por ele próprio como ideal e justo não seria oportuno e conveniente essa posição de destaque, pois pode haver necessidade de mudança diante da força dos fatos sociais.

O que se deve afirmar com serenidade é que a inserção do tema em nível constitucional, que é uma realidade constante na história brasileira, tem uma ventura: *trouxe ao direito adquirido a noção de direito mais forte e mais relevante que os demais previstos nas leis subconstitucionais*.

Mais ainda, conferiu-lhe a perspectiva de garantia material fundamental.[95]

A base da noção de direitos materialmente constitucionais se obtém com fundamento na previsão do art. 5º, § 2º da Constituição de 1988, tendo em conta a idéia que as normas que estejam na Constituição são denominadas *formalmente constitucionais*: o que está positivado tem valor constitucional formal; o que é de natureza constitucional, quer pelo reconhecimento derivado da abertura constitucional do dispositivo em tela ou mesmo decorrendo de reconhecimento constitucional (razoabilidade enquanto princípio não escrito), entra no conjunto das normas *material ou substancialmente constitucionais*.

Toda a exposição anterior se orienta para demonstrar que o direito adquirido no Brasil tem por natureza jurídica atual a de uma das mais relevantes *garantias materiais fundamentais* (apesar do léxico direito lhe ser inerente).

---

[94] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. Vol. 2, São Paulo : Saraiva, 1988, p. 188.

[95] Paulo Bonavides afirma a existência de duas ordens de garantias constitucionais: as qualificadas ou de primeiro grau (aquelas que garantem a inalterabilidade do preceito seja por via legislativa ordinária, seja por via constituinte derivada, como é o caso das cláusulas pétreas, bem como "aquelas que circundam direitos, princípios e valores da Constituição, cuja mudança ou supressão fere a essência, a natureza e a razão de ser da própria lei suprema") e as simples ou de segundo grau (aquelas que recaem unicamente contra a ação do legislador ordinário, sem invalidar, contudo, o poder reformista do legislador constituinte constituído").BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 503/504.

A consequência desta identificação da natureza jurídica relevante da garantia do direito adquirido é natural: sua importância não deve ser reduzida quer por legislação infraconstitucional quer por interpretação dos juízes e tribunais pátrios.[96]

O vínculo do direito adquirido com as alterações normativas é intuitivo. A questão se reforça quando o tema se eleva para as normas originárias e as derivadas de alteração constitucional por emenda[97].

Releva sustentar, com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que não se deve entender que a inicialidade do poder constituinte originário seja automática, na medida em que se considere que o surgimento da nova Constituição é causa eficiente para, de logo, todos os direitos adquiridos se verem aniquilados. Na realidade, como alertado pelo autor referido, "não se deve presumir o caráter retroativo da norma constitucional originária. Insista-se que o princípio geral de direito é a irretroatividade. Daí a presunção de que a norma não tem retroeficácia", concluindo então que "Para fugir disto é necessário que o caráter retroativo decorra exclusivamente do texto".[98]

Os exemplos mais claros desta doutrina na realidade da Constituição em vigor são os artigos 17 e 18 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).[99] O primeiro é explícito ao tratar do sobrepujamento ou superação dos direitos adquiridos perante a norma constitucional anterior, mas o segundo da mesma forma limita direitos consolidados antes da vigência da Carta Magna nova, mas depois da instalação da Assembléia Nacional Constituinte.

---

[96] Nesse sentido, SBROGIO´GALIA, Susana. *Mutações constitucionais e direitos fundamentais*. Porto Alegre : Livraria dos Advogados, 2007, p. 123 e seguintes.

[97] Para aprofundamento sobre o tema, conferir DANTAS, Ivo. *Direito adquirido, emendas constitucionais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2004, p. 53 e seguintes; CARVALHO JÚNIOR, José Ponciano de. *Reforma constitucional, por via de emenda, e o direito adquirido*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado em Direito do Estado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Orientador: Professor Doutor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, São Paulo, 2004, p. 82 e seguintes em especial; BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir. Direito adquirido contra as emendas constitucionais. Revista da Procuradoria Geral do Estado de Minas, Belo Horizonte, s. n., p.21-32, 1996, de onde se extrai que "há direito adquirido, sim, contra emendas constitucionais. O que não há é direito adquirido contra a Constituição, tal como originariamente posta"; contra o entendimento, por todos, SARMENTO, Daniel. "Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social". In: *Revista trimestral de direito privado*, Ano 5, nº 20, Out./Dez. 2004, p. 03/34.

[98] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "Poder constituinte e direito adquirido", p. 21, In: *Revista dos Tribunais*, Ano 86, V. 745, Nov. 1997, p. 18/26.

[99] "Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título."; "Art. 18. Ficam extintos os efeitos jurídicos de qualquer ato legislativo ou administrativo, lavrado a partir da instalação da Assembléia Nacional Constituinte, que tenha por objeto a concessão de estabilidade a servidor admitido sem concurso público, da administração direta ou indireta, inclusive das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público".

A orientação sobre o tema foi unificada no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Extraordinário nº 146.331/SP, relator o Ministro Cezar Peluso, DJe de 20/04/2007.[100] Nele, a Corte Suprema terminou por consolidar o entendimento da ausência de limites quando se trata de norma decorrente de manifestação excepcional do poder originário, ainda mais quando a restrição vier expressada na nova Constituição. A doutrina, porém, diverge sobre a conclusão.[101]

E no que toca ao poder derivado, Manoel Gonçalves sintetiza o pensamento que aqui se defende, qual seja, o da limitação do poder de emendar em face dos direitos adquiridos, representando retroação indevida mesmo a incidência das mesmas sobre os *facta pendentia*:

> Quanto à norma constitucional proveniente do Poder derivado, também ela não tem, em princípio, caráter retroativo. Na verdade, ela só pode ter se a Constituição não veda a retroatividade. No caso brasileiro, se a Constituição não afirma expressamente a irretroatividade, a uma situação equivalente conduz a garantia aos direitos adquiridos (art. 5º, XXXVI). Ora, existindo esta limitação, é claro que ela importa numa limitação ao Poder derivado. Conseqüentemente, a norma será inconstitucional se retroativa. (...) Ora, a conclusão lógica (...) dessas premissas é inadmitir-se a aplicação da norma editada pelo Poder Constituinte derivado mesmo com relação aos *facta pendentia*. Realmente isto seria retroatividade, ainda que mitigada.[102]

---

[100] Confira-se a ementa do julgado em referência: "SERVIDOR PÚBLICO. VENCIMENTOS. VANTAGENS PECUNIÁRIAS. ADICIONAIS POR TEMPO DE SERVIÇO E SEXTA-PARTE. CÁLCULO. INFLUÊNCIA RECÍPROCA. CUMULAÇÃO. EXCESSO. INADMISSIBILIDADE. REDUÇÃO POR ATO DA ADMINISTRAÇÃO. COISA JULGADA MATERIAL ANTERIOR AO INÍCIO DE VIGÊNCIA DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DIREITO ADQUIRIDO. NÃO OPONIBILIDADE. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA CONHECIDOS E ACOLHIDOS PARA ESSE FIM. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, XIV, DA CF, E DO ART. 17, CAPUT, DO ADCT. VOTO VENCIDO. Não pode ser oposta à administração pública, para efeito de impedir redução de excesso na percepção de adicionais e sexta-parte, calculados com influência recíproca, coisa julgada material formada antes do início de vigência da atual Constituição da República.". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário nº 146.331/SP*, rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJU de 20-4-2007.

[101] Por todos, SALDANHA, Nelson. *O Poder Constituinte*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986, p. 90. Também: "A tendência prática do constitucionalismo, como se vê, é respeitar as relações constituídas, e mesmo a teorização a respeito pode ganhar novos rumos, notadamente em momento de fortalecimento das formulações sobre direitos fundamentais e princípios democráticos. Começa-se a defender, assim, a restrição da aplicação do dogma de que não há direito adquirido contra a Constituição à manifestação primária do poder constituinte, e já se sustenta a ressalva da intangibilidade, também nesse nível, dos princípios essenciais ao Estado Democrático. Nessa linha, ressai da hermenêutica constitucional, especialmente à vista do tratamento dos direitos fundamentais, por um lado, e do novo arranjo normativo, por outro, que o constituinte, originário ou derivado, sujeita-se a condicionamentos, mais estreitos ou mais dilargados, conforme a sua natureza. Ao constituinte originário impõem-se as limitações da liberdade e da igualdade, e ao poder constituinte derivado cabe, além de respeitar tais limitações e a garantia de segurança jurídica como construção lógica de proteção, por razões mais fortes, reconhecer o conteúdo da proteção aplicada, sob pena de negativa da própria garantia constitucional e de prevalência do constituinte derivado sobre o originário." - PIRES, Maria Coeli Simões. "Direito adquirido como limite à retroprojeção de emendas constitucionais". In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, 4. ed., Ano XXII, Belo Horizonte, 2004. Disponível na Internet: http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2004/04/-sumario?next=2.

[102] *Idem, Ibidem*, p. 22/23, com destaque constante do original.

Nesse sentido, em julgado recente, o Supremo Tribunal aplicou o entendimento acima exposto para fins de proteger a garantia do direito adquirido.[103]

A ideia a ser retida quanto ao direito adquirido é que ele "funciona como *cláusula de bloqueio*, impedindo que situações integradas, em definitivo, ao patrimônio do seu titular possam ser alcançadas pela lei nova", posto que "Seu papel é manter, no tempo e no espaço, os efeitos jurídicos de preceitos que sofreram mudanças ou supressões".[104]

O viés de análise do direito adquirido é de sua consideração como garantia constitucional protegida por cláusula pétrea, o que a torna integrante do núcleo resguardado ao extremo na Constituição Federal. Portanto, toda visão que lhe subestime ou reduza sua máxima efetividade, sem razões concretas que fundamentem uma ponderação do mesmo, será condenável e inconstitucional.

Por fim, as principais teorias[105] acerca do direito adquirido com reflexos diretos no Brasil são a de Francesco Gabba e a de Paul Roubier.

Em sua obra específica sobre o tema, de maior notoriedade, *Teoria della Retroatività delle Leggi*, publicada em 1891[106] no seu volume primeiro (ao todo, são três os livros), o qual trata dos temas gerais para a compreensão do instituto (*Prolegomeni*), o professor italiano Francesco Gabba alinhava as linhas mestras sobre o tema do direito adquirido. A definição mais difundida em nível mundial sobre o instituto certamente se deve ao mesmo.

Para pavimentar essa sua construção, que viria a se tornar o conceito clássico de direito adquirido, ele estuda a matéria no direito romano, canônico (como era próprio na época com

---

[103] "(...) 3. 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. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validez e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas. 4. O art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acrescentado pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 30/2000, ao admitir a liquidação "em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos" dos "precatórios pendentes na data de promulgação" da emenda, violou o direito adquirido do beneficiário do precatório, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Atentou ainda contra a independência do Poder Judiciário, cuja autoridade é insuscetível de ser negada, máxime no concernente ao exercício do poder de julgar os litígios que lhe são submetidos e fazer cumpridas as suas decisões, inclusive contra a Fazenda Pública, na forma prevista na Constituição e na lei. Pelo que a alteração constitucional pretendida encontra óbice nos incisos III e IV do § 4º do art. 60 da Constituição, pois afronta "a separação dos Poderes" e "os direitos e garantias individuais."- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2356/DF*, rel. Min. Ayres Britto, Plenário, DJe de 19/05/2011.

[104] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 522.

[105] Para ampla e aprofundada exposição e análise das posições e teorias sobre o direito adquirido, no mundo e no Brasil, conferir BATALHA, Wilson de Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro : Forense, 1980, p. 87/160.

[106] GABBA, Francesco. *Teoria della retroattività delle leggi*, V. I, Roma : Torino Unione Tipográfico-Editrice, 1891, 394 p.

quase todos os temas em apreço) e no direito comparado da Europa, concluindo que a noção quase axiomática acerca da impossibilidade absoluta da lei retroagir era errônea.

Refere, então, que a retroatividade deve ser admissível, mas que a mesma tem de ter um limite o mais objetivo possível. Esta limitação é, justamente, o respeito ao direito adquirido.[107]

Para Gabba, como já referido, sua "definição geral" de direito adquirido é a seguinte:

> É adquirido cada direito que a) seja conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se viu realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo; e que b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.[108]

Comentando cada qual dos itens sustentados, Gabba afirma que a indicação de fato comporta "os fatos e as relações jurídicas", posto que ele conferiu um sentido à palavra menos extenso, mas sem a pretensão de excluir as relações da abrangência do seu conceito; mas esse fato tem de ser consumado ("fatto compiuto"). Prossegue afirmando que a inviolabilidade pela lei nova sobre o direito adquirido apenas se opera sobre os que "fazem parte do patrimônio de uma pessoa", afirmação que significa "implicitamente não ser direito adquirido a mera possibilidade ou abstratas faculdades jurídicas nem as simples expectativas".[109]

Ele ainda sustenta que tanto os legisladores quanto os juízes são destinatários da obrigação de respeitar os direitos adquiridos, ainda que saiba que aos legisladores a tarefa é mais complexa porque podem entender que alguns direitos adquiridos podem ter menos respeito que outros direitos – mas é tarefa dos juízes esse acertamento.[110]

Depois de elaborar cada parte dos seus elementos integrantes do conceito (tratando do direito subjetivo, do direito como elemento do patrimônio e dos fatos aquisitivos), termina por esclarecer seu pensamento ao afirmar que

> Não se pode configurar o direito adquirido sem que emane de uma lei (...). Não pode um cidadão, racionalmente, pretende que, por não ter sido até então vinculada a sua liberdade relativamente a certo objeto, não o deva igualmente ser no futuro, alegando um

---

[107] *Idem*, p. 115/122.
[108] GABBA, Francesco. *Teoria della retroattività delle leggi*, V. I, Roma : Torino Unione Tipográfico-Editrice, 1891, p. 191.
[109] *Idem*, p. 191/192, em tradução livre.
[110] *Idem*, p. 192/193.

> pretendido direito de liberdade que teria seu fundamento tão-somente no não haver a lei até então considerado aquele objeto.[111]

Prossegue afirmando que apenas é adquirido o direito que "em virtude do fato idôneo (...) se tenha tornado propriamente elemento do patrimônio", a significar "aqueles que, dentro das balizas do poder assegurado pelas leis referentes a pessoas e coisas, se dirigem a um determinado e vantajoso efeito, por essas leis contemplado de modo explícito ou implícito", bem como que "surgem nos indivíduos ou em virtude da humana operosidade ou por virtude direta da própria lei".[112]

Entende-se que o conceito proposto por Gabba tem a virtude de clarificar a noção de direito adquirido ao seu tempo. Contudo, pela índole legalista que fica evidenciada na leitura da obra do professor italiano, o mesmo está atualmente defasado para enfrentar, adequadamente, os desafios da constitucionalização do direito adquirido enquanto garantia fundamental da cidadania.

Paul Roubier é conhecido por obras importantes acerca da irretroatividade, tais como *Les conflits de lois dans le temps* (1929), *Le droit transitorie* (1960) e *Droits subjectifs er situation juridique* (1963).[113]

Ao contrário da postura de Gabba, o qual procurou focar em um conceito e deduzir ou sustentar seus elementos essenciais, Roubier se orienta para a questão dos efeitos da proteção quanto a retroatividade nos conflitos entre lei nova e antiga. Para ele, a regra geral quando ocorre inovação legislativa é a aplicação com efeitos imediatos e gerais, incidindo os novos ditames em relação a fatos e atos a partir do momento de sua obrigatoriedade. As exceções a essa regra devem vir expressas.[114]

Assim ele se pronuncia sobre a grande "virada" que pretendeu dar ao tema, em contraponto ao que Gabba sustentava – as situações jurídicas:

> As leis que governam a constituição de uma situação jurídica não podem atingir, sem retroatividade, as situações jurídicas anteriormente constituídas. Daí resulta que uma situação jurídica validamente estabelecida segundo a lei então em vigor não pode ser considerada irregular em virtude de uma lei posterior; ou, em outros termos, a validade desta situação, segundo a lei do dia da sua criação, não pode ser posta em xeque por uma

---

[111] *Idem*, p. 206, em tradução livre.
[112] *Idem*, p. 210.
[113] O estudo adiante apenas se baseia na obra *Le Droit Transitorie*, por questões de acessibilidade às demais nos originais.
[114] ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire*. 2. ed. Paris : Dalloz et Sirey, 1960, p. 422.

> lei posterior. Porque importa a duração da criação da situação jurídica, desde que esta criação tenha ocorrido antes da lei nova. A formação da situação jurídica – além de outras – pode apresentar-se, também, sob a forma de um estado contínuo (prescrição aquisitiva). A respeito, pode-se afirmar que, uma vez terminada esta formação, uma lei nova – que não mais a permitir – não poderá ser aplicada às situações completamente criadas sob a lei precedente, sem que haja retroatividade. (...) Pouco importa o modo de criação da situação jurídica, quer se trate de um fato material ou de um ato jurídico.[115]

Na realidade, como comenta Oscar Tenório, ele Roubier formula uma "teoria a opor-se à doutrina dos direitos adquiridos", esta última também chamada de subjetivista. Daí porque se denomina a teoria de Roubier de objetivista.[116]

Afirma ele que não se deve confundir efeito imediato com efeito retroativo. Aplicar imediatamente é incidir de logo, na sequência do tempo, seguindo a relação jurídica no seu curso normal de desenvolvimento; efeito retroativo é operar para o passado, alterando o que já foi realizado do curso da relação antes do advento da lei nova. Isso, em regra, não deve ser tolerado. Tanto que afirma que "o regulamento que contiver medidas retroativas deve ser anulado quando violar a lei".[117]

Sustenta ainda que só há retroatividade em face de preceito expresso de lei. Não se presume a retroatividade, daí não ser aceita a retroação implícita ou tácita, que decorra de simples interpretação ou de jurisprudência. Cabe mesmo ao intérprete, enquanto função sua, decidir "se ocorre efeito imediato da nova lei ou sobrevivência da lei antiga: portanto, pode haver efeito imediato da lei nova ou sobrevivência da lei antiga de maneira tácita ou implícita".[118]

Explica que a expressão situação jurídica é mais adequada que relação jurídica e direitos adquiridos. Quanto aos primeiros afirma que é preferível porque ela "pode ser unilateral e oponível a todas as pessoas, sejam quais forem", ao contrário das relações, que implicam uma relação direta entre duas pessoas. Sobre a preferência diante dos direitos adquiridos, afirma que a

---

[115] *Idem, Ibidem*, p. 185. Comentando a lição de Roubier, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma: "Portanto, aplica-se aos *facta futura*, não se aplica aos *facta praeterita*, pondo-se de lado, para exame posterior, a questão dos *facta pendentia* (os que, originados no passado, ainda produzem efeitos no presente e, quiçá, os produzirão no futuro). Na verdade, a irretroatividade das normas – evidentemente a irretroatividade *in pejus*, pois não há objeção contra a irretroatividade *in melius* – constitui, segundo Roubier e outros, um princípio geral de direito." - FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "Poder constituinte e direito adquirido", p. 21. In: *Revista dos Tribunais*, Ano 86, V. 745, Nov. 1997, p. 18/26.

[116] TENÓRIO, Oscar. *Lei de introdução ao código civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, p. 219.

[117] ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire*. 2. ed. Paris : Dalloz et Sirey, 1960, p. 374 e seguintes.

[118] ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire*. 2. ed. Paris : Dalloz et Sirey, 1960, p. 180.

expressão situação jurídica é preferível "porque não tem caráter subjetivo e pode aplicar-se a situações como a do menor, do interdito, do pródigo".[119]

Explicitando sua teoria, Roubier afirma que a situação jurídica se consolida mediante duas fases: (i) a dinâmica, correspondente ao momento da constituição ou da extinção da situação jurídica e (ii) a estática, correspondente ao momento da eficácia da situação jurídica.

Sobre a fase dinâmica, esclarece ainda que quanto ao momento da constituição pode ocorrer uma cisão, onde há situações que se constituem em momento único e outras que se constituem em certo período de tempo. São essas as que interessam ao presente estudo, as situações jurídicas com fase dinâmica de constituição demorada hão de ser entendidas como *as relações continuativas*, formadas por diversos momentos que, fundidos, demonstram-se como uma unidade.[120]

Após formular nova distinção, envolvendo as situações jurídicas permanentes, concorrentes, dependentes e retroativas, afirma quanto as primeiras que estas equivalem "as situações para as quais não se possa estabelecer uma duração definida entre certos limites", com a consequência que "*podem ser sempre* modificadas, criadas ou suprimidas por uma lei nova".[121] E quanto as últimas, ditas retroativas, "são aquelas cuja constituição em certa data acarreta efeitos no passado", aduzindo como regra o seguinte a respeito destas:

> Uma lei relativa a uma situação jurídica retroativa não é retroativa, mesmo quando os efeitos dessa situação devam recair em período anterior a sua vigência, desde que ela não deva aplicar-se senão mediante a superveniência de fatos posteriores ao início dessa vigência, sob condição, entretanto, de que não se trate de fatos cuja superveniência seja inevitável ou de fatos cuja realização esteja inteiramente ao arbítrio de beneficiário dessa retroatividade.[122]

O que se evidencia é que a dimensão dada ao fenômeno pela teoria de Roubier parece ser mais adequada para abarcar a complexidade dos elementos que envolvem a questão do direito

---

[119] *Idem*, p. 181.

[120] Em síntese, podemos afirmar o seguinte: (i) diante de uma situação jurídica em curso de constituição ou extinção, as leis que regem tais eventos não podem, sem incorrer em retroatividade, atingir os elementos já existentes e ultrapassados, pois eles passam a ter "valor jurídico próprio"; (ii) quanto às situações jurídicas em curso de constituição ou de extinção, uma lei nova não poderia, sem retroagir, atingir os fatos que, de acordo com a lei vigente ao seu tempo, não poderiam configurar a constituição ou extinção da própria situação jurídica; (iii) "a lei que governa os efeitos de uma situação jurídica não pode, sem retroatividade, atingir os efeitos que uma situação dessa espécie produzira na vigência da lei anterior, quer se trate de modificar, de acrescer ou de diminuir esses efeitos"; (iv) a lei poderá alcançar os "fatos duráveis", que subsistem ainda ao tempo em que ela entra em vigor, alcançando os mesmos nesse momento como fatos do presente." - *Idem*, p. 183, 201, 204, 205.

[121] *Idem*, p. 210.

[122] *Idem*, p. 205 e seguintes.

adquirido do que o conceito de Gabba. Isso na perspectiva do nosso trabalho, posto que aqui se trabalha com as situações jurídicas em curso de formação ou sucessivas. Para elas, Gabba deixou uma lacuna.

Dito de outra forma, o pensamento de Roubier considera o contexto das ocorrências em sua relação com as inovações legislativas, a fim de, como regra, preservar o que foi feito com base na lei velha, diante dos fatos do momento do início da relação a ser mantida ou já em andamento, com o que se respeitam os direitos adquiridos nas situações jurídicas.

O que se pode concluir parcialmente sobre as contribuições de Roubier e de Gabba é que ambos protagonizaram elaborações sobre o tema da proteção contra a retroatividade de forma mais genérica (Roubier) e mais específica (Gabba), contribuindo e muito, nas épocas de cada qual, para a compreensão dos problemas que enfrentaram.

Contudo, os desafios que eles trilharam já estão hoje maiores do que quando foram enfrentados.

Ambas as concepções, naturalmente, formularam teorias relacionadas com os problemas próprios da esfera privada das relações jurídicas. A prognose realizada fora no sentido de resolver questões para o cotidiano, eis que a retroatividade ou irretroatividade é tema que, anexo à segurança dos direitos, perpassa por todos os quadrantes da seara civil (das obrigações, pessoas, direitos reais até as sucessões), com especial relevo – é evidente – em matéria contratual.

O grande hiato deixado pelo conceito de Gabba e pela formulação de Roubier é a adaptação dos seus entendimentos para a seara do direito público. De fato, Roubier foi mais além do que Gabba ao reportar às situações jurídicas sucessivas – mas a leitura da sua obra permite verificar que, até pelos exemplos usados, a finalidade era a regulação de questões privatistas.

O mérito, sem dúvida, de ambos foi abrir caminhos para a análise dos novos desafios, criando instrumentais que, atualmente, precisam ser vistos com cautela por conta das premissas privadas, mas que são úteis para esclarecer diversos problemas ocorridos na relação Estado-cidadão.

3 REGIME JURÍDICO

O regime jurídico pode ser definido de forma geral como "um agrupamento de leis, ou uma única lei que direciona, cria parâmetros, limites para que o poder público ou a iniciativa privada tenha determinada uma organização em uma questão ou em uma política adotada pelo governo", na expressão de Hamilton Reis Diniz.[123]

Odete Medauar, identificando o regime jurídico com o estatuário e o relacionando com o direito adquirido que lhe condiciona, afirma que ele é "aquele em que os direitos, deveres e demais aspectos da vida funcional do servidor estão contidos basicamente em uma lei denominada Estatuto". E completa, com precisão: "O Estatuto pode ser alterado no decorrer da vida funcional do servidor, independente de sua anuência, *ressalvados os direitos adquiridos*".[124]

Ana Luísa Celino Coutinho ainda esclarece que o estatuto do servidor pode ser geral ("que estabelece as diretrizes básicas das relações estatutárias entre o servidor e o poder público, fixando suas diretrizes fundamentais) e particular ("que disciplinará a relação de determinadas categorias funcionais").[125]

A leitura que ainda se faz da relação estatutária de envolvimento entre o servidor e o Estado coincide com a figura do *contrato de adesão*, onde apesar de haver uma aura de ato negocial, o que ocorre mesmo é uma transfiguração do relacionamento entre as partes, com uma impondo a outra as condições que vem "previamente pactuadas" no instrumento de contrato.

A maneira que o sistema jurídico encontrou foi normatizar os efeitos da adesão, definindo previamente casos onde as cláusulas adesivas são consideradas nulas de pleno direito[126], o que permitiu a concretização do acesso à justiça com as necessidades desse nicho de mercado.

O mesmo tem de ser compreendido para as relações de massa envolvendo os servidores e o ente estatal que cada qual serve e se vincula.

---

[123] DINIZ, Hamilton Reis. "O direito adquirido em face a alteração do regime jurídico". Disponível na Internet: http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_545_O_direito_adquirido_em_face_a_alteração_do_regime. Acesso em 28/10/2010.

[124] MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p. 333.

[125] COUTINHO, Ana Luísa Celino. *Servidor público*, 1. ed. 8. reimp. Curitiba : Juruá, 2011, p. 156.

[126] BRASIL. Congresso Nacional. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, Lei Federal nº 8.078/90, artigo 51. Os tribunais pátrios já consolidaram esse entendimento da nulidade das cláusulas abusivas.

Para entender a noção de regime jurídico de forma escorreita, dentro do paradigma democrático e constitucional, é imperioso aprofundar o estudo sobre direito subjetivo.

Nesse sentido é relevante remontar à lição de Caio Mário da Silva Pereira, para quem o direito subjetivo é composto de três "elementos essenciais": sujeito detentor do poder de ação; objeto, enquanto satisfação do poder do sujeito e a relação jurídica ou vínculo jurídico, meio pelo qual o direito objetivo viabiliza a satisfação da vontade[127].

Eduardo Espínola sustenta que o direito subjetivo é a relação que une um bem da vida a um determinado sujeito, e da qual resulta, para o sujeito, o poder de, por si ou representado, tirar, no interesse próprio, de outrem, ou coletivo, toda a utilidade de que é suscetível o mesmo bem, ficando à disposição exclusiva de tal sujeito movimentar a ação coercitiva do direito[128].

No plano da realidade do direito público subjetivo, onde estão em contato o Estado e o cidadão, podemos perceber de forma clara esta presença do direito potestativo como componente do direito subjetivo, já que, na relação jurídica travada entre eles, ao cidadão é dado exigir que o Estado se omita (prestação negativa, dos direitos de primeira dimensão) ou mesmo que conceda algo (prestação positiva, dos direitos de segunda dimensão).

Ora, partindo do pressuposto normado pelo art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988 (princípio da legalidade, onde não há obrigação sem prévia determinação legal), quando o direito objetivo cria as previsões gerais e abstratas, está conferindo direito subjetivo a certas prestações exigíveis pelo cidadão frente ao Estado e, também, em determinados casos especificados pelas próprias normas criadas, direitos potestativos exercitáveis em face do Estado, como a *escusa de consciência*, prevista no art. 5º, VIII da Constituição Federal de 1988.

Ademais, entende-se ainda que somente pode haver direito subjetivo quando houver um correlato dever, eis que, de certo, seja o devedor da prestação um cidadão, seja o Estado (por quaisquer de seus agentes), à possibilidade do indivíduo exigir uma conduta positiva ou negativa sempre haverá um sujeito obrigado na outra "extremidade" da relação.

Além disso, como decorrência do próprio Estado democrático de Direito, a submissão do Estado ao direito objetivo faz com que, este último criando o direito subjetivo, subjugue o ente estatal a não apenas respeitar o conteúdo das proposições prescritivas de cada cidadão mas

---

[127] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1966, pp. 35/39.

[128] ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. "Dos direitos subjetivos". *In*: *Tratado de direito civil*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1941, p. 573.

propiciar que os demais cidadãos também cumpram suas obrigações, podendo até mesmo o ente estatal vir a ser responsabilizado pela inércia na atuação ou pela intervenção inoportuna e causadora de lesão ao patrimônio individual.

Os direitos públicos subjetivos seriam, na visão de Themistocles Brandão Cavalcanti, uma variação dos direitos subjetivos caracterizada por decorrem de certas peculiaridades sociais, sendo considerados não sob o ponto de vista do indivíduo em si, antes com base na idéia de subordinação aos interesses gerais da sociedade[129]. Estes direitos públicos subjetivos podem ser ativos ou passivos, a depender da postura envolvida, como no caso dos direitos individuais à liberdade e à cidadania.

Logo, direito público subjetivo é aquele que, com base numa norma de ordem pública, pode se materializar como uma obrigação da sociedade, considerada coletivamente, frente ao Estado ou do próprio Estado frente à mesma coletividade, entendida esta última não como a negação da esfera individual de interesses, mas, ao revés, como a síntese de todos os interesses individuais envolvidos pelo sistema jurídico de uma organização estatal.

O contexto da existência de direitos e pretensões do Estado em face dos cidadãos, sejam alheios a sua estrutura ou mesmo servidores públicos por ele tutelados, permite a definição do conceito de *regime jurídico*.

Outro ponto relevante é que *os efeitos da aplicação das normas independem da vontade dos sujeitos da relação.* O feixe de normas que se projeta em toda relação jurídica travada no território brasileiro, cumulativamente, constitui o que se costuma chamar de regime jurídico, significando a peculiar maneira de regência das particularidades assumidas pelos sujeitos diante de um objeto que lhes aproxima, independente da vontade dos seus integrantes.

Assim, por exemplo, se uma pessoa provoca um dano a terceiro, com ou sem vontade, estará vinculado a esta por uma obrigação de ressarcimento, mesmo que não queira ou não possa ressarcir. Da mesma forma, a concepção de um filho, ainda que não planejado, fomenta um vínculo de paternidade que não pode ser desprezado juridicamente.

Se no campo do direito privado a formação da vontade em um determinado negócio jurídico, calcado na autonomia que lhe é peculiar, pode e deve ser compreendida como um arcabouço válido de incidência da garantia do direito adquirido, com maior razão deve ser esta

---

[129] CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos atos administrativos*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1973, p. 23.

última aplicável nas relações de direito público, justo porque sem ser possível em regra a influência direta do cidadão no juízo político discricionário do momento da inovação legislativa, bem como sem ter ele cidadão envolvimento com a norma senão na condição passiva de sujeição, as promessas normativas que foram revogadas devem ter seus efeitos mantidos para aqueles que já se valeram delas e, em justa expectativa, almejam que continuem se valendo.

Mais um ponto importante para a conceituação que se pretende propor: *por normas devem-se compreender regras e princípios*, na medida em que a natureza da norma é irrelevante para a fixação do regime jurídico, importando sim apenas a vigência e a atualidade. Daí porque, por exemplo, há de se considerar como normas jurídicas princípios não escritos como o da razoabilidade, proporcionalidade, boa fé constitucional, dentre outros.

3.1 CONCEITO PROPOSTO DE REGIME JURÍDICO E SEUS DESDOBRAMENTOS

O regime jurídico, portanto, deve ser compreendido como *o conjunto de normas jurídicas que, cumulativamente, incidem sobre uma relação jurídica*[130] *e que firma o estatuto de regência desta relação, produzindo seus efeitos independentemente da vontade de cada um dos envolvidos e das alterações futuras que se lhe operem.*

A compreensão do conceito de regime jurídico é de suma importância, eis que o termo passou a ser empregado ora como sinônimo de lei ou estatuto (exemplo da Lei Federal nº 8.112 de 1990, conhecida por esta alcunha), ora como parcela de normas dentro de uma norma maior (exemplo das regras específicas sobre imunidades e prerrogativas dos deputados e senadores previstas nos artigos 53 a 56 da Constituição Federal de 1988).

A relevância do tema precisa ser constantemente revisitada. A afirmação se deve a maneira pela qual a comunidade jurídica, em especial os tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), encara a fixação do regime jurídico.

Adiante, apresentam-se duas ideias decorrentes da noção apresentada de regime jurídico, a fim de investigar – e tentar provar – que este não pode ser desarticulado das justas expectativas e do âmbito de proteção da garantia constitucional do direito adquirido.

---

[130] "O direito subjetivo dá lugar a relações entre a pessoa que tem o poder e outra ou outras pessoas, contra as quais êsse poder se exerce eventualmente. Essas relações, porque se baseiam no direito subjetivo, sendo, por consequência, reguladas pela norma de direito, denominam-se *relações jurídicas*" – ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema de direito civil brasileiro*. Vol. II, 4. ed. Rio de Janeiro : Conquista, 1961, p. 18, com grifo do original.

3.1.1 A teoria do regime jurídico descolado do instrumento normativo: o *efeito elipse*

O tema envolve, por certo, uma questão que é controversa para dizer o mínimo: se se pode considerar o regime jurídico como a particularização para uma relação jurídica do conjunto de normas cumulativas incidentes em face do caso concreto em suas peculiaridades, qual o impedimento para que este regime venha a ser alterado pelo Estado?

A resposta passa necessariamente pela revalorização e revisão do princípio da *presunção de constitucionalidade das normas*.

Tomando por base que presunção[131] significa uma aceitação (assunção) prévia de um dado como verdadeiro, mesmo antes de qualquer investigação sobre a correção fática do que se vivencia, o referido princípio conclama que todas as normas forjadas pelo Estado estão, até decisão em contrário adotada por órgão competente, formal e materialmente de acordo com a Constituição Federal.

O princípio da presunção de constitucionalidade é um corolário do princípio da supremacia da Constituição. O primeiro, por certo, exprime uma norma básica de governabilidade em favor do Poder Executivo, notadamente porque o questionamento umbilical de todas as normas postas no sistema tende a inviabilizar o exercício dos poderes públicos. O segundo sustenta que, sendo a Constituição a norma superior do sistema jurídico, contendo nela própria as regras para a elaboração de novas leis e demais atos normativos, somente haveria de se esperar que os mesmos fossem respeitados. Daí a presunção ter seu lugar.

A tradição do pensamento jurídico brasileiro se refere ao princípio da presunção apenas como uma proteção ao aparelho legislativo e executivo do Estado, ensejando que por meio dele toda e qualquer atuação do poder público está amparada em norma presumivelmente válida, a merecer cumprimento imediato diante de sua vigência.

Ocorre, contudo, que o princípio tem de ter aplicação tanto para salvaguarda da atuação do Estado quanto para sua específica limitação. É que, da mesma que é presumida a constitucionalidade da norma que sanciona o cidadão ou servidor, também deve ser assim encarada aquela lei que lhe confere benefícios, inclusive os onerosos para o Erário.

---

[131] Para amplo e aprofundado estudo sobre o tema das presunções, com enfoque mais detido nas relativas ao direito tributário, conferir FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*. 2. ed. São Paulo : Quartier Latin, 2005.

Em outros termos, a mesma prévia admissão de validade das normas *favoráveis* ao Estado existe para que se garanta a proteção das expectativas consolidadas nos cidadãos em geral quanto ao regime jurídico a que se vinculam em suas relações jurídicas.

O momento de consolidação do regime jurídico, respaldado no princípio da presunção de constitucionalidade das normas, tem de ser fixado quando da ocorrência da relação jurídica, sendo que o lapso temporal onde se processa o ponto de partida do vínculo entre os sujeitos da relação enseja uma particularização ou cristalização das normas que têm incidência naquele caso concreto em particular.

A principal intenção de sustentar a aplicação ambivalente do princípio da presunção de constitucionalidade, bem como a teoria do direito público subjetivo, é demonstrar de forma cabal que não se trata de nenhum favor estatal o respeito ao regime jurídico particularizado (Celso Bastos bem falava que "No campo do direito público, há que se banir qualquer preconceito no sentido de neste não ocorrerem os direitos adquiridos"[132]), mas sim de respeito à normatividade que o Estado está completamente obrigado a cumprir, mesmo sendo o produtor dos instrumentos legais.

O Estado constitucional de direito brasileiro, advindo da Constituição Federal de 1988, impõe o respeito incondicional aos seus desígnios, entre os quais está a legalidade. Legalidade constitucional, por óbvio.

O possível dissenso sobre a nota da particularização do regime jurídico (que tem de ser considerada como efeito inerente da consolidação ou fixação deste fenômeno normativo no plano empírico ou no mundo fático da relação travada) pode derivar da alegação de *privatização de normas*.

A crítica não procede.

É que o que se está sustentando aqui é a apropriação dos comandos legais perante uma determinada relação jurídica, a qual pode se formar entre particulares e, sobretudo, entre particular e o poder público (notadamente com servidores públicos). As leis permanecem com vigência e eficácia geral – como é de sua característica -, mas, incidindo numa relação em especial, devem traduzir para esta a essência de outro princípio, que é a segurança jurídica. A explicação de Elival da Silva Ramos parece ser bastante esclarecedora:

---

[132] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. Vol. 2, São Paulo : Saraiva, 1988, p. 196.

> A grande dificuldade das Teorias Intertemporalistas está naqueles casos de situações jurídicas configuradas anteriormente à vigência da lei nova e cujos efeitos jurídicos são projetados para o domínio de vigência desta. Em princípio, tais efeitos não vingariam diante da nova ordem legal - efeitos prospectivos da nova lei; porém, em face da segurança jurídica, poder-se-ia admitir a ultratividade da lei revogada para assegurar a eficácia daquelas situações configuradas no passado. Não se trata, todavia, de incidência da lei revogada, mas sim da projeção dos seus efeitos para além do seu período de vigência.[133]

Não se trata nem se propugna, pois, uma limitação de eficácia das normas, mas sim uma *especificação da eficácia*, agregando aos elementos clássicos da relação jurídica – sujeitos, objeto e fato da vida – um novo, qual seja, o *regime jurídico*, particularizado para fins de proteção do hipossuficiente frente a alterações futuras sem regularidade, fazendo justamente essa projeção de efeitos para após a vigência da norma revogada a que alude Elival Ramos.

Ainda que seja derivação do princípio da separação de poderes estatais, o direito de alterar o sistema jurídico não pode ser exercitado de maneira arbitrária e, sobretudo, vexatória e prejudicial para aqueles que já cristalizaram suas expectativas legítimas e justas na manutenção do regime jurídico que obtiveram quando forjaram a relação jurídica.

O respeito a situações consolidadas e, também, a *expectativas concretas ou justas expectativas* como sustentamos (exemplo a de manutenção do regime jurídico de um cargo público no que toca a política de remuneração, prerrogativas e vantagens pessoais) apenas ampara a segurança jurídica que é um dos direitos básicos de todos os brasileiros, pessoas físicas e jurídicas, com fundamento no artigo 5º, *caput* e, em particular para a estabilidade das relações jurídicas, no inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988.

Não se pretende impedir a liberdade genérica de legislação do Estado, mas apenas adequar este direito público subjetivo dos parlamentares e demais agentes políticos envolvidos com o também direito público subjetivo dos cidadãos a proteção do regime jurídico que adquiriram quando da fixação de suas relações jurídicas no tempo. Apenas disso é que se trata aqui.

Trata-se de uma verdadeira ponderação de interesses que são, ambos, tutelados pela Constituição e não podem apresentar postura antitética: exsurge a necessidade de resolver a lide da forma que menos ônus implique para as partes e esta forma, por certo, é o respeito à estabilidade das relações jurídicas que já possuem seus regimes jurídicos consolidados.

---

[133] RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 43.

O Princípio da Supremacia da Constituição, também chamado de *princípio da preeminência normativa*, é relevante para justificar a mudança de orientação que se defende neste trabalho. Ele, em suma, identifica a Constituição como o conjunto de normas (regras, princípios e preceitos) de maior nível hierárquico do sistema jurídico de um Estado que possua constituição rígida.

A supremacia da Constituição deriva tanto do aspecto material (traça os regramentos essenciais sobre a estrutura do Estado, sobre divisão de poderes e direitos fundamentais) quanto do aspecto formal (deriva de um poder de fato que cria ou pode criar um novo Estado originalmente), servindo de fonte legitimadora para todo o restante do sistema jurídico.

O STF entende que o controle jurisdicional dos atos do legislativo e do executivo não viola a separação de poderes justamente porque estaria concretizando o princípio da supremacia da Constituição[134], sendo clara a afirmação deste princípio na orientação da Suprema Corte.[135]

A ausência de cláusula não deve ser entendida como revogação pura e simples do regime anterior, mas apenas do instrumento normativo anterior antigo pelo novo. Mas não se confundem lei/instrumento/dispositivo com o regime jurídico, que é agregado por todas as normas jurídicas, com especial sede constitucional, que se vinculam ao agente interessado na espécie.

A sistemática natural da revogação, vigente até nossos dias, deriva de uma história privatista e não se compadece com a contemporânea visão publicista do tema. Assim, o correto parece ser o que sustentamos, com apoio na língua portuguesa, onde a ausência de certas expressões decorre não da intenção de suprimir sua incidência na frase mas, bem ao contrário, da desnecessidade de sua colocação porque o óbvio é a aplicação de seus efeitos no contexto frasal.

Francisco Campos observa com precisão que "O exercício do direito não cria o direito; este, ao contrário, é que autoriza, legitima e torna possível o seu exercício", para após completar

---

[134] "O Supremo Tribunal Federal, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, neutralizando, desse modo, abusos cometidos por Comissão Parlamentar de Inquérito, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, nesse contexto, porque vocacionado a fazer prevalecer a autoridade da Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes. Doutrina. Precedentes." – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25.668/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, DJU de 04/08/2006, p. 27.

[135] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010/DF*, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 12/04/2002, p. 51, grifos de nossa parte.

que "Os fatos consumados sob a vigência de uma lei continuam a produzir sob a vigência da lei posterior os efeitos que lhes eram atribuídos por aquela. Nisto consiste o direito adquirido".[136]

Logo, o efeito de suprimir instrumentos legislativos produz como consequência não a perda do regime jurídico anterior, mas apenas a fixação de uma nova ordem de forma prospectiva, para as novas situações ocorridas após sua vigência. Até porque, ocorresse o contrário, ter-se-ia uma relevante restrição de direitos que é considerada indevida por Gomes Canotilho.[137]

A falta de expressa previsão de o regime ser mantido não extingue de forma generalizada o regime jurídico anterior, mas o preserva para aqueles que já se vincularam ao mesmo quando da vigência da lei passada revogada.

3.1.2 A formação do regime jurídico específico ou *customizado*: a aderência dos elementos mais favoráveis ao titular

Admitindo como premissa, apesar de já sustentado ao longo deste trabalho, que a alteração de inopino é uma situação gravosa para o sujeito e para o sistema como um todo, pois enfraquece este último e vitima o primeiro, necessário se mostra retornar ao campo conceitual do regime jurídico, para que se possa após avançar na questão da sua consolidação.

Angélica Petian afirma que o regime jurídico de uma disciplina jurídica significa tão somente "um subsistema dentro do macrossistema do Direito", sendo composto por normas de densidade jurídica diversificada as quais se entrelaçam numa "relação lógica de coerência, unidade e completude", vindo após a resumir que o regime jurídico é uma categoria básica que permite identificar as vigas de uma ramificação do Direito.[138]

O sentido acima referido diz com a noção de regime jurídico dentro do direito positivo, ou seja, com esta categoria enquanto delimitadora de uma parcela do fenômeno jurídico em geral –

---

[136] CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. Vol. II, Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1958, p. 129.

[137] Para Canotilho, "reconduzem-se a restrições de direito as compressões feitas por actos normativos ou as resultantes de intervenções restritivas de posições jurídicas que, *prima facie*, se devem considerar como integradoras do âmbito de protecção de direitos, liberdades e garantias" – CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra : Almedina, 1998, p. 1284.

[138] PETIAN, Angélica. *Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito*. São Paulo : Malheiros, 2011, p. 23.

registrando que com isso teríamos a disciplina dos institutos específicos que regem o direito constitucional de um determinado Estado, por exemplo.

Trabalha-se aqui e agora com a *especificação do regime jurídico a um particular*.

A pretensão deduzida com este trabalho é reconhecer que "o plexo de normas que forma um subsistema uno, completo e coerente"[139], denominado regime jurídico, há de se vincular direta e umbilicalmente a cada um dos sujeitos de direito que experimentam contato jurídico com esse mesmo plexo, aderindo suas normas à esfera pessoal deste agente na medida em que a proteção da confiança legítima no Estado e o princípio da segurança jurídica ensejam a ele, agente, a sensação de ver respeitada a justa expectativa de ter respeitados os dados normativos com que ingressou no referido regime de normas (ainda que não tenha sido tal ingresso voluntário). Não é sem razão que, ao definir direito adquirido, Maria Helena Diniz afirma que o mesmo "é o que já se incorporou definitivamente ao patrimônio *e à personalidade de seu titular*".[140]

O que parece passar despercebido aos legisladores, aos administradores e, sobretudo, aos julgadores no Brasil de ontem e de hoje é que o cidadão considera seu ingresso em um determinado regime jurídico por força de um conjunto de fatores personalíssimos, a saber:

a) as necessidades pessoais, em especial, mas não exclusivamente, as financeiras;

b) as legítimas pretensões de crescimento profissional e ascensão social;

c) a repercussão na sociedade da escolha feita, no que tange especificamente a determinadas profissões e trabalhos com maior visibilidade;

d) as condições de trabalho, quer imaginadas, quer realmente exercitáveis e

e) o conjunto de vantagens agregado ao cargo, emprego ou função a ser desempenhada.

O último item acima exposto bem denota o que se afirma aqui.

A pretensão de qualquer pessoa que se vincula a um determinado empreendimento pessoal e/ou profissional é, em regra quase absoluta, a melhoria individual e a busca de incremento de valores em sua particular esfera jurídica, econômica e social.

Em outros termos, ainda mais claros: qualquer pessoa que busca, *verbi gratia*, assumir um cargo público tem de ser submeter a uma série de exigências constitucionais e legais (como o

---

[139] *Idem*, p. 26.

[140] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. V. I, 28. ed. São Paulo : Saraiva, 2011, p. 115, com grifos adicionados de nossa parte.

concurso público) e, em decorrência de uma aprovação regular, passa a usufruir de direitos e vantagens ao mesmo tempo em que se submete a deveres e ônus inerentes a sua função, cargo ou emprego.

Se a avaliação dos ônus ou deveres tiver sido subestimada ou se o cotidiano das atribuições não atendeu ao que se esperava, cabe ao agente reavaliar suas metas e projetos, facultando-se-lhe até mesmo a exoneração do posto público, pois, independente de sua vontade estar satisfeita, a produção de resultados favoráveis aos seus "clientes sociais" será cobrada por parte dos sistemas de controles públicos institucionais.

O que é necessário frisar é que, se a análise tanto dos ônus e deveres quanto das vantagens e direitos perpassa, necessariamente, pela *realidade consistente no exato momento em que o agente tem contato com a oportunidade de assumir o cargo, emprego ou função*, ou mesmo quando *surge a pretensão do titular, derivada de inovação legislativa, de manter consigo (em sua esfera jurídica mais precisamente) a dita novidade mais favorável dela derivada*.

Todo o problema, portanto, passa pela mudança de consciência – geratriz da mudança correlata de atuação dos membros dos poderes públicos constituídos – de aceitar o fato que:

a) quando é possível ao agente interessado escolher se se engaja ou se refuta a entrada em uma nova realidade jurídica continuada (como um cargo público, por exemplo), é com base no contexto da realidade vivenciada no instante da abertura dos certames de seleção que o interessado efetivará sua análise íntima de custo e benefício e decidirá se vale a pena se submeter ao quadro de ônus e deveres inerente à função nova que almejará dali adiante;
b) quando não é possível ao agente escolher (como ocorre quando uma lei nova traz possibilidade jurídica até então inédita), ainda assim o agente é colhido por inovação legislativa que não pode desprezar a realidade já vivenciada alhures e até os dias atuais, sendo certo que justo por não haver maior campo de liberdade de escolha, ao agente há de ser resguardada a maior capacidade de proteção contra as novidades que lhe colham de repente.

Tudo o quanto exposto deriva e se fundamenta mesmo no *estado de confiança*, que é explicitado no seio da teoria dos atos próprios como um de seus elementos essenciais.[141]

Sem que se respeite essa consideração como ponto de partida, que se aplica sem quaisquer dúvidas na relação Estado-cidadão, sendo o primeiro (Estado) quem provoca o projeto de atuação acima referido, causando no segundo (cidadão), enquanto destinatário dos comandos, uma linha de ação quase vinculada – ou cumpre a norma enquanto vigente ou a contesta administrativa ou judicialmente.

O direito de inovar a ordem jurídica de um país é mesmo uma potestade dos atores políticos em exercício dos mandatos políticos regularmente em vigor, enquanto desdobramento ou consequência inerente à soberania estatal. Trata-se de prerrogativa inalienável dos mandatários a realização dos juízos de conveniência e oportunidade acerca do momento de alterar o quadro normativo vigente.

Dessa condição discorda Paulo Modesto, para quem, por vezes, é possível o impedimento ao Estado da modificação legislativa para fins de preservação de preceitos maiores, notadamente quando há revogação pura e simples de lei que, já existente, disciplina tema de relevância social, como as questões ambientais, deixando uma perigosa lacuna normativa.[142]

No mesmo sentido crítico acima exposto, e referindo ao princípio da proibição do retrocesso, André Ramos Tavares explica que "não basta a proteção contra a irretroatividade, já que medidas prospectivas podem trazer um retrocesso que deve ser combatido. Ou seja, não se deve confundir medidas retrocessivas e medidas retroativas". Prossegue ele:

> E o exemplo mais ilustrativo será justamente o da implementação, por meio de lei, dos direitos sociais e uma eventual lei posterior revogadora, que promova um retrocesso, uma diminuição, no grau de implementação e concretização dos direitos sociais já alcançado pela lei revogada. A tanto estará vedado o legislador por força do princípio da proibição do retrocesso. O caso real mais conhecido é o Acórdão 509, de 2002, do Tribunal Constitucional português, que reconheceu a inconstitucionalidade de lei que

---

[141] Wagner Souza esclarece o mesmo: "O sujeito, no agir intersubjetivo, interfere, de algum modo, no campo de percepção alheio. Este agir pode revestir-se de especial importância para o direito quando ingresse na esfera de interesses de outrem, gerando uma legítima expectativa de preservação do seu sentido objetivo. A expectativa consiste na crença da manutenção ou modificação do projeto de atuação ou linha de ação adotada pelo sujeito em seu comportamento inicial. Veja-se que a conduta inicial inaugura um *projeto de atuação* consistente num modo de agir ou comportamento esperado. A *linha de ação* é o caminhar deste projeto e, desde já, revela sua orientação. Aquele que trava uma relação jurídica com o sujeito da conduta inicial acredita neste projeto e passa a guiar-se a partir dele. Tem-se, então, a formação do estado de confiança." - SOUZA, Wagner Mota Alves de. *A teoria dos atos próprios*: da proibição de *venire contra factum proprium*, Salvador : JusPodivm, 2008, p. 141/142, com grifos do original.

[142] Informação verbal.

> pretendeu reduzir o âmbito subjetivo dos beneficiários do chamado rendimento mínimo. A mesma tese pode ser adotada, no Brasil, para o caso do bolsa-família.[143]

Como visto, pois, o direito de inovar não pode ultrapassar seus limites naturais, decorrentes do respeito ao Estado Democrático de Direito e aos princípios da proteção da confiança legítima e da segurança jurídica, até porque as considerações passadas quando revogadas não têm o mesmo efeito da anulação, que é o de "apagar o que passou", inclusive os critérios então utilizados para a decisão administrativa.

O Estado pode alterar as normas postas, mas não pode desprezar um fato concreto que independe de sua vontade, qual seja, que *o regime jurídico escapa necessariamente à decisão política institucional de alterar a ordem jurídica em vigor*. Isso significa que as mudanças têm necessidade de respeitar o quadro de elementos de escolha postos à consideração do agente interessado no exato momento em que teve contato com a realidade jurídica que, agora, o Estado quer ou vai modificar.

Ora, o momento da fixação do regime não tem de ser derivado da vontade inequívoca do Estado, já que toda lei é formulada, em regra geral, com base na discricionariedade técnica do Poder Legislativo, ainda que influenciada, e muito, pelas razões políticas e partidárias subjacentes. *O marco correto, até pela perspectiva democrática que deve ser utilizada, é o da provocação ao interessado*, eis que a atividade positiva do cidadão faz com que, deixando a inércia de lado, o Estado tenha sido provocado a conferir uma providência requerida com base na norma vigente quando do pedido formulado.

A tensão ocorrida entre o poder do Estado de alterar o cenário normativo e a necessidade imperiosa de proteção individual em face destas mesmas mudanças somente será dissipada quando restar sobejamente compreendido pelos detentores do direito potestativo de inovação normativa que *o regime jurídico se consolida não ao seu término, mas sim no início da incidência de suas regras perante a esfera jurídica do agente envolvido no caso concreto*.

Explicando melhor a assertiva que se propõe: quando uma relação continuativa se inicia, quer por vontade deliberada do indivíduo nela envolto, quer por imposição do Estado sobre o

---

[143] TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo : Saraiva, 2010, p. 763. Ainda acerca do tema, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que no âmbito do direito constitucional brasileiro, o princípio da proibição de retrocesso decorre implicitamente do sistema constitucional" - 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". Disponível na Internet: http://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 19 de janeiro de 2012.

mesmo indivíduo (sim, porque a lei enquanto vigir produzirá efeitos constantes sobre o cidadão), o instante da fixação dos elementos constitutivos do regime jurídico é aquele "marco zero", ou seja, o momento onde a aplicação dos efeitos normativos novos parte a aderir ao particular.

Quando o Estado faz lei nova, ele altera a situação jurídica que o cidadão vem experimentando por conta da produção de efeitos da norma alterada. Cada vez que nova alteração ocorrer, apenas será agir constitucional (de acordo com os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica[144]) a conduta estatal que reconheça ao indivíduo *a incidência das normas do momento inicial em que o cidadão teve o vínculo originário com o Estado*.

Caso a cada inovação legislativa o Estado reconhecesse a preservação das justas expectativas a seus cidadãos, estaria ele prestigiando o princípio cardeal da eficiência porque seriam constituídos dois cenários: os casos sob vigência da lei anterior, que tendem necessariamente à finitude pela revogação da lei anterior, e os casos sob a lei nova, induvidosamente ao seu abrigo. Com isso respeitam-se ao mesmo tempo o direito adquirido ao regime jurídico dos que requereram providências antes da inovação legislativa e a autonomia decisória do Poder Legislativo quanto ao momento de exercer sua competência principal e típica.

A conclusão parcial a que se deve chegar é que *o momento de fixar o regime jurídico, protegendo-o por conduto do direito adquirido, é o instante do início da relação firmada, por vontade própria ou por imposição normativa, entre cidadão e Estado*, sendo irrelevantes as alterações posteriores caso sejam operadas para melhoria dos cidadãos.

Nesse sentido, Jesús González Pérez afirma que a confiança derivada da existência do ato da Administração impõe para todos aqueles que interagiram *desde seu nascimento* um *dever de conservação*, de modo a que apenas em último caso se pense na sua anulação, buscando salvar da ineficácia através da interpretação corretiva e da figura da conversão.[145]

---

[144] "A par da certeza, a prática constitucional acarreta a segurança dos direitos. A Constituição legítima e justa não se limita a declarar direitos, mas vai além disso, prevendo os mecanismos que os tornem efetivos para todos. Estando habituados a aplicar a Constituição, os integrantes do povo não só conhecerão seus direitos, mas saberão como fazê-los respeitar e acreditarão que qualquer pessoa terá a possibilidade de receber proteção jurídica e de obter justiça quando necessário.
A certeza e a segurança dos direitos não serão apenas afirmações teóricas e formais, sem qualquer efeito concreto, quando a Constituição for elaborada de modo adequado e depois disso for praticada. A prática constitucional faz as pessoas conhecerem com precisão cada vez maior os seus direitos e os modos de exercê-los, tornando cada um consciente de que é responsável pela proteção de seus direitos e dos direitos dos outros. Com isso fica reduzido consideravelmente o campo de ação dos arbitrários, dos violentos, dos ambiciosos sem escrúpulos, dos injustos." – DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2010, p. 67/68.

[145] Tradução livre. Segue o texto no original em espanhol: "La confianza derivada de la existencia del acto determina para todos los que intervinieron em su nascimento um deber de conservación, de tal modo que solo en último

A segunda proposta de inovação para colaborar com a proteção do direito adquirido a regime jurídico se refere à *aderência dos elementos mais favoráveis ao titular da relação*.

As alterações normativas constantes, a par de consideradas direito público subjetivo do aparato governamental, não podem ser admitidas como fator de insegurança jurídica ao corpo social destinatário das leis novas postas em vigência.

Os indivíduos que possuem relações continuativas cativas com o Estado como, por exemplo, benefícios previdenciários, terminam diminuídos[146] em suas expectativas na exata medida em que, com o passar do tempo, veem as diversas modificações (por vezes incontáveis) diminuírem prerrogativas, alterarem formas de cálculo de vantagens e, por fim, reduzirem ao longo do tempo o poder concreto da parcela a que fazem jus.

Pensar na consolidação do regime jurídico por conta da sua proteção mediante o reconhecimento de um direito adquirido a mesma condição fixada quando do início da relação jurídica travada é a única maneira, ao nosso sentir, de efetivamente respeitar o princípio da segurança jurídica enquanto valor constitucional fundamental. A advertência de Clóvis Beviláqua sobre o tema é relevante, pois afirma que "Os direitos adquiridos, os que a lei deve respeitar, são vantagens individuais, ainda que ligadas ao exercício de funções públicas".[147]

No mesmo sentido Afonso Arinos já afirmava que o caractere de destaque das normas que veiculam direitos fundamentais – sendo o direito adquirido um dos seus principais expoentes – "é a circunstância de que elas são, ao mesmo tempo, públicas e individuais", explicando seu raciocínio logo após: "E assim se apresentam porque relacionam o indivíduo diretamente com o poder público, tomado como tal, e porque a sua finalidade exclusiva é a capacidade de pôr em movimento normas jurídicas no interêsse individual".[148]

Logo, resulta claro que não se pode imaginar uma relação diametralmente divergente entre o que se traz para a realidade social mediante uma inovação legislativa e o que o corpo

---

extremo se acuda a su anulación, procurando salvarles de su ineficacia mediante la interpreación correctora y la figura de la conversión" – PÉREZ, Jesús González. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 4. ed. Madrid : Civitas, 2004, p. 161.

[146] "As múltiplas interpretações do significado da Constituição que se podem afirmar nos tempos mais recentes concordam na valorização da pessoa humana *e dos seus direitos*, centrados na atuação do Estado e da sua própria Constituição." – VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto constituzionale*. 6. ed., Milão : CEDAM, 2008, p. 11 (Tradução livre).

[147] BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 6 ed. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1953, p. 14.

[148] FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*: teoria geral. Vol. I, Rio de Janeiro : Forense, 1958, p. 179.

social pode dela esperar, até porque, como afirma Gustavo Zagrebelsky, em uma concepção moderna, *os direitos são a armadura jurídica da vontade humana*.[149]

O dado mais importante na fixação ou determinação do regime jurídico incidente em face de uma relação jurídica é o *momento de sua consolidação*. Este é o instante onde, incidindo o feixe de normas cumulativas sobre os elementos da relação jurídica, são estabilizados ou imunizados os fatos envolvidos na relação sob análise.

A regra geral para a consolidação do regime jurídico, portanto, é que o momento coincide com a *formação inicial da relação jurídica*, ou seja, quando os elementos objetivo e subjetivo se vinculam em razão de um fato, a incidência das normas se opera e, por conseguinte, é este instante no tempo que enseja a cristalização do conjunto de regras e princípios aplicáveis ao caso concreto.

[149] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid : Editorial Trotta, 1999, p. 82

4 PROPOSTA DE UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA SOBRE O TEMA DO DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO: CONTRIBUIÇÕES PARA A REVISÃO SE CONCRETIZAR.

O presente capítulo visa expor os argumentos, as novas visões e as proposições que a tese ora exposta vem sustentar, deduzindo cada qual separadamente para permitir a aferição individual de sua relevância para o objetivo final.

Registra-se que apenas com a utilização de todos os elementos adiante expostos será viável a consolidação do novo entendimento acerca da garantia constitucional do direito adquirido a regime jurídico superando a visão negativista genérica contemporânea.

As propostas visam, sobretudo, fomentar a reflexão sobre o papel relevante da inclusão em nível constitucional do direito adquirido; denunciar a malversação que ainda se abate sobre essa garantia fundamental e também evidenciar que a necessidade de um "novo conceito constitucional" decorre da postura conservadora que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permanece adotando faz quase 80 anos.

4.1 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL SOBRE O TEMA

O tema do direito adquirido a regime jurídico veio tratado pela doutrina no Brasil, ainda que com relativo desprezo ou colocação em plano secundário, justamente por conta da cristalização da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a sua peremptória inexistência.

A busca pelas decisões que originaram essa orientação consolidada revela que, mesmo diante das constantes alterações constitucionais na história brasileira, bem como diante das oscilações entre períodos de democracia e de exceção, a ideia de que inexiste direito adquirido a regime jurídico foi mantida como se fosse um mantra, configurando-se uma espécie de lugar comum, tomado *a priori*, como instrumento para que o governo de então pudesse promover alterações abruptas sem cuidado com as situações individuais.

Sucederam-se os governos, as Constituições e os integrantes do Supremo Tribunal Federal, mas não se alterou o pensamento castrador da importância do instituto do direito adquirido.

4.1.1 Registro de decisões iniciais sobre o tema

Em estudo histórico sobre a atuação no Supremo Tribunal Federal do Ministro Epitácio Pessôa[150], encontra-se registrado o seguinte:

> Entre os votos de Epitacio Pessôa, há diversos casos envolvendo questões de direito intertemporal: a proteção a direitos adquiridos contra restrições ou mesmo perda dessas posições subjetivas em decorrência de legislação posterior. Com sua capacidade para a exposição clara da discussão em causa, Pessôa ensina a diferença entre direito adquirido e mera expectativa de direito; define o momento em que se dá a aquisição ou incorporação dos direitos ao patrimônio jurídico dos sujeitos; *compara e distingue as relações jurídicas decorrentes de regimes contratuais e regimes estatutários; e, em caso específico que envolvia suposto direito a promoção de militar, vemos Epitacio afirmar a tese — hoje consagrada — de que não existe direito adquirido a regime jurídico*.
> A quantidade expressiva desse tipo de questão revela também aspectos da instabilidade política e jurídica daqueles primeiros tempos, o que obrigava o Tribunal a tornar eficaz a cláusula constitucional da irretroatividade das leis em prejuízo de posições jurídicas consolidadas, segundo a norma então vigente.[151]

Os arestos referidos e selecionados datam de 1906 e 1907 e, já então, era afirmado na orientação do Supremo que não há direito à manutenção de regime jurídico. No caso ACi 1.297/Capital, Murtinho, 1907. União v. Tenente Astrogildo de Figueiredo, assim resumido pelo próprio Ministro Pessôa, na condição de relator:

> O Segundo-Tenente Astrogildo Marques de Figueiredo alega que foi promovido a esse posto em 3 de novembro de 1894, ao tempo em que vigorava o Decreto 1.351, de 7 de fevereiro de 1891, segundo o qual (art. 5º, parágrafo único), enquanto existissem alferes de infantaria ou cavalaria sem o respectivo curso, as vagas de tenente seriam preenchidas por antiguidade, 2/3 por esses subalternos e 1/3 pelos que tivessem o curso; que a *Lei 1.348, de 12 de julho de 1905, modificou essa proporção*, estabelecendo que as promoções passariam a ser metade por antiguidade absoluta e metade por estudos, que por efeito desta lei já houve seis promoções por estudos e apenas quatro por antiguidade; que, sendo o quinto ao tempo em que se promulgou a Lei 1.348, teria sido promovido, se esta não houvesse revogado o Decreto 1.351, que, portanto, esta lei feriu

---

[150] NOLETO, Mauro Almeida. *Memória jurisprudencial – Ministro Epitácio Pessoa*, Brasília : Supremo Tribunal Federal, 2009. Disponível na Internet:http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/Epitacio_Pessoa.pdf, Acesso em 21/02/2012.

[151] *Idem*, p. 79, grifos de nossa parte.

> com (*sic*) seu direito adquirido, isto é, o direito de ser promovido segundo a lei vigente ao tempo em que fora promovido a alferes. Pede, à vista do exposto, que a União seja condenada a pagar-lhe a etapa e a gratificação de primeiro-tenente, desde a data em que pelo Decreto 1.351 lhe cabia a promoção, até ser efetivamente promovido.[152]

Comentando o caso, Mauro Noleto afirma que "pode-se perceber com muita clareza a longevidade de certos tópicos da jurisprudência do Supremo Tribunal", em especial aquele que, "com base na doutrina da irretroatividade das leis, fixa a diferença entre direito adquirido e mera expectativa. Também a afirmação, hoje pacífica, de que não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico pode ser extraída das razões deste voto de Epitacio Pessôa".[153]

Bem evidenciando o caráter preconceituoso com que, desde sempre, o direito adquirido a regime jurídico foi visto no Brasil, confira-se a forma de argumentação do Ministro àquela época (a qual, infelizmente, não está deveras distante da posição atualmente empreendida):

> A partir desse ponto, ou seja, firmada a premissa de que o regime jurídico do militar não tem natureza contratual, vemos um Epitacio irônico despejar toda a força de sua dedução lógica para demonstrar a tese, argumentando até pelo absurdo, de que não existe direito adquirido a regime jurídico.
>
> > O que este pretende é que, uma vez nomeado o alferes, as condições de acesso então existentes não possam mais ser alteradas até que ele chegue a marechal, é, em suma, paralisar a ação do Estado no tocante à força armada, isto é, no que diz respeito à segurança interna e externa da República. Levado às suas legítimas conseqüências, este princípio significa que o simples ato de verificar praça no Exército suspende desde logo a Constituição da República, na parte em que confere ao Congresso Nacional a atribuição de legislar sobre a organização da força armada (art. 34, 17), de suprimir empregos públicos (25) e de estatuir as condições de capacidade especial para o acesso às funções militares (art. 73); e como todos os dias há cidadãos que assentam praça no Exército, segue-se que a suspensão desses preceitos constitucionais é indefinida, vale por uma derrogação ou antes por um novo processo de reforma constitucional, não previsto no art. 90. Se a princípio não se atribui tamanho vigor, então teremos: hoje o Congresso estabelece certas condições de acesso: estas não se aplicarão aos oficiais existentes. Amanhã o interesse público exige que se modifique essa lei: já esta lei não atingirá aos oficiais protegidos pelas duas leis anteriores, e assim por diante. Ao cabo de algum tempo, teremos várias fornadas de direitos adquiridos, e o poder público se verá a braços com um cipoal tão emaranhado de direitos tais, que paralisará completamente a sua ação. Imagine-se agora que isso se estende a todas as repartições públicas, e digam-me se é possível assim a existência do Estado.[154]

O pensamento da inexistência de direito adquirido a regime jurídico já se mostrava firme na década de 50.

---

[152] *Idem*, p. 86.
[153] *Idem, Ibidem*, p. 86.
[154] *Idem*, p. 88.

Em 1951 o STF afirmava que, por ser a relação estatutária, e por estar consagrada na Constituição da época (1946) apenas a irredutibilidade quanto aos magistrados, nada impedia que os demais servidores fossem alvo de redução dos seus estipêndios.[155]

Em lampejo de proteção, em 1953 o Supremo afirmara que "Ainda no regime constitucional que preceitua leis com efeito retroativo, para se lhes reconhecer tal efeito há de a lei o expressar inequivocamente".[156]

Entretanto, em 1954, o argumento da "necessidade de serviço" autorizava a afirmação da inexistência de direito adquirido ao quadro estatutário, quase já axiomaticamente.[157]

Em 1959, o STF afirmava, com parcimônia, que "As leis que estruturam e aperfeiçoam o serviço público não ferem, em regra, direitos adquiridos dos servidores, dada a natureza estatutária das relações por esses mantidas com o poder público".[158]

No ano de 1960, contudo, ao que parecia ser uma mudança de mentalidade sadia, o Supremo Tribunal passou a expressamente ressalvar os direitos adquiridos quando de mudanças normativas:

> Revogação ou anulação pelo próprio Poder Legislativo de lei manifestante inconstitucional e violadora da ordem jurídica. O Legislativo ao invalidar ato vicioso por ela próprio editado, não interfere com a prerrogativa assegurada ao Judiciário de anular ou decretar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público. Servidor público. *Regime estatutário. A lei que regula, modifica ou extingue situações anteriormente desfrutadas por servidores públicos, aplica-se retroativamente, desde que não fira o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a cousa julgada*.[159]

---

[155] "A situação do funcionário perante o Estado não é contratual mas estatutária. Se a mesma Constituição, que não permite à lei prejudicar o direito adquirido, só não faculta a redução de vencimentos no tocante aos magistrados (arts. 95 n. III) para resguardo da independência de suas funções e consequente proteção dos seus jurisdicionados, deixou claro que, em regra, são redutíveis por lei os proventos dos demais funcionários públicos, e que, na garantia do direito adquirido, não se compreende a irredutibilidade de tais proventos." – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 15530/BA*, rel. Min. Luiz Gallotti, 1ª Turma, DJU de 30/08/1951, p. 8104.

[156] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 20960/DF*, rel. Min. Mário Guimarães, 1ª Turma, DJU de 01/10/1953.

[157] "AUTARQUIA. REGIME DE ACESSO DE SERVIDORES. ALTERABILIDADE POR CONVENIÊNCIA DO SERVIÇO. NÃO SE VERIFICA OFENSA A QUALQUER TEXTO LEGAL, COM O PROCLAMAR O ACÓRDÃO SUB-CENSURA O PRINCÍPIO DE QUE O FUNCIONÁRIO PÚBLICO NÃO TEM DIREITO ADQUIRIDO A MANUTENÇÃO DO REGIME ESTATUTÁRIO VIGORANTE AO TEMPO DE SUA INVESTIDURA." - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 24362/DF*, rel. Min. Ribeiro da Costa, 1ª Turma, DJU de 02/12/1954, p. 14907.

[158] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 4744/DF*, rel. Min. Henrique D´Avila, Pleno, DJU de 24/08/1959, p. 246.

[159] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança nº 7288/CE*, rel. Min. Henrique D´Avila, Pleno, DJU de 03/08/1960, com grifos de nossa parte.

O que parecia uma promissora mudança de orientação foi ceifada por conta do período de ditadura que se iniciou logo após.

4.1.2 O fortalecimento do axioma durante a ditadura militar pós 1964

Nesse período, já por volta dos anos 70, o Supremo ora admitia a proteção dos direitos adquiridos desde que inquestionavelmente consumados, ora os negava, sobretudo no que tange aos servidores públicos, na medida em que, por exemplo, a compreensão vertida pelo Ministro Moreira Alves era a de que "O direito adquirido impede que se perca o que se adquiriu; não é, porém, meio de acumular benefícios que se excluem", sendo de se notar no caso que, mesmo em se tratando de funcionário que estava diante de lei estadual que o autorizava optar por vantagens da lei nova e da antiga quando se sua aposentação, o entendimento do Supremo Tribunal foi de negar a proteção do direito adquirido, pois ele não tinha direito algum ao valor da gratificação, ciente que deveria estar que a "dinâmica da retribuição podia a qualquer tempo ser alterado, correndo o funcionário esse risco, se de pronto não se aposentasse".[160]

No específico do tema, e com a presença marcante das decisões do Ministro Moreira Alves, que terminou por se consolidar como um dos arautos mais importantes da tese da ausência de direito adquirido a regime jurídico, nos idos de 1978 já se afirmava que a supressão de aumentos futuros por lei nova não contrariaria a Constituição vigente.[161]

Em 1980 já se via de forma bem clara a condição axiomática da matéria, sendo que diversos julgados do STF já afirmavam o célebre, reiterado e, com o respeito devido, malsinado

---

[160] Referindo farta jurisprudência sobre o tema do período contemporâneo das Constituições de 1967 e 1969, e no particular o Agravo de Instrumento nº 71.244/SP, rel. Min. Moreira Alves, 2ª Turma, julgado em 07/10/1977, FRANÇA, R. Limongi. *Direito adquirido*, Série Jurisprudência Brasileira, Vol. 83, Curitiba : Juruá, 1984, p. 126/127.

[161] "PROVENTOS. DIREITO ADQUIRIDO. Esta Corte tem decidido, inúmeras vezes, que o funcionário tem direito adquirido a, quando aposentar-se, ver os seu proventos calculados em conformidade com a legislação vigente ao tempo em que preencheu os requisitos necessários para requerer a aposentadoria voluntária. No caso, isso foi observado, sendo certo, também, que o montante desses proventos, assim calculados, não sofreu, em virtude da aplicação do citado Decreto 9.054/69, redução no seu montante global. Não há, porém - e nesse sentido é firme a jurisprudência do S.T.F. -, direito adquirido ao regime jurídico que foi observado para o cálculo do montante dos proventos quando da aposentadoria, o que implica dizer que, mantido esse montante, tal regime pode ser modificado pela legislação posterior, como sucedeu, na hipótese, em que o Decreto Estadual 9.054/69 alterou o sistema de aumentos futuros das quotas representativas da percentagem. Recurso extraordinário conhecido e provido" - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.305/CE*, rel. Min. Moreira Alves, 2ª Turma, DJU de 07/04/1978.

"brocardo": "*Funcionalismo. Proventos. Inexistência de direito adquirido ao regime jurídico observado para o ato da aposentadoria. Precedentes do Supremo Tribunal Federal*".[162]

De forma excepcional, apesar de ainda negar a ocorrência do direito adquirido ao regime jurídico, o Supremo Tribunal manteve pensão concedida a ex combatente na Segunda Guerra não por motivos jurídicos específicos, até porque a pensão era graciosa, mas pela condição do recebedor, evidenciando o casuísmo.[163]

Do mesmo período de 1981 consta precedente também da lavra do Ministro Moreira Alves sustentando que nem mesmo parcela considerada de benefício absoluto estaria imune à lei nova.[164]

A criação de critérios novos por lei, ainda que mais danosos para o servidor, igualmente não estavam protegidos pelo Supremo.[165]

Mesmo o sistema de prerrogativas do cargo de Promotor de Justiça não escapou ao entendimento do Supremo que o regime jurídico poderia ser alterado por lei complementar.[166]

---

[162] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 90781/CE*, rel. Min. Leitão de Abreu, 2ª Turma, DJU de 19/12/1980, p. 10944.

[163] "PENSÃO CONCEDIDA POR LEI A EX-COMBATENTE DA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. EMBORA SE TRATE DE PENSÃO ESPECIAL, DE NATUREZA GRACIOSA, E NÃO HAJA DIREITO ADQUIRIDO AO REGIME JURÍDICO DA PENSÃO, Há, contudo, direito adquirido a percebê-la, não podendo lei posterior suprimi-la com relação a determinada categoria dos beneficiários dela em face da lei anterior. Precedentes do STF: RREE 92.229, 92.230, 92.231, 92.232 e 92.635. Recurso extraordinário conhecido e provido" - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 94.531/SC*, rel. Min. Moreira Alves, 2ª Turma, DJU de 21/08/1981.

[164] "DIREITO ADQUIRIDO. NÃO OFENDE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO RESPEITO AO DIREITO ADQUIRIDO PRECEITO DE LEI QUE ESTABELECE UMA "CONDICIO IURIS" PARA A CONSERVAÇÃO DE DIREITO ABSOLUTO ANTERIORMENTE CONSTITUÍDO, E DETERMINA QUE, DENTRO DE CERTO PRAZO, SEJA ELA OBSERVADA PELO TITULAR DESTE DIREITO, SOB PENA DE DECAIR DELE. NÃO HÁ DIREITO ADQUIRIDO AO REGIME JURÍDICO DE UM INSTITUTO DE DIREITO, COMO O E A PROPRIEDADE DE MARCA. E, POIS, CONSTITUCIONAL O ARTIGO 125 DO CÓDIGO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (LEI 5772, DE 21.12.71). RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO." - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 94.020/RJ*, rel. Min. Moreira Alves, 2ª Turma, DJU de 18/12/1981, p. 12943.

[165] "DIREITO ADQUIRIDO. TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO PARA EFEITO DE ENQUADRAMENTO CRIADO POR LEI NOVA. ESTA CORTE JÁ FIRMOU JURISPRUDÊNCIA NO SENTIDO DE QUE NÃO HÁ DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO, O QUE IMPLICA DIZER QUE PODE A LEI NOVA, AO CRIAR DIREITO NOVO PARA O SERVIDOR PÚBLICO, ESTABELECER EXIGÊNCIA, QUANTO AO TEMPO DE SERVIÇO EXIGIDO PARA A OBTENÇÃO DESSE DIREITO, QUE NÃO OBSERVE O REGIME JURÍDICO ANTERIOR NO TOCANTE AO ÂMBITO DE EXTENSÃO DA EFICÁCIA DOS DIFERENTES COMPONENTES QUE, PELA LEI ANTIGA, INTEGRAVAM O TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO PARA TODOS OS EFEITOS DAS LEIS ENTÃO EXISTENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO" - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 99.522/PR*, rel. Min. Moreira Alves, 2ª Turma, DJU de 20/05/1983, p. 7059.

[166] "MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROIBIÇÃO DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. LEI COMPLEMENTAR N. 40/81, ART-24-II. ALEGAÇÃO DE AFRONTA A DIREITO ADQUIRIDO. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO ADQUIRIDO NÃO FAZ INTANGÍVEL O REGIME JURÍDICO DE UM SERVIDOR DO ESTADO, SUJEITO A ESTATUTO ESPECIAL, ANTE A EDIÇÃO DA LEI

Já próximo da vigência da nova Constituição, em 1986, a orientação sobre a irredutibilidade do valor da remuneração ser a única limitadora para se aferir a retroação como devida ou indevida diante do axioma da inexistência de direito adquirido a regime jurídico foi, uma vez mais, aplicada pela Corte Suprema.[167]

4.1.3 A manutenção do entendimento mesmo com a redemocratização em 1988: o axioma na atualidade das decisões do Supremo Tribunal Federal

Já sob a égide da nova Constituição, o que parecia denotar uma superação do axioma sobre inexistir, peremptoriamente, direito adquirido a regime jurídico, terminou se revelando uma frustração para os servidores em geral e para os juristas que propugnavam esse respeito. O Supremo, logo em 1992/1993, já reafirmava a orientação:

> FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTATUTÁRIO - ENQUADRAMENTO EM NOVO PLANO DE CARREIRA - DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. A Administração Pública, observados os limites ditados pela Constituição Federal, atua de modo discricionário ao instituir o regime jurídico de seus agentes e ao elaborar novos Planos de Carreira, não podendo o servidor a ela estatutariamente vinculado invocar direito adquirido para reivindicar enquadramento diverso daquele determinado pelo Poder Público, com fundamento em norma de caráter legal.[168]
>
> ADMINISTRATIVO. POLICIAIS MILITARES DO ESTADO DE SÃO PAULO. LEI COMPLEMENTAR N. 255, DE 21/5/81. CRITÉRIO DE CALCULO DE VANTAGENS, ESTIPULADO NO ART. 2. SUPERVENIÊNCIA DA NORMA DO ART. 92, VIII, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO, QUE O MODIFICOU. Hipótese em que a nova regra tem incidência imediata. As relações entre o Estado e seus servidores são de natureza estatutária; o regime jurídico do serviço público pode ser alterado pela legislação, sem violação ao princípio do direito adquirido. Recurso não conhecido.[169]

COMPLEMENTAR QUE O MODIFICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE QUE NÃO SE CONHECE" - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 99.594/SE*, rel. Min. Francisco Rezek, 2ª Turma, DJU de 09/12/1983, p. 19422.

[167] "FUNCIONALISMO. PROVENTOS DE APOSENTADORIA. SE A LEI EXTINGUE VANTAGEM OU GRATIFICAÇÃO QUE SERVIU DE BASE AO CALCULO DE PROVENTOS DO FUNCIONÁRIO APOSENTADO, SEM REDUÇÃO DOS MESMOS, NÃO HÁ OFENSA A DIREITO ADQUIRIDO, UMA VEZ QUE A GARANTIA CONSTITUCIONAL NÃO ABRANGE O REGIME JURÍDICO" - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 99.955/RN*, rel. Min. Carlos Madeira, 2ª Turma, DJU de 07/02/1986, p. 935.

[168] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 116.683/RJ*, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJU de 13/03/1992, p. 2927.

[169] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 130.213/SP*, rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJU de 23/04/1993, p. 6923.

Desse mesmo período se mostra a afirmação que, como regra, dos atos inconstitucionais não se pode argüir a proteção do direito adquirido a regime jurídico: "A supremacia jurídica das normas inscritas na Carta Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas no próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido".[170]

A questão da URP (Plano Bresser) consagrou diversos acórdãos que confirmaram a inexistência do direito adquirido a regime jurídico como argumento talhado para as composições dos planos econômicos darem resultados no campo político, ao custo dos servidores públicos que foram vilipendiados. Contudo, de forma diametral, buscando uma legitimação do quanto decidido, o relator, Ministro Paulo Brossard reconheceu que, ocorridos atos jurídicos perfeitos, os mesmos deveriam ser respeitados (ainda que tratado como direito adquirido ao reajuste dos dias trabalhados antes da vigência da nova norma).[171]

A década de 90 ainda veria uma das situações mais complexas relativa a negação dos direitos adquiridos contra os servidores, mas a favor do Estado. Usando da inexistência de direito adquirido a regime jurídico, a União terminou por ver reconhecido no Supremo Tribunal Federal, com a ressalva do entendimento do relator Ministro Sepúlveda Pertence, *direito contrário a Constituição*, já que as leis que alteraram o sistema de remuneração foram vigentes *após* norma constitucional vedando a irredutibilidade:

> Vencimentos: reajuste: direito adquirido: inexistência. Segundo a jurisprudência do STF - que reduz a questão a inexistência de direito adquirido a regime jurídico -, as leis - ainda quando posteriores à norma constitucional de sua irredutibilidade - que modificam sistemática de reajuste de vencimentos ou proventos são aplicáveis desde o início de sua vigência. Ressalva do entendimento do relator, expresso no julgamento do MS 21.216 (Gallotti, RTJ 134/1.112).[172]

---

[170] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 248/RJ,* rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJU de 08/04/1994, p. 7222.

[171] Por todos: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Decreto-Lei n. 2.425/88. URP de abril e maio de 1988. Reajuste. Direito adquirido. Inconstitucionalidade. O Plenário da Corte, ao apreciar a questão do reajuste previsto no Decreto-Lei 2.335/87, reiterou o entendimento de que não há direito adquirido a vencimentos de funcionários públicos, nem direito adquirido a regime jurídico instituído por lei. Em se tratando de norma de aplicação imediata, esta não alcança vencimentos já pagos, ou devidos "pro labore facto". Inconstitucionalidade inexistente. Decreto-Lei n. 2.425/88 que, suspendendo o pagamento da URP prevista em Decreto-Lei precedente, entra em vigência em 8 de abril de 1988. Existência de contraprestação de serviço. Direito adquirido ao reajuste referente aos dias já efetivamente prestados. Recurso extraordinário conhecido e parcialmente provido." - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 136.886/DF,* rel. Min. Paulo Brossard, 2ª Turma, DJU de 30/09/1994, p. 26171.

[172] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 180.884/DF,* rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJU de 08/09/1995, p. 28393.

Novamente, no mesmo período, a ausência de direito adquirido a regime jurídico quanto aos critérios legais da composição de benefício de aposentadoria foi confirmada – ressaltando a consagração da tese, implícita, que não se pode invocar o direito adquirido a mudanças por emenda constitucional superveniente.[173]

Em um dos mais claros exemplos de negação da tese do direito adquirido a regime jurídico, amparados por razões que bem demonstram o quanto de erronia, com o respeito devido, envolve a análise da questão, em jogo a conversão de servidores do regime celetista para o estatutário único, o STF veio a afirmar, explicitamente, que a manutenção de vantagens anteriores implicaria na impossibilidade da implementação do Regime Jurídico Único (o que, ao nosso sentir, não possui fundamento de validade):

> 3. *Se os antigos servidores celetistas dessa Fundação, ao serem convertidos em servidores estatutários, por força da referida norma constitucional (art. 39), conservassem vantagens estranhas àquelas estabelecidas no Regime Jurídico Único, então este não seria único. A norma constitucional não se cumpriria.* Instaurada estaria a disparidade entre os servidores, em detrimento daquela norma que pretendeu estabelecer Regime Jurídico Único, *em face do qual não se pode falar em direitos adquiridos dos servidores, nem mesmo a pretexto de irredutibilidade de vencimentos*, sobretudo quando a redução destes não é nominal, segundo a jurisprudência da Corte.[174]

Desde 1999, infelizmente, o STF já reconhece o caráter de axioma da inexistência de direito adquirido a regime jurídico: “II - Teto: redução do limite remuneratório (L.C. est. 43/92-SC): inexistência de direito adquirido à manutenção do limite previsto na Legislação revogada, pois é axiomático não existir direito adquirido a regime jurídico”.[175]

---

[173] “1. Os proventos da inatividade são regulados pela norma vigente ao tempo da sua aposentadoria, mas o servidor não tem direito adquirido aos critérios legais com base em que "quantum" foi estabelecido, nem a prevalência do regime jurídico então vigente, ainda mais quando, em obediência a preceito constitucional a esse superveniente, lei nova vem disciplinar o regime jurídico e o plano de carreira dos servidores, incorporando aos vencimentos e proventos as gratificações antes percebidas "em cascata" ou "repique", que não são permitidas pela nova ordem constitucional. 2. Redução de proventos. Alegação improcedente, vez que aos valores desses foram incorporadas duas das três gratificações existentes no regime anterior, de modo a compensar as vantagens então percebidas. Inexistência de direito adquirido a receber gratificações previstas na norma vigente ao tempo da inativação, pois, em face do novo reenquadramento, haveria verdadeiro "bis in idem".” - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 178.802/RS*, rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJU de 19/04/1996, p. 12229.

[174] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 22.160/DF*, rel. Min. Sidney Sanches, Pleno, DJU de 13/12/1996, p. 50168, grifos de nossa parte.

[175] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 226.473/SC*, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJU de 25/06/1999, p. 12229.

Já na parte primeira da década de 2000, consolidou-se o entendimento da impossibilidade de se verificar em controle abstrato, como regra, suposta violação do direito adquirido.[176]

A Ministra Ellen Gracie, que após viria a ser uma das mais constantes vozes para a aplicação da tese, evidenciou em suas manifestações a redução argumentativa clara no sentido de usar o axioma como uma espécie de *quase verbete sumular*:

> Pacificou-se, nesta Suprema Corte, o entendimento de que descabe alegar direito adquirido a regime jurídico, bem como de que não há infringência ao princípio da irredutibilidade de vencimentos quando preservado o valor nominal dos vencimentos dos servidores, ao ensejo da mudança de cálculo das gratificações que os integram.[177]

Com total acerto, o STF, pelo Ministro Eros Grau, infirmou a aplicação da tese para um crédito tributário que foi *constituído após a vigência da lei nova*, modificadora dos critérios anteriores. Em hipótese como tal, nada há para impor validamente a incidência da tese.[178]

A prática negatória provocou situações embaraçosas na Corte, posto que, no mesmo ano de 2007, as Turmas em situação essencialmente idêntica terminaram por ora proteger o direito adquirido, ora por negá-lo. Respectivamente, são esses os precedentes:

> Servidores do CNPq: Gratificação Especial: inexistência de direito adquirido. Ao julgar o MS 22.094, Pleno, 02.02.2005, Ellen Gracie, DJ 25.02.2005, o Supremo Tribunal decidiu que os servidores do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, *quando convertidos de celetistas em estatutários, não fazem jus à*

---

[176] "1. O direito adquirido, quando seja o caso, pode ser oposto com êxito à incidência e à aplicação da norma superveniente à situações subjetivas já constituídas, mas nunca à alteração em abstrato do próprio regime anterior: por isso, sedimentada no STF a inadmissibilidade da ação direta para aferir da validade da lei posta em confronto com a garantia constitucional do direito adquirido, salvo quando a lei nova, ela mesma prescreva, sua aplicação a situações individuais anteriormente constituídas" - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2087/AM*, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJU de 19/09/2003, p. 15.

[177] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 364.387/MS*, relª. Minª. Ellen Gracie, 1ª Turma, DJU de 09/05/2003, p. 58. A referida Ministra foi uma das primeiras a utilizar a previsão dos julgamentos monocráticos sobre o tema: "2. A interpretação conferida pelo Tribunal a quo ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição, para conhecer do mandado de segurança e conceder a segurança em favor dos ora agravantes, divergente da orientação de ambas as Turmas deste Tribunal que entende descaber a alegação de direito adquirido a regime jurídico, autoriza o Relator a monocraticamente julgar o recurso, sem que haja ofensa aos artigos 21, VI, § 2º, 323 e 324 do RISTF." – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 392.251/PB*, relª. Minª. Ellen Gracie, DJU de 04/03/2005, p. 25.

[178] "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUTÔNOMOS. ADMINISTRADORES E EMPREGADOS AVULSOS. COMPENSAÇÃO. LEI N. 9.129/95. Se o crédito se constituiu após o advento do referido texto normativo, é fora de dúvida que a sua extinção, mediante compensação, ou por outro qualquer meio, há de processar-se pelo regime nele estabelecido e não pelo da lei anterior, uma vez que aplicável, no caso, o princípio segundo o qual não há direito adquirido a regime jurídico. Agravo regimental a que se nega provimento." - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 511.024/PR*, rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, DJU de 05/08/2005, p. 44.

> *incorporação da Gratificação Especial, dada a inexistência de direito adquirido a regime jurídico.*[179]
>
> SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. POSSIBILIDADE DE CONTAGEM COMO ESPECIAL DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES INSALUBRES EM PERÍODO ANTERIOR À SUPERVENIÊNCIA DO ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. *O entendimento firmado por esta Casa de que a contagem do tempo de serviço prestado por servidor público federal ex-celetista*, desde que comprovadas as condições insalubres, periculosas ou penosas, em período anterior à Lei 8.112/1990, *constitui direito adquirido para todos os efeitos também deve ser aplicado aos servidores públicos estaduais ex-celetistas*.[180]

A tese da inexistência de violação da tese quando não houver decesso remuneratório nominal, autorizada a supressão ou modificação de parcelas desde que protegido o valor global a ser recebido (como a posição hierárquica do servidor no quadro, por exemplo[181]), restou consolidada.[182]

Novamente de forma correta, ao nosso sentir, o Supremo afirmou que, encerrada a atividade laborativa pública, encerra-se a gratificação dela decorrente e, portanto, não se pode falar em direito adquirido[183] – já que, evidentemente, haveria na manutenção do recebimento um enriquecimento sem justa razão.

Importa registrar, porém, que o elemento temporal deve ser considerado para a plena correção do entendimento, eis que faz toda diferença uma gratificação ser recebida durante seis meses e outra que já se recebeu durante 15 ou 20 anos, por exemplo. Nestes últimos casos, a incorporação da mesma já deve ser considerada para fins do não decesso remuneratório, como se orienta o STF.

---

[179] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 425.579/RJ*, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJe de 08/06/2007.

[180] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 438.316/SC*, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJU de 30/03/2007, p. 88.

[181] "A jurisprudência do Tribunal é no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, no qual se inclui o nível hierárquico que o servidor ocupa na carreira." - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 608.441/PR*, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 17/04/2009.

[182] "3. O Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico-funcional pertinente à composição dos vencimentos ou à permanência do regime legal de reajuste de vantagem, desde que eventual modificação introduzida por ato legislativo superveniente preserve o montante global da remuneração, não acarretando decesso de caráter pecuniário. Precedentes." - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 589.575/RS*, rel. Min. Eros Grau, DJe de 24/10/2008.

[183] "Direito adquirido. Gratificação extraordinária. Incorporação. Servidora estatutária. Cessada a atividade que deu origem à gratificação extraordinária, cessa igualmente a gratificação, não havendo falar em direito adquirido, tampouco, em princípio da irredutibilidade dos vencimentos." – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 338.436*, rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma, DJe de 21/11/2008.

Em mais uma decisão ao nosso entender acertada, negou a tese quanto a imunidade tributária, reconhecendo que o momento da realização do controle das condições para a manutenção da pessoa jurídica como entidade beneficente identifica e legitima as normas vigentes, não podendo ser argüido direito adquirido a regime jurídico.[184]

A decisão está certa pela ausência de ferimento quanto a tese não por se tratar de relação de trato sucessivo como referido, ou porque é questão fiscal, mas sim porque *não se consolidou qualquer justa expectativa na medida em que, por natureza, a imunidade é favor fiscal*, sujeita a revisão desde que não concedida por tempo certo e extinta antecipadamente.

Recentemente, considerando julgados preponderantes de 2011, vê-se que o STF realmente petrificou os seguintes entendimentos sobre o tema em comento:

a) ainda que não exista direito adquirido a regime jurídico, o decréscimo no valor nominal dos vencimentos implica ofensa à Constituição Republicana (RE 481801 AgR/SC, rel. Min. Ayres Britto, DJe de 27/06/2011), até porque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o servidor público não tem direito adquirido à manutenção de regime de composição de vencimentos ou proventos, pois o que a Constituição lhe assegura é a irredutibilidade de vencimentos (AI 721110 AgR/RJ, relª. Minª. Ellen Gracie, DJe de 13/06/2011);
b) vantagem pontual (no caso, licença prêmio cujo período aquisitivo adveio de período onde a atual magistrada trabalhista era servidora federal em outra carreira), que não implica em alteração de vencimentos constantes, tem sua negativa abarcada na ausência de direito adquirido a regime jurídico (AO 482/PR, relª. Minª. Carmen Lúcia, DJe de 25/05/2011);
c) inexiste direito adquirido a reajuste de gratificação incorporada, por conta da estabilidade financeira (AI 503211 AgR/PE, relª. Carmen Lúcia, DJe de 12/04/2011);
d) manutenção da forma de cálculo da remuneração (por representar limitação ao direito do legislador desvincular o cálculo de gratificação que foi incorporada pelo servidor inativo daquela ocupada pelo servidor em atividade) importa em reconhecimento da

[184] "Nenhuma imunidade tributária é absoluta, e o reconhecimento da observância aos requisitos legais que ensejam a proteção constitucional dependem da incidência da norma aplicável no momento em que o controle da regularidade é executado, na periodicidade indicada pelo regime de regência. 2. Não há direito adquirido a regime jurídico relativo à imunidade tributária. A concessão de Certificado de Entidade Beneficente - Cebas não imuniza a instituição contra novas verificações ou exigências, nos termos do regime jurídico aplicável no momento em que o controle é efetuado. Relação jurídica de trato sucessivo." - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança nº 26932/DF*, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe de 05/02/2010.

existência de direito adquirido a regime jurídico, hipótese refutada pela Suprema Corte (RE 582332 AgR, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 07/06/2011);

e) caduco o CEBAS – Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social -, não há que se falar em direito adquirido a regime jurídico de manutenção do documento se houve alteração do quadro normativo de exigências para reconhecimento da condição de entidade beneficente (AI 830147 AgR/SC, rel. Gilmar Mendes, DJe de 06/04/2011);

f) é pacífica a jurisprudência da Corte de que não há direito adquirido a regime jurídico, inclusive o previdenciário e, por isso mesmo, aplica-se à aposentadoria a norma vigente à época do preenchimento dos requisitos para a sua concessão (RE 409295 AgR/RS, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 01/08/2011);

g) é também pacífica a jurisprudência do STF de que não há direito adquirido a regime jurídico, podendo a Administração alterar o escalonamento hierárquico da carreira a que pertence o servidor inativo, criando novos níveis para a progressão de servidores da ativa, desde que não implique em redução dos proventos do servidor aposentado (AI 796527 AgR/RJ, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 04/08/2011);

h) havendo alteração no escalonamento dos níveis de referência da carreira a que pertence o servidor inativo é possível seu reenquadramento em outro nível, ainda que tenha sido aposentado no último nível desta, mesmo estando presente orientação firmada em diversos precedentes sobre a inexistência do direito adquirido a regime jurídico (RE 632406 AgR/PR, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 15/09/2011[185]);

i) protegendo o servidor, e suplantando antiga controvérsia entre as Turma, a jurisprudência do Supremo firmou-se no sentido de que o servidor público federal ou estadual ex-celetista possui direito adquirido à contagem de tempo de serviço prestado sob condições insalubres ou perigosas no período anterior à instituição do Regime Jurídico Único[186] (RE 333246 AgR/RS, rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 07/12/2011);

---

[185] Referiu o relator como precedentes: AI 807.800-AgR, Rel. Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe de 28/04/2011; AI 633501-AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, Dje de 18/04/2008; AI 765.708-AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Dje de 30/11/2010; AI 720.940-AgR, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, Dje de 20/08/2009.

[186] Saulo Casali Bahia, integrando o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, já se manifestou em sentido análogo: "(...) 2. É orientação jurisprudencial uniforme nesta Corte no sentido de que o servidor da extinta Fundação Legião Brasileira de Assistência, abarcado pelo Regime Jurídico Único por força da disposição do artigo 243 da Lei 8.112/90, não têm direito adquirido à percepção das gratificações denominadas "Biênio" e "Agostina", relativas ao

j) contudo, a mesma Corte firmou o entendimento no sentido de que a transposição do regime celetista para estatutário acarreta a extinção do contrato de trabalho, não sendo possível invocar direito adquirido às vantagens do regime anterior - ainda que a opção tenha sido compulsória por conta da nova legislação (AI 850534 AgR/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 16/11/2011);
k) se é certo que é pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, a eventual reestruturação da carreira introduzida por ato legislativo superveniente com a consequente transformação, reclassificação ou extinção de cargos, também deve observar o princípio da irredutibilidade salarial (ARE 667673/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 15/02/2012).

As conclusões parciais a que se pode chegar após a verificação do extenso quantitativo de julgados do Supremo Tribunal Federal acerca do tema da inexistência de direito adquirido a regime jurídico são bastante esclarecedoras:

a) desde a primeira carta republicana e, com maior vigor, no período ditatorial de 1964/1985, o pensamento se instalou no STF e envolve assuntos diversos, mas ligados a uma orientação comum da diminuição de gastos pelo Poder Público;
b) a quase totalidade dos julgados afirma a inexistência do direito adquirido, sendo raras as exceções que a tutelam;
c) a notória maioria dos julgados que negam a tese assentam em questões relacionadas com vantagens pessoais de servidores ativos ou inativos suprimidas ou não atualizadas, bem como efeitos de sucessivos planos econômicos;
d) o uso indiscriminado da orientação restritiva, em matéria de prestações positivas devidas pelo Estado aos seus servidores, configura fórmula bem sucedida de contingenciamento de reservas orçamentárias, ainda que de maneira ilegítima e, ao nosso sentir, inconstitucional desde sempre; e) a consideração como axioma se deu por volta de dez anos após a Constituição em vigor;

---

período em que foram regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. (Vide AC 1997.01.00.026590- 2/MG, relator Desembargador Federal Tourinho Neto, 2ª Turma, DJ 28/05/03, p. 29; AC 1998.01.00.016340-8/MG, relator Juiz Federal Carlos Moreira Alves, 2ª Turma, DJ 11/04/02, p.95).” – BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Apelação Cível nº 94.01.27124-0, rel. Juiz Federal Saulo José Casali Bahia (conv.), 1ª Turma Suplementar, DJU de 22/02/2005.

e) o axioma apenas se reforçou na última década e tende a ser cristalizado até mesmo em súmula vinculante em tempo próximo, dada a circunstância que a quase totalidade das decisões sobre o tema já é feita de forma monocrática.

A toda evidência, é preciso rever a ampla forma de negar a incidência concreta da tese do direito adquirido a regime jurídico. A argumentação que segue busca contribuir para esse desiderato.

O presente estudo busca alterar essa visão sobre o tema, firme na lição de Geraldo Ataliba, para quem "O quadro constitucional que adota os padrões do constitucionalismo (...) e principalmente a adoção de instituições republicanas, em inúmeros Estados, cria um sistema absolutamente incompatível com a surpresa", rendendo homenagens, sim, a uma "absoluta e completa previsibilidade da ação estatal pelos cidadãos e administrados".[187]

É o que será proposto adiante.

4.2 A AFIRMAÇÃO DO "DIREITO ADQUIRIDO CONSTITUCIONAL" OU DO "DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ADQUIRIDO" POR CONDUTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: RAZÕES E CONSEQUÊNCIAS

A Constituição Federal de 1988 é reconhecida como um dos maiores marcos jurídicos da história brasileira. A doutrina nacional e mesmo a internacional assim a consideram[188], dada a importância decisiva que a mesma ostenta, frisando com sua promulgação o início do maior período de estabilidade democrática que o Brasil já experimentou em sua trajetória.

Não se desconhece, tanto que já exposto anteriormente, que das oito Constituições[189] que a história nacional brasileira contemplou apenas as de 1937 e a de 1967 (esta apenas no que toca

---

[187] ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2. ed. 4. tir. São Paulo : Malheiros, 2007, p. 171.

[188] No plano nacional, destacam-se, dentre tantos outros, BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 4. ed. Brasília : OAB Editora, 2002, p. 455/493; MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Tratado de direito constitucional*. Vol. I, São Paulo : Saraiva, 2010, p. 09/41; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 31/72. No plano internacional, por todos, MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II, 4. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2000, p. 88/89 e 94/95.

[189] Considerou-se que a Emenda Constitucional nº 01 de 1969 foi a sétima Constituição brasileira, independente do nome que lhe foi emprestado. O aspecto material, ao nosso sentir, prevalece.

as leis penais)[190] não trataram de controlar a retroatividade das leis novas ou expressaram a impossibilidade da retroação alcançar o direito adquirido (o que se deu a partir da Carta de 1934).

Contudo, parece ser sintomático que a estabilidade democrática tenha trazido com ela a maior discussão da importância constitucional e, por conseguinte, das condições de possibilidade da Constituição de 1988 na esfera individual dos cidadãos brasileiros.

A maior pacificação dos acontecimentos permitiu que a constituição em vigor seja vista como um autêntico divisor de águas para a história jurídica nacional. No que tange aos direitos adquiridos, sua relevância se acentuou ainda mais.

Inserido nos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, a proteção aos direitos adquiridos em face da retroatividade das normas terminou por ser remetido a uma nova compreensão. A mudança não foi propriamente de forma dispositiva, pois a cláusula de preservação já existia antes. O que se alterou foi a importância conferida.

Ao nosso sentir, os influxos da Constituição de 1988 serviram para consolidar a existência de um *direito adquirido constitucional*, na perspectiva de uma superação definitiva da ideia até então existente que a garantia do direito adquirido tinha uma autêntica base legal (inserta na Lei de Introdução ao Código Civil) e que a previsão constitucional representava apenas uma projeção reafirmadora do *status* legal da matéria.

O próprio Supremo Tribunal Federal, com o respeito devido, por vezes vacilou acerca do tema e terminou por afirmar uma extravagante "dupla personalidade"[191] do direito adquirido no Brasil, já sob a égide da Constituição de 1988. Ou, ainda pior, posto que mantida a orientação até os dias atuais, considerando a mesma matéria desimportante ao ponto de se presumir que a mesma, quando alegada em sede de Recursos Extraordinários, configuraria ofensa meramente reflexa à Constituição, não dando ensejo ao conhecimento dos mesmos.[192]

---

[190] RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 105/122.

[191] "CONSTITUCIONAL. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA. COISA JULGADA. I. - Não-incidência de juros de mora no pagamento de precatório complementar. Precedentes do STF. II. - A Corte tem se orientado no sentido de que o conceito dos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada não se encontra na Constituição, mas na legislação ordinária (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º). Assim, está sob a proteção constitucional a garantia desses direitos, e não seu conteúdo material (RE 437.384-AgR/RS, Rel. Min. Carlos Velloso; AI 135.632-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello). III. - Agravo improvido." – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 463.940/RS*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJU de 15/12/2006, p. 87.

[192] "(...) 3. O direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, quando objeto de verificação de cada caso concreto acerca da ocorrência ou não de violação, não desafiam a instância extraordinária, posto implicar análise de matéria infraconstitucional. (Precedentes: AI n. 135.632-AgR, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, 1ª Turma,

Alexandre de Morais sustenta, com razão, que "em nosso ordenamento positivo inexiste definição constitucional de direito adquirido. Na realidade, o conceito de direito adquirido ajusta-se à concepção que lhe dá o próprio legislador ordinário".[193]

Contudo, essa maneira de encarar a inserção de um instituto tão relevante em nível constitucional, com o respeito devido, termina por restringir o alcance do direito adquirido. De fato, se não existe um conceito formal de direito adquirido na Constituição, há sim um *conceito material de direito adquirido derivado da Constituição*, projetado ou extraído da sua condição de garantia material fundamental.

Ademais, entende-se que o problema não é tanto conceitual, mas sim de percepção da abrangência e da importância que o direito adquirido recebeu quando da inclusão em nível constitucional e, no particular, após a Constituição de 1988.

A abrangência da proteção constitucional do direito adquirido deve ser tomada a partir da Constituição de 1988 *enquanto projeção concreta da segurança jurídica e da confiança legítima reunidas*. Isso significa, concretamente, que os aspectos mais característicos de cada qual desses vetores devem ser atrelados ao instituto do direito adquirido em cada hipótese de incidência concreta.

Assim, os caracteres da previsibilidade, da vedação a surpresa, da proscrição do comportamento contraditório, do resguardo das justas expectativas, da garantia da estabilidade e do respeito às situações de boa fé devem ser todos, em conjunto, vinculados ao conceito constitucionalizado de direito adquirido.

Desse modo, quando se fala em direito adquirido no quadro da Constituição de 1988, o espectro de proteção conferido pela norma máxima brasileira abriga uma proteção geral para os casos consumados (o ato jurídico perfeito), sua projeção no processo (coisa julgada) e, para as demais situações onde se possa entender que já se deu início a uma relação continuativa séria e com relativa estabilidade conferida pela passagem do tempo ou mesmo pelo comportamento objetivo do Estado, seja quem estiver envolvido na relação com este ente, *o direito constitucionalmente adquirido*.

DJ de 03/09/99 e AI n. 551.002-AgR, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, 2ª Turma, DJ de 16.12.05).". Para aprofundamento no tema, HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. *Recurso extraordinário e ofensa reflexa a constituição*. Salvador : JusPodivm, 2009.

[193] MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo : Atlas, 2011, p. 91.

Esse direito que a Constituição alberga de forma mais expressiva abrange uma alteração importante na forma de pensar o instituto: representa que as concepções limitadoras até então expostas perdem força e sentido, em especial porque a própria forma de interpretar a relevância da garantia se ampara em princípios como o da máxima efetividade constitucional e da força normativa da Constituição, a conferir realce claro ao aspecto protetivo do cidadão tanto quanto possível e, em regra, desde que não ofenda o interesse público de forma indelével.

A ideia, pois, de um direito constitucionalmente adquirido transcende a preservação legal que adveio desde a Lei de Introdução, superando os problemas derivados da dicção legislativa de direito adquirido e mesmo a celeuma doutrinária acerca do mesmo em face das expectativas de direito. Estas últimas, pois, *como regra e por presunção*, hão de restar abarcadas no diâmetro constitucional da garantia do direito adquirido.[194]

No particular das relações de longo curso ou denominadas continuativas entre Estado e cidadão, do mesmo modo, deve-se alterar a compreensão que ao primeiro tudo é permitido em nome do interesse público e em detrimento de um ou de alguns por conta de "todos", impessoal e abstratamente.

Em verdade, o direito constitucionalmente adquirido propicia a noção exata da proteção que se deve esperar do Estado, qual seja, (i) aquela preservação dotada de condições para impedir o arbítrio tanto quanto possível, (ii) tornando exceção as inovações lesivas, (iii) trabalhando com as cláusulas de transição entre regimes jurídicos como regra (iv) e, em especial, (v) assegurando que as mudanças sejam suportadas da maneira mais clara e serena que a razoabilidade permitir, a fim de preservar as justas expectativas dos cidadãos.

Em suma, a noção proposta de *direito constitucionalmente adquirido* ou de *direito adquirido constitucional* se identifica com a Constituição de 1988 enquanto marco ao mesmo tempo jurídico e filosófico, devendo ser essa amplitude de alcance obedecida e reverenciada na medida do possível no normal dos casos, respeitadas as efetivas exceções que, concretamente, mediante processos de ponderação necessários, se mostrem indispensáveis.

---

[194] "A proteção da confiança diz respeito à continuidade das leis, à confiança dos indivíduos na subsistência das normas. Isso não protege os cidadãos genericamente de toda alteração legal, pois cada situação terá a peculiaridade para detectar, ou não, a confiança suscitada. Apresenta-se mais ampla que a preservação dos direitos adquiridos, porque abrange direitos que não são ainda adquiridos, mas se encontram em vias de constituição ou suscetíveis de se constituir; também se refere à realização de promessas ou compromissos da Administração que geraram, no cidadão, esperanças fundadas; visa, ainda, a proteger os particulares contra alterações normativas que, mesmo legais, são de tal modo abruptas ou radicais que suas consequências revelam-se chocantes." – MEDAUAR, Odete. "Segurança jurídica e confiança legítima", p. 114/119 *in* ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do estado de direito*: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 116.

Examinem-se, a partir de agora, as projeções do novo alcance proposto.

4.2.1 Consequência imediata primeira: a mudança das "meras expectativas" para as "justas expectativas" e sua extensão protetiva

A necessidade de ajuste da questão das meras expectativas evoluírem para justas expectativas, a luz do direito público, é premente. O tema é indispensável para a correta fixação do âmbito de proteção e de alcance da garantia do direito adquirido em nível constitucional no Brasil.

O tema deita raízes desde a obra de Blondeau, divulgada por volta de 1809, "Essai sur ce qu´on apelle effet rètroactif des lois", onde o mesmo expõe a chamada Teoria das Esperanças, aduzindo que todas as vezes em que uma esperança se estabelece de acordo com as leis essa merece atenção e não pode ser desprezada em produzir um mal para o seu titular.[195]

A questão das expectativas de direito tem sede no direito privado e está inserida no conjunto das *situações jurídicas ativas.*

Como esclarece António Menezes Cordeiro, são elas "situações que coloquem determinados efeitos na pendência da vontade do próprio sujeito a quem elas assistam".[196] Para o autor português, esse conjunto de situações comporta os direitos subjetivos, os poderes, as faculdades, as proteções reflexas, as exceções, os poderes funcionais e as expectativas.

Sobre as últimas tratadas no parágrafo anterior, afirma (considerando que ele trata do tema com base no direito civil português) que se constituem em "uma categoria de posições activas, marcadas por uma imprecisão acentuada", ora retratando confiança, ora representando danos emergentes e lucros cessantes, ora expondo convicção psicológica de um agente.

Continua propondo classificação do tema em "expectativa de mero facto" (a qual traduziria "uma hipótese de evolução futura à qual a pessoa empreste maior ou menor

---

[195] "Se o mal de destruir as esperanças formadas sob a lei antiga é menor que o de conservar o seu império, reconhecido como danoso, o legislador (que quase sempre não tem senão a escolha do mal menor) não deve titubear quanto à *executoriedade imediata* das disposições novas. Mas há esperanças que se não podem ferir sem inconvenientes, tão graves, na ordem comum das coisas, que é quase impossível não ultrapassarem aqueles que a execução absoluta da lei nova poderia impedir, ou as vantagens que poderia oferecer; de onde o legislador não poder dispensar-se desrespeitar estas esperanças." - Referido por FRANÇA, R. Limongi. *Direito intertemporal brasileiro*: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968, p. 133/135.

[196] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral, Tomo I, 3. ed. Coimbra : Almedina, 2009, p. 343.

verossimilhança, mas que o Direito não reconheça") e em "expectativa jurídica", a qual deve ser analisada "no domínio dos factos jurídicos complexos de produção sucessiva, isto é: em conjunções nas quais se requeira, para o aparecimento de determinado efeito jurídico, uma sucessão articulada de eventos, que se vão produzindo no tempo".[197]

Prossegue afirmando que "A verdadeira expectativa jurídica retrata a posição do sujeito inserido na sequência que irá conduzir a um verdadeiro direito, mas antes de este surgir", esclarecendo que as fontes dessa sequência podem ser "normas legais explícitas", "negócios jurídicos" ou mesmo "conceitos indeterminados". E conclui:

> Agora, das duas uma: ou o Direito tutela a expectativa tal como ela surge ou é e poderemos falar num verdadeiro direito subjectivo, ainda que intercalar (e ao qual chamaremos expectativa só para melhor o inserir na sequência processual) ou o Direito dispensa, à expectativa, uma tutela meramente processual, tendo em vista o direito definitivo que irá surgir e ocorrerá uma expectativa jurídica *proprio sensu*. A busca de um sentido útil para a expectativa constitui um exercício interessante, que permite esclarecer diversos aspectos.[198]

É conhecida a posição categórica de Orlando Gomes para quem *expectativa de direito não é direito*, sustentando que "a legítima expectativa *não* constitui direito. A conservação, que é automática, somente se dá quando se completam os elementos necessários ao nascimento da *situação jurídica definitiva*". Porém, é o próprio civilista baiano quem afirma, mais adiante, que expectativa de fato e de direito devem ter tratamento diverso e que,

> No conceito de *expectativa de direito*, o grau de segurança exerce decisiva influência. Em algumas, é tão firme ou certa a realização do fato final, que são assimiladas aos *direitos subjetivos*. Nesses casos, e o mais importante é o crédito a prazo – não se deve falar em *expectativa propriamente dita*, pois, em verdade, o interessado é titular de um direito que apenas tem o seu exercício suspenso por algum tempo.[199]

---

[197] *Idem, Ibidem*, p. 348.

[198] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral, Tomo I, 3. ed. Coimbra : Almedina, 2009, p. 349, com grifos do original. "Francisco Amaral leciona sobre o tema: "Os direitos subjetivos podem formar-se instantânea ou gradativamente. No caso de formação progressiva, cria-se uma situação preliminar de incerteza, de expectativa, de espera pela aquisição do direito. Este ainda não nasceu. A expectativa é, assim, um direito em formação, ainda dependente de algum elemento. Diz-se de fato quando existe apenas a esperança, a simples possibilidade abstrata de aquisição do direito que, por isso mesmo, não goza de proteção legal. Diz-se de direito quando já se configura em parte o direito, existindo uma situação dependente de requisito legal ou fato específico. A relação jurídica está suspensa, pendente, mas já produz efeitos provisórios, diversos porém dos que existiriam se o direito já estivesse totalmente constituído. (...) A expectativa de direito em proteção jurídica, sendo que alguns já a consideram direito subjetivo (Von Thur) e, em matéria de direito intertemporal, isto é, de conflito de leis no tempo, propriamente direito adquirido (LICC, art. 6º § 2º)." - AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1998, p. 194.

[199] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1977, p. 145.

A demonstração da controvérsia sobre a ideia e a força da expectativa de direito se justifica porque, como se pode perceber das opiniões, ora *se confunde a expectativa de fato (que é a mera esperança) com a de direito (que é mais que isso, crença sincera derivada de condição objetiva)* ora se afirma que toda expectativa é sempre *mera possibilidade*, quando, na realidade, deve-se alertar que certas situações de fato são mesmo *probabilidade de ocorrência*, a merecer toda a proteção jurídica, inclusive pela cláusula da irretroatividade e por meio da garantia do direito adquirido.[200]

Nesse sentido, Eduardo Espínola bem explicitou, com assento em Gabba, que "todas as consequências do direito adquirido devem considerar-se, também, direitos adquiridos, quando sejam verdadeiras e próprias consequências daquele direito", eis que são "*desenvolvimento* do conceito do mesmo direito, ou como suas *transformações*".[201]

A necessidade de mensurar quando já se tem o dever de resguardo de direitos fica clara quando se chega ao limite de sustentar que é possível a garantia da norma constitucional de proteção do direito adquirido, mas não dos direitos dos particulares em si mesmos. Ao apresentar parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3104-8/DF, requerida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), a qual versa sobre a taxação dos inativos – alegadamente violentadora dos direitos adquiridos – o Ministério Público Federal assim pontificou sobre o tema:

> 11. Por outro lado, o Ministério Público considera desprovida de consistência a interpretação atribuída ao artigo 60 § 4º inciso IV da CF/88 pela AGU, no sentido de que somente seria inconstitucional a alteração do próprio inciso XXXVI, do artigo 5º, ou seja, a *previsão geral e abstrata* existente no elenco dos direitos e garantias individuais, e não o prejuízo imposto concretamente ao conteúdo de um direito adquirido. Tal interpretação não se sustenta, lógica e juridicamente, na medida em que esvazia o conteúdo dos direitos adquiridos e supõe no texto constitucional uma divisão entre os direitos e garantias, na realidade inexistente (...)
> 12. A se admitir a consistência da interpretação proposta pela AGU, ter-se-ia caracterizada situação paradoxal, segundo a qual determinado sujeito não poderia perder a garantia constitucional de preservação do direito adquirido, mas cada um de seus direitos adquiridos poderia ser suprimido individualmente conforme o desejo do legislador constituído. É que, sem a proteção dos direitos adquiridos singularmente considerados, o preceito constitucional restaria inócuo e sem aplicação.

---

[200] DUARTE, Antônio Pereira. "Da intangibilidade do direito adquirido: diferenças ontológicas entre expectativa, aquisição e exercício de direito" *in Revista Forense*, Vol. 337, Jan. a Mar./1997, p. 13/17; DANTAS, Ivo. "Do direito adquirido: breves notas", p. 113/142 *in* CRUZ, Rômulo Lago (Org.). *A realização do espaço constitucional*: homenagem ao professor José Maria Ramos. São Luís : Instituto UniSão Luís de Cultura e Cidadania, 2004, p. 128/131.

[201] ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A lei de introdução ao código civil brasileiro.* Atualizador: Silva Pacheco. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1995, p. 278.

A parte final do texto acima traz uma questão que é central para este trabalho. Argüi-se o seguinte: "Afinal, de que adiantaria garantir a proteção abstrata e genérica dos direitos adquiridos se o conteúdo de cada direito adquirido individualmente considerado pudesse ser concretamente atingido por emendas ao texto constitucional?". A resposta, porém, há de ser uma única: restaria o direito adquirido reduzido a pó caso desprestigiado na esfera individual de cada um de seus titulares.

A ideia disseminada que o direito adquirido é proteção genérica e não subjetiva termina conduzindo a discussão para um caminho perigoso, qual seja, somente haver respeito ao direito adquirido *em tese*, aquele que está exposto no artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal e se conforme como um modelo de atuação, pouco importando se este instituto apresentará ou não densidade nos casos concretos onde deve ser efetivado. O que fica claro até aqui é a necessidade de distinguir a denominada *mera expectativa* – que é a *de fato* – da expectativa concreta ou *de direito*, sendo que esta merece proteção, inclusive pelo direito adquirido.

O debate sobre o tema da proteção das expectativas justas se torna mais aceso quando se tenta distinguir o que é uma *mera expectativa* de um direito adquirido.

Para Teori Albino Zavascki, ao explicitar o conteúdo da norma do art. 6º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[202] no conceito de direitos adquiridos, o nodal é que o critério distintivo deve repousar na separação entre existir o direito e ter seu exercício postergado ou condicionado e não existir nem mesmo o direito, campo onde está situada a expectativa de direito.[203]

Oscar Tenório, comentando a Lei de Introdução em 1955, já afirmava que do princípio da irretroatividade estão excluídas as expectativas de direito, independente do adjetivo que se lhe

---

[202] Denominação mais do que bem acertada, em substituição a Lei de Introdução ao Código Civil, advinda da Lei nº 12.376/2010. O referido artigo 6º e seu parágrafo segundo comanda o seguinte: "Art. 6º - A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, direito adquirido e a coisa julgada. (...) § 2º - Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.".

[203] "Duas são as situações previstas no dispositivo. A primeira, que considera direito adquirido aquele que pode ser exercido, estabelece nítida distinção entre aquisição e exercício do direito: considera-se adquirido o direito quando apto a ser exercido, ainda que não tenha havido, efetivamente, o seu exercício. E a segunda, que trata dos direitos cujo exercício está condicionado. Não se confundem tais direitos com as chamadas expectativas de direito. Os direitos condicionados, ou expectativos, são direitos existentes, estando condicionado, ou expectante, apenas o seu exercício. Diferentemente é o que ocorre com as chamadas expectativas de direito, situações em que não há direito algum, já que ainda pendentes ("em expectativa") de configuração os próprios requisitos básicos para sua existência." – ZAVASCKI, Teori Albino. "Cláusulas pétreas, direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada" *in* MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (Coord.). *Constituição federal*: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 266

atribuam. Mesmo ciente que sobre elas existem graus, indo da mais vaga esperança até a expectativa fundada, o autor afirma que "A lei nova desvanece as expectativas que se baseiam na lei revogada. Se o fato a que se liga a expectativa ou a esperança não se realiza, não há direito adquirido".[204]

Seu lugar no Estado democrático de direito termina sendo fruto de atividade constante e meticulosa da jurisprudência dos tribunais superiores, em especial do Supremo Tribunal. Deixar de oferecer tutela a situações em consolidação iminente, equiparando-as a possíveis e etéreas ocorrências, é providência que mereceu críticas veementes e substanciosas de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, defendendo o *direito expectado*.[205] O Supremo Tribunal Federal, porém, e infelizmente, ainda pensa diferente:

> (...) DIREITO ADQUIRIDO E CICLO DE FORMAÇÃO: EXPECTATIVA DE DIREITO NÃO SE CONFUNDE COM DIREITO ADQUIRIDO. - A questão pertinente ao reconhecimento, ou não, da consolidação de situações jurídicas definitivas há de ser examinada em face dos ciclos de formação a que esteja eventualmente sujeito o processo de aquisição de determinado direito. Isso significa que a superveniência de ato legislativo, em tempo oportuno - vale dizer, enquanto ainda não concluído o ciclo de formação e constituição do direito vindicado - constitui fator capaz de impedir que se complete, legitimamente, o próprio processo de aquisição do direito, inviabilizando, desse modo, ante a existência de mera "spes juris", a possibilidade de útil invocação da cláusula pertinente ao direito adquirido. Precedentes.[206]

Evidencia-se que *o essencial do conceito de direito adquirido envolve a inserção do que se pretende ver resguardado no patrimônio do titular, mas não necessariamente de forma definitiva e ultimada*.

---

[204] TENÓRIO, Oscar. *Lei de introdução ao código civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, p. 203.

[205] "Incrustado o direito expectado em uma orla complexa de relações jurídicas, sobretudo de natureza continuativa, como pressupõe o regime estatutário, não será dado ao intérprete esgotar sua linha de apropriação jurídica sem atentar para a força reflexa que, partindo do estatuto como um todo, repete-se, sobre ele opera. A preservação da inconsutilidade do estatuto, como um bloco harmônico e sistemático de direitos e deveres pontuados na pessoa daquele que ingressou em seu regime jurídico, resulta em um direito autônomo, que comunica, a seu titular, poderes de defesa à consecução de direitos parcelários em vias de formação. (...) Depreende-se, pois, que o grave erro da doutrina tem consistido em encarar o direito adquirido como um conceito estático, rígido e não como uma posição jurídica dinâmica, cambiante na intensidade de asseguramento e consecução de um bem, que a ordem jurídica, menos ou mais, localiza em determinada titularidade. (...) A conceituação do direito adquirido, no campo do regime estatutário, há de entender-se compreensiva de todos os desdobramentos da projeção jurídica que a norma visou alcançar. E esta faz comprometer, nos círculos dos direitos, os chamados direitos expectados, cuja segurança de perfeição a lei situa no próprio arbítrio do interessado e a subordina apenas ao decurso do tempo e a permanência naquele regime." - VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito e processo do trabalho*: estudos. Belo Horizonte : Del Rey, 1994, p. 41/47.

[206] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 186.557/DF*, DJU de 28/02/2003, p. 11.

É precisamente esta dificuldade conceitual que faz com que se sustente que não é equivocado afirmar a existência de direito adquirido a regime jurídico, que proteja expectativas de direito.[207] A importância deste estudo é precisamente o esclarecimento quanto a um mudar de postura em face da dinâmica das relações jurídicas ocorridas em concreto, independente da análise econômica ou político-partidária prévia das mesmas.

Não se pretende uma leitura purista dos problemas enfrentados, mas apenas uma atitude de efetividade máxima das garantias constitucionais fundamentais aliada a uma postura realmente protetiva da confiança dos cidadãos diante do Poder Público. A mudança começa a se operar por conduto da mudança de mentalidade, a qual se realiza por meio de uma alteração da forma de interpretar essa expressão e sua relevância.

Manoel Jorge e Silva Neto explica que a "constituição, como resultado de um dialético processo de criação do Estado, traz consigo peculiaridades a determinarem a utilização de alguns princípios hermenêuticos distintos daqueles utilizados para a interpretação da lei ordinária".[208] Do plexo de princípios que se ocupa a doutrina para fins de delimitar a interpretação tipicamente constitucional, ressalta-se aqui e agora o princípio da máxima efetividade.

Também denominado de *princípio da eficiência*, ele afirma que o intérprete deve conferir ao texto constitucional a intelecção que configura ao mesmo a maior eficiência possível, tendo particular aplicação e relevância em relação aos direitos fundamentais, os quais "devem ser realizados da maneira mais ampla dentre as materialmente palpáveis", segundo Luiz Alberto David Araújo.[209]

A proteção que merece ser dada a tal dispositivo é a máxima possível, buscando sempre compreender que, diante das modernas disposições da hermenêutica constitucional, toda situação concreta onde haja dúvida ou disputa sobre a *garantia da segurança jurídica* de um lado e o *respeito às liturgias legislativas e executivas do Estado* de outro prisma, há de se conferir prevalência à primeira opção.

---

[207] Dentre eles, BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*, 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 183/184.
[208] SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 88.
[209] ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 87.

Em outros termos, deve ser criada uma compreensão que, na dúvida[210], sempre haja o pendor pela proteção em nível mais amplo possível das relações jurídicas ou mesmo das posições jurídicas dos cidadãos (entendendo a primeira como interferência plúrima de interesses, normalmente em sede de negócios jurídicos e a segunda como a defesa de direitos subjetivos sem, de início, irradiação em face de terceiros).

Pensamos que uma das mais destacadas consequências da inserção do direito adquirido como direito fundamental na quase totalidade das constituições brasileiras foi a alteração do seu sentido exclusivamente privatístico, orientando o instituto tanto na sua análise quanto na sua aplicação pelos princípios do Direito Público.

Seja como decorrência do princípio da força normativa da Constituição, ou do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, ou ainda do princípio da confiança legítima no Estado ou mesmo do princípio da segurança jurídica, o fato é que todas as bases gerais de avaliação do fenômeno a luz do direito público apontam que o direito adquirido constitucionalizado não deve apenas tutelar o direito já consumado (já incorporado ao patrimônio do titular).

Ao concluir estudo específico sobre o princípio da máxima efetividade constitucional, Manoel Jorge e Silva Neto explicita as seguintes considerações:

> 3. A respeito da eficácia constitucional, há um constante espaço de tensão entre a norma e a realidade, surgindo, nesse momento, o princípio da máxima efetividade como o postulado hermenêutico mais relevante para a interpretação da constituição, especialmente se se quiser atingir um grau máximo de realizabilidade do preceito inserido na norma-vértice; (...) 6. O valor *concretização* foi introduzido no sistema constitucional que, entretanto, apenas se efetiva na interpretação constitucional quando o aplicador lança mão do postulado da máxima efetividade. 7. Se a interpretação constitucional tiver por objeto direito e garantia fundamental, não é apenas

[210] "Se houver espaço para medrarem *dúvidas consistentes* quanto a isto [a intangibilidade de um dado estado ou situação], é recurso exegético recomendável indagar-se se a aplicação imediata do regramento superveniente causará conturbação de monta, abalo traumático das relações já constituídas. Em sendo afirmativa a conclusão, tratar-se-á de saber se na ordenação anterior existem elementos *plausíveis* indiciários do propósito de mantê-los, ainda que parcialmente, a bom recato, portanto defendidos, mais ou menos amplamente, contra superveniências normativas. Justifica-se esta zelosa perquirição de um possível direito adquirido nos casos duvidosos, porquanto esta garantia, como dito, inspira-se precisamente no intento de evitar trânsito demasiado oneroso para a segurança jurídica e tranqüilidade dos que, fiados no regramento precedente, constituíram vínculos de direito que se perlongariam no tempo. A cautela é sobremodo recomendável perante relações que se encartam no desdobrar de um longo lapso temporal. Com efeito, a comoção delas frustraria expectativas que, se nutridas por dilatado prazo ao abrigo das leis vigentes, tornariam particularmente traumáticos os agravamentos acaso trazidos por regras novas." - MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "O direito adquirido e o direito administrativo". In: *Interesse Público*, n. 38, 2006, p. 14.

> recomendável ou salutar a utilização do princípio da máxima efetividade, mas absolutamente impositiva, ante o comando que se extrai do § 1º do art. 5º;[211]

A aplicação do modo de interpretar acima referido é extremamente importante para a mudança de visão das meras expectativas para as justas expectativas.

A proteção derivada do ato jurídico perfeito tutela as situações que, formal e materialmente, já se consolidaram em proveito de um titular. A proteção que deriva do direito adquirido envolve, em especial, a tutela das situações que materialmente já se mostram passíveis de proteção para proveito de um titular, posto que já ocorrido o fato gerador da aquisição do direito (passagem do tempo, uso de uma norma que não pode ser desfeita, v.g.), ainda que pendente formalização específica - como se admite no direito privado.

Eis, ao nosso sentir, a influência do direito público na forma de analisar o direito adquirido enquanto garantia constitucional: *também as situações que se mostrem aptas a ensejar uma fundada esperança do agente que o sistema jurídico lhe permitirá alcançar uma vantagem que este mesmo sistema atualmente o faculta experimentar* configuram hipóteses aptas a merecer a proteção pelo direito adquirido. Estas, pois, as justas expectativas.[212]

A justa expectativa é precisamente aquela que Menezes Cordeiro afirma ser a expectativa em si mesma, que tem natureza jurídica de "verdadeiro direito subjectivo, ainda que intercalar". A ideia exposta pelo autor português bem exprime o que se quer sustentar aqui.

A noção de justa expectativa nada mais é do que a tentativa de superar a distinção realizada entre o direito subjetivo e a expectativa de direito[213], normalmente tida como mera expectativa. Se no direito privado esta diferenciação podia ser tomada como um quase dogma, a evolução do direito constitucional fez com que se possa usar considerar que *por justa expectativa*

---

[211] SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo : LTr, 1999, p. 95/96.

[212] Pois "expectativas legítimas, portanto, são o nome que se atribui a uma relação jurídica específica, nascida de atos e fatos que não se enquadram dentro da tradicional classificação das fontes das obrigações, mas que, em razão da necessidade, de proteção da confiança, produzem uma eficácia específica." - BRANCO, Gerson Luiz Carlos. "A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos". In: *Revista de direito privado*, São Paulo, nº 12, out./dez. 2002, p. 179/180.

[213] Negando essa possibilidade, Carlos Young Tolomei afirma que as diversas situações jurídicas subjetivas não são capazes de gerar direitos adquiridos: "De todas essas noções específicas, a que particularmente nos interessa é a noção de direito subjetivo. Isto porque, como vimos, só se pode conceber direitos adquiridos diante de situações jurídicas subjetivas desta particular espécie. Todas as demais categorias estão fora da noção de direito adquirido." – TOLOMEI, Carlos Young. *A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional*: uma perspectiva sistemático-axiológica. Rio de Janeiro : Renovar, 2005, p. 160.

se possa admitir na contemporaneidade a definição de ser ela um direito subjetivo condicional em processo de confirmação.

4.2.2 Consequência imediata segunda: direito adquirido a regime jurídico enquanto direito imperfeito, merecendo inegável respeito e proteção

Na justa expectativa, envolvido o titular da pretensão em uma relação jurídica continuativa caracterizada pela subordinação ao Estado, o *objeto* que o mesmo vem a perseguir há de ser uma vantagem (cargo público, melhoramento remuneratório, evolução na carreira, redução de prejuízos dentre outros) que o titular *deseja*, mas que apenas poderá lhe ser conferida se *colocada a disposição do público pelo poder estatal*.

Deste modo, o Estado tem papel indispensável, pois, sem abrir as vagas de um concurso, não passa de esperança subjetiva a intenção de um estudante recém formado em Direito poder galgar o cargo de Procurador Federal, por exemplo.

Contudo, totalmente diversa é a situação daquele bacharel que, após tomar conhecimento da abertura do certame, submete-se com sucesso a todas as determinações oriundas do Estado mediante as regras do edital do concurso, vem a lograr aprovação. Este não tem apenas uma esperança íntima de uma aleatória providência, mas já passa a ter uma justa expectativa – a nosso entender protegida pelo direito adquirido na sua visão constitucional.

A consolidação do preenchimento da(s) vaga(s) aberta(s) com o concurso realizado – objeto do certame ter sido realizado, em atendimento ao objetivo de suprir a necessidade de pessoal vivenciada pelo ente em apreço – depende, pois, do sujeito que vai a ela se vincular licitamente.

O sujeito apenas terá condições jurídicas de se constituir em titular do cargo a que concorreu caso seja confirmado como legítimo selecionado no concurso público que foi promovido. Aquele que perdeu uma das fases do certame e não se qualificou para a continuidade da disputa deixa de ter esperança, seja mera expectativa de fato, seja expectativa jurídica. Há um fato impeditivo insuperável para a pretensão do mesmo de continuidade.

A condição para que o titular aproveite das vantagens que, de forma justa, tem expectativa de usufruir licitamente é passar por todas as etapas da relação jurídica continuativa com sucesso, convolando a justa expectativa em inegável direito subjetivo.

O resultado mais claro e mais importante desta forma de pensar é que *os efeitos da confirmação do direito subjetivo condicional devem retroagir até o início da relação jurídica continuativa*, como que cristalizando a justa expectativa que já se revelava então. Reynaldo Porchat afiança o entendimento:

> Cumpre notar que o direito adquirido pode ser condicionado. E é preciso maior attenção, neste caso, para não o confundir com a espectativa. Para isso, deve-se observar que o direito adquirido condicionado tem todos os elementos de um direito adquirido, e já se concretisou em utilidade para o individuo, dependendo apenas da realisação de uma condição ou de um termo para que possa ser exigido. Por isso, no direito condicionado o adimplemento da condição, mesmo que se verifique sob o dominio de uma lei nova, tem effeito retroactivo, de modo que o direito se considera como real e effectivo desde o momento em que nasceu sob condição.[214]

Como o titular apenas poderá ver confirmada sua pretensão quando da superação de todos os momentos da relação de trato sucessivo, inibir que o mesmo busque avançar e ter sua pretensão consolidada ofende a justa expectativa e, por conseguinte, o direito adquirido do indivíduo em questão.

A afirmativa sobre ser impossível falar em direito subjetivo sob condição não é verídica.

Goffredo Telles Júnior, por exemplo, referindo o art. 125 do Código Civil de 2002[215], sustenta que "O Direito Condicionado é o Direito Subjetivo cuja produção e resolução dependem de evento futuro e incerto, de acordo com a vontade de quem lhe deu origem. É direito sujeito à condição fixada por quem o produziu"[216], esclarecendo que "O *Direito Subjetivo subordinado à condição suspensiva* é direito de adquirir outro Direito, desde que se verifique o evento futuro e incerto, de acordo com o estipulado pela vontade das partes".[217]

Sobre a relação do direito subjetivo com as expectativas de direito, o mesmo afirma que "É evidente que o titular de um Direito Subjetivo subordinado a condição suspensiva é, por força, o titular concomitante do respectivo Direito Eventual. Pelo que se vem expondo, logo se vê que os direitos subordinados a condições suspensivas sempre são autênticas Expectativas de Direito".[218]

---

[214] PORCHAT, Reynaldo. *Da retroactividade das leis civis*. São Paulo : Duprat, 1909, p. 31/32.
[215] "Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito a que ele visa."
[216] TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito.* 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 334.
[217] *Idem*, p. 335/336, com grifos do original.
[218] *Idem*, p. 336. "Maria Helena Diniz, nos seus comentários ao art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil (atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), em síntese que faz da doutrina nacional e estrangeira analisada e

A preservação e o respeito às situações em curso de formação, como sustentado por Cláudia Toledo, é mesmo uma condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito, merecendo, por isso mesmo, em essência, a mais ampla proteção cabível. Afirma ela que "O direito adquirido figura como uma manifestação específica do passado, específico porque não se refere a um passado concluído no tempo, mas a um passado que ainda se faz vivo, na forma de direitos não exercitados, no presente" e finaliza sustentando:

> Finalmente, o princípio do *direito adquirido* vem complementar esse processo de garantia da ordem social e jurídica, disciplinando uma circunstância específica e delicada, referente aos direitos subjetivos que ainda não foram exercidos, o que ocorre especialmente nas situações jurídicas em curso de efeito.
> Se os direitos adquiridos são *direitos subjetivos* de que o sujeito já é *titular*, deve ser, como tais, também resguardados pela certeza de imutabilidade, ainda que a situação jurídica em que se insiram trate-se de situação jurídica em curso. Se a garantia da certeza jurídica visa a proteger direitos subjetivos de que já goza o sujeito de direito e se o direito adquirido é um tipo de direito subjetivo, independentemente de ser a situação jurídica em que ele se insere uma situação em curso, se ele existe, ele também é intocável.
> Isto é, se se garante a imutabilidade das situações jurídicas passadas segundo o princípio da certeza jurídica, por terem sido os direitos subjetivos nelas inseridos atribuídos ao titular em conformidade à lei em vigor à época, também são os direitos adquiridos imutáveis, porque foram da mesma maneira atribuídos ao sujeito de direito, pertencendo a um passado que deve ser respeitado.[219]

Falando em termos de categoria jurídica, talvez seja oportuno recorrer ao conceito de *direito imperfeito*, a que aludem autores mais clássicos sobre o direito público, temperando sua aplicação com o atual momento do constitucionalismo brasileiro, para buscar uma solução para o tensionamento existente. Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, direito imperfeito é aquele de índole e nascimento precários:

> E se tornam direitos, mas imperfeitos, quando visam, ao mesmo tempo, ao interesse imediato de determinados indivíduos porém seu respeito, com referência ao Estado-poder, subordina-se ao interesse da coletividade. Assim, diante de qualquer cidadão o

---

da jurisprudência sobre o tema, consagra o entendimento que "O direito subordinado a uma condição não alterável a arbítrio de terceiro terá o mesmo respeito que o já efetivado". - DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada.* 13. ed. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 210. No mesmo sentido Clóvis Beviláqua já expunha desde 1923 que, mesmo que seja certo que enquanto pendente de condição não se possa exigir o direito, "(...) o bem jurídico já está no patrimônio do titular: com o seu caráter eventual é certo; porém, esse caráter não o priva, inteiramente, de valer. O destino do condicional é tornar-se real, e, enquanto não se resolve esse destino, a utilidade, o valor econômico do bem esperado merece a proteção do direito." - BEVILÁQUA, Clóvis. *Soluções práticas de direito*: pareceres, Vol. I, Rio de Janeiro : Editores Corrêa Bastos, 1923, p. 23.

[219] TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*. São Paulo : Landy, 2003, p. 261/263, com grifos do original.

> direito é incondicionado, mas com referência ao Estado-poder existe a título precário, ante a possibilidade do seu desconhecimento por ele, sem qualquer composição de danos, salvo expressa disposição legal em contrário.[220]

Já para Santi Romano, a condição de direito imperfeito designa uma forma de classificar os direitos públicos quanto a sua consistência, designando-lhes como aqueles que "não só excepcionalmente, mas normalmente, se o interesse público o reclama, podem ser sacrificados sem nenhuma compensação". Objeta, porém: "todavia, eles são verdadeiros direitos (não apenas 'interesses legítimos'), já que, quando o interesse público não está em jogo, o seu titular pode reclamar-lhes a plena observância.[221]

A categoria dos direitos imperfeitos pode bem representar o que se pretende afirmar aqui: primeiro que não se tratam de meros interesses legítimos, e sim de direitos efetivos; segundo que o normal dos casos é a respeitabilidade e a oponibilidade perante terceiros, cidadãos e entidades; terceiro que razões concretas, fundadas, fundamentadas, insuperáveis e inadiáveis viabilizam a supressão do direito adquirido a regime jurídico[222]; quarto (e aqui vai o temperamento com a parte inicial do pensamento de Santi Romano), passível de compensação pecuniária sim, até porque também esta é um imperativo constitucional, contido no art. 5º, V e X da Constituição de 1988.

Na relação jurídica continuativa que envolve o Estado e o cidadão interessado, este portador da justa expectativa, pode-se verificar duas ocorrências: ou o Estado permite a continuidade da relação (e, com isso, viabilizará a preservação do direito adquirido ao regime jurídico) ou ele nega a continuidade da relação (extinguindo o concurso, revogando a vantagem).

E em ambas as situações a condição não é alterável por terceiro, mas sim por um dos integrantes da relação jurídica, no caso, a Administração Pública.

---

[220] MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Vol. I, 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 245.

[221] ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977, p. 151.

[222] "O simples argumento de que direito adquirido (incorporando o ato jurídico perfeito e a coisa julgada) é o obstáculo para reformas que importem direta (por desfazimento constitucional) ou indiretamente (por retrocesso legislativo) restrição ou anulação de situações constituídas é insuficiente para dar conta dos problemas do direito constitucional intertemporal, porque o preço da esperança (da expectativa) ficaria sempre de fora de qualquer consideração de prejuízo; e ainda porque haveria sempre espaço para serem os direitos adquiridos superados em um contexto de significativa mudança em que houvesse uma necessidade inadiável e um ganho real e sistêmico com as mudanças, tanto objetivamente considerado, quanto subjetivamente percebido (consciência da necessidade e do ganho." – SAMPAIO, José Adércio Leite. "Expectativa de direito e direito adquirido como franquias e bloqueios da transformação social". In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica*: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2009, p. 341.

4.2.3 Consequência imediata terceira: propondo e conformando o *respeito à iminência*, enquanto subprincípio da tutela da confiança

A pergunta que precisa ser respondida agora é: como reconhecer uma situação de justa expectativa?

De fato, é necessário fixar balizas as mais objetivas possíveis para que a justa expectativa não se transforme em um argumento retórico estéril ou meramente cerebrino.

O direito já totalmente realizado em seus elementos constitutivos tem proteção do ato jurídico perfeito; aquele que, no aspecto material, já teve esses mesmos elementos configurados, está protegido de igual modo, mas pelo direito adquirido, dependendo da vontade do titular apenas para seu exercício concreto. A justa expectativa ingressa na zona cinzenta dos limites para a configuração do direito adquirido.

Um exemplo trazido por José Adércio Leite Sampaio é elucidativo. Versando sobre a aposentadoria do servidor público, o mesmo expõe o caso e após se posiciona:

> Tem-se entendido que até o instante em que o trabalhador não reunir todos os requisitos exigidos para a aposentação, ele goza apenas de mera "expectativa de direito". Que falte um mês para completar seu tempo de serviço ou de contribuição, viverá de esperança, não de proventos. Há incidência imediata de nova disciplina previdenciária, sem capacidade de retroagir no tempo, mas capaz de impedir uma aposentadoria que, antes, seria em breve. Agora, um talvez indefinido. O rigor dessa tese realça como uma fórmula dogmática de direito intertemporal pode trazer injustiça concreta. Princípios funcionais como o da eficiência não sustentam a derrogação, na hipótese, do princípio da confiança. Há em jogo uma fidúcia ínsita à validade de um contrato muito mais importante do que a quase totalidade dos contratos, porque é uma espécie de acordo entre gerações. Que consideração a atual geração teve com a passada para garantir que no futuro se possa contar com a mesma ou pior consideração? Quem pode acreditar no futuro e numa velhice digna, princípio igualmente constitucional, se as regras do jogo mudam com o jogo e constantemente? (...) O que está em jogo é muito mais do que vínculos previdenciários; é o próprio sentimento ou patrimônio constitucional, base de toda a arquitetura social e política, base de todo o futuro de parceria comunitária.[223]

O problema das justas expectativas envolve dois aspectos complementares: o *anímico* de parte do interessado e o *postural negativo* de parte da Administração.

O anímico se vincula com a sensação fiel do interessado na proteção da confiança depositada no Estado que ele terá condições concretas de absorver em definitivo uma vantagem

---

[223] SAMPAIO, José Adércio Leite. "Expectativa de direito e direito adquirido como franquias e bloqueios da transformação social". In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica*: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2009, p. 314.

ou benefício que lhe vem sendo concedida por fato idôneo. É necessário que haja uma segura sensação de perenidade do relacionamento, derivado normalmente da passagem do tempo e da manutenção dos comandos vigentes (sejam legais, administrativos ou judiciais[224]).

Logo, não se enquadram nesse aspecto as vontades dissociadas de elementos concretos mínimos de realizabilidade; as situações decorrentes de favores fiscais; as relações originariamente concebidas como temporárias ou de fruição condicionada a vontade de outrem, no caso, o Estado, como as contratações precárias para atender necessidade inadiável, bem como a assunção a cargos em comissão e exercício de funções de confiança, quanto a perpetuação do vínculo.

O aspecto postural negativo decorre do comportamento da própria Administração, voltado para omissões de inserção de cláusulas mitigadoras dos prejuízos gerados com a modificação abrupta da normatividade. A falta de regras de transição é um exemplo marcante: sem elas, as situações-tangenciais (aquelas onde o direito adquirido está mais em proximidade de consolidação por conta da passagem do tempo necessário para a estabilização dos atos, qual seja, cinco anos no Brasil) restariam totalmente prejudicadas.

Desse modo, percebe-se que a dinâmica dos extremos (que significa ou tutelar amplamente ou negar de forma total qualquer proteção sob o argumento de uma alteração geral ter sido realizada e, com isso, suplantar os problemas subjetivos por conta da mudança ter se dado de forma objetiva e impessoal), não pode mais ser aplicada de maneira genérica quanto ao tema. Necessário se recorrer aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima como fundamentos para projetar outro, deles decorrente: *o subprincípio do respeito à iminência*.

No dicionário, iminência significa a qualidade do que está iminente; e iminente quer dizer o que ameaça acontecer breve, que está sobranceiro, que está em via de efetivação imediata, impendente.[225] Logo, o sentido que se quer proteger do ponto de vista da utilidade jurídica é o de servir a tutela do que ameaça acontecer breve ou está em via de efetivação imediata.

Pode-se conceituar o princípio do respeito à iminência como o enunciado operativo que viabiliza preservar a firme crença pessoal no amparo das situações-tangenciais, antes da consolidação objetiva de um instituto ou relação jurídica continuativa, impedindo que a alteração

---

[224] André Ramos Tavares, em parecer sobre o tema da segurança jurídica aplicada, bem sinalizou a necessidade de proteção dos valores constitucionais diante de atos abusivos do TCU. TAVARES, André Ramos. *Parecer solicitado pelo Fórum de Professores das Instituições Federais de Ensino Superior – PROIFES*, Mai/2010. Disponível na Internet: http://www.adufscar.org.br/arquivo/parecer_tcu_coisa_julgada_art_ref1449.pdf. Acesso em 19/01/2012.
[225] BRASIL. *Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI*, Versão 3.0, Nov./1999, verbete: Iminência.

normativa impessoal produza efeitos deletérios para a esfera individual dos que dele puderem se aproveitar.

O subprincípio do respeito à iminência é uma noção que traz consigo (i) um juízo de conformação (ii) caso a caso (iii) objetivando assegurar a justa expectativa calcada na justiça mediante a razoabilidade.

O juízo de conformação significa que o subprincípio busca acomodar situações de evidente tensão frente a dois valores dissonantes, quais sejam, de um lado a genérica autorização estatal para escolher o momento da inovação legislativa e do outro lado o patrimônio pessoal do cidadão que, diante da mudança operada, pode ser prejudicado de forma indelével ainda que a mudança se opere de forma impessoal.

Existente essa tensão, a mesma se mostra ainda mais complexa porque, em regra geral, os efeitos da incidência da lei nova aproveitam ao Estado para reorganização estrutural ou acerto de rumos na máquina estatal, enquanto que para o cidadão a modificação tem o condão de encerrar expectativas fundadas e produz efeitos danosos, por vezes, até o final da vida dos mesmos, afetando a subsistência e a dignidade da pessoa humana inclusive.

A conformação se que pretende como consequência da aplicação do subprincípio deriva da projeção do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima a cada situação particularizada.

A incidência casuística do subprincípio é consequência da falta de condições técnicas de se imaginar uma forma estanque de resolução do problema, posto atrair o problema, insolúvel ao nosso entender, da ausência de segurança mínima quanto ao cumprimento de prazos e respeito a balizas concretas de mensuração de atos e negócios jurídicos.

Por ter natureza de subprincípio, pode mesmo ser submetido a acertamentos em cada situação concreta, levando em conta sempre suas nuances e peculiaridades; pode também ser afastada, caso as razões concretas demonstrem uma incerteza quanto a base de sua aplicação ou mesmo porque uma razão maior, de proteção coletiva inequívoca, assim o exigir.

Para que se tenha a maior serenidade possível na aplicação do subprincípio, indispensável que a sua incidência ou inincidência seja pautada em fundamentação o mais alentada possível por parte da autoridade que com o caso concreto trate no exercício de suas funções.

A busca da justiça mediante a razoabilidade se evidencia por meio da compreensão, enquanto premissa, que a impessoalidade das alterações produz efeitos pessoais dos mais graves

caso a interpretação seja feita apenas com base na consolidação do direito adquirido. O recurso aos juízos casuísticos de razoabilidade permite que, diante do caso concreto e suas peculiaridades, o julgador ou mesmo o administrador possa emprestar eficácia protetiva aos dados que a situação concreta apresente.

Somente o caso, a fundamentação mais completa possível e o juízo casuísta de razoabilidade orientado para a promoção da justiça no caso concreto (compatível com a justiça sistêmica sem dúvidas), permitirá com serenidade aferir o quanto era ou é cabível relativizar termos finais ou iniciais de prazos ou de vigência de normas mais gravosas.

Importa registrar que a aplicação do subprincípio do respeito à iminência é, por natureza, *excepcional*, devendo ser aplicado com parcimônia, eis que a sua malversação importará em uma autêntica fonte de insegurança qualificada, convertendo seu espectro protetor em meio de obtenção de interesses escusos. E, por óbvio, sua má aplicação ou infundada incidência será passível dos regulares e competentes controles em sede administrativa e jurisdicional.

A fim de contribuir com uma maior objetividade na aplicação do subprincípio que se sustentou acima, convém indicar uma proposta de incidência concreta delimitada por questão objetiva na seara jurídica. Logo, como regra geral para a incidência do subprincípio, deve-se tomar como ponto de partida que *as situações cujo prazo de conclusão já esteja ultrapassado em três quartos propiciam a sua aplicação, no geral dos casos.*

A proposição de três quartos[226], evidentemente, deve ser interpretada da forma mais benéfica para o interessado, aproximando-se para maior quando o cálculo implicar em número não inteiro – com o que restará ainda mais protegida a esfera individual.

A indicação de já ter sido ultrapassada a terça quarta parte do prazo se justifica porque carrega consigo uma junção da razoabilidade (na perspectiva de ampliar a proteção ao interessado sem prejudicar o sistema como um todo, até porque já ultrapassada a maior porção do prazo completo que seria respeitado caso a inovação legislativa não fosse realizada em seu desfavor) com a justiça (evitando as hipóteses de impedimento da consolidação de direitos por conta de poucos dias, as vezes semanas ou mês, por exemplo).

Evidentemente que o subprincípio ganha em envergadura na exata medida em que se esteja mais próximo do advento do termo para a plena aquisição do direito. Ou seja: o proposto é

---

[226] Releva lembrar que a ultrapassagem de três quartos é meramente indicativa, podendo ser até mesmo aumentada por conta da avaliação administrativa ou judicial diante das peculiaridades do caso concreto.

tanto mais forte e operoso quanto mais próximo se estiver de consolidar a justa expectativa nutrida pelo interessado (análise da força de forma decrescente).

4.3 CONCEITO PROPOSTO DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO

A noção de garantir a manutenção de institutos jurídicos após a revogação dos mesmos por conduto de novas normas no Brasil é vista com maus olhos pela comunidade predominante no seio dos tribunais e por parcela de autores relevantes (os quais, por vezes, terminam por apenas reproduzir, sem críticas, a orientação do Supremo Tribunal Federal pela apriorística ausência de direito adquirido a regime jurídico).

A já evidenciada quantidade caudalosa de julgados do Supremo Tribunal Federal, de ontem e de hoje, negando a sua existência se ladeia com respeitáveis opiniões doutrinárias refutando a ocorrência do fenômeno. Paulo Modesto afirma sobre o tema o seguinte:

> É pacífica a jurisprudência dos tribunais superiores quanto à inexistência de direito adquirido a regime jurídico por parte dos servidores públicos ocupantes de cargo público. Diz-se, nestes casos, que a relação jurídica que o servidor mantém com o Estado é legal ou estatutária, ou seja, objetiva, impessoal e unilateralmente alterável pelo Poder Público. A disciplina geral da função pública é considerada inapropriável pelo servidor público e, portanto, tida como sujeita a modificação com eficácia imediata tanto no plano constitucional quanto infraconstitucional. (...) Atualmente, os cargos adotam o regime legal da função pública, estando à disposição do legislador, nos limites da Constituição, repelindo-se a idéia de que o regime jurídico regulador do exercício da função, em si mesmo considerado, possa ser incorporado ao patrimônio jurídico dos servidores ou da Administração.[227]

Deve-se, porém, deixar claro que para o autor baiano a ostensiva orientação doutrinária e jurisprudencial, "específica quanto ao tema da revisão do regime jurídico do servidor público, não impede a consolidação de vantagens ou a formação de direitos adquiridos frente a inovação legislativa na relação do servidor com o Estado". O que ele nega, pois, é a continuidade vinculada a um indivíduo dos mecanismos legislativas superados.[228]

O grande receio do professor baiano é que sejam constituídos *feudos normativos* vinculados a cada agente, subvertendo a ordem natural das coisas que é, no seio de um regime

---

[227] *Idem*, p. 36.

[228] "Não se admite, porém, direito adquirido à mera sobrevivência no tempo do regime jurídico regulador da função pública, em benefício de indivíduos determinados, pois foi vencida no plano das idéias e na história a concepção patrimonial da função pública (quando os cargos públicos eram bens negociados, comprados ou doados, e integravam o patrimônio pessoal do seu titular)." - *Idem, Ibidem*.

estatutário de relacionamento, a possibilidade de modificações unilateralmente pelo Estado para fins de adequação com programas coletivos e novas necessidades que sejam supervenientes a normas e benefícios antes postos.[229]

Manoel Gonçalves Ferreira Filho também possui concepção limitadora da relevância constitucional dos direitos adquiridos e termina por negar a existência de direito adquirido a regime jurídico.[230] E Marcelo Figueiredo (apesar de reconhecer que a assertiva que "norma de ordem pública pode inovar as relações jurídicas sob o império da lei anterior, sem que, com isso, possa alegar-se ferimento ao direito adquirido", ser aplicada de forma generalizada é "preocupante"), resume o pensamento da doutrina sobre esse aspecto do problema:

> Desde logo é possível destacar, quanto à questão discutida, (normas de ordem pública), algumas conclusões, a saber: a) É prática corrente no Direito brasileiro e em outros sistemas jurídicos similares a adoção de normas de ordem pública em matérias fundamentais à estrutura, organização e finalidades do Estado, *v. g.* direito econômico, trabalhista, financeiro e outros; b) Tais normas, por vincularem propósitos estatais cogentes, devem ser aplicadas de imediato, inovando o conteúdo de que tratam, a fim de que os objetivos almejados sejam alcançados em benefício geral de seus destinatários; c) Parcela significativa da doutrina e o STF admitem que tais normas possam violar até o direito adquirido, por sua natureza e finalidade.[231]

A manutenção de situações específicas individualizadas, pensamos, não tende a perenidade, mas sim à progressiva extinção.[232] Logo, o problema em verdade parece ser mais de *foco* (no sentido que se confere primazia a um abstrato e apriorístico interesse público) do que de *substrato* (já que, como aqui se sustenta, a visão deve ser de considerar as idiossincrasias do caso

---

[229] Nota verbal.

[230] "Note-se, todavia, que o respeito aos direitos adquiridos não veda a sua restrição, nem mesmo sua eliminação por lei posterior à sua aquisição. Apenas significa que essa restrição ou supressão só tem efeitos para o futuro. Do contrário o legislador seria praticamente impotente, já que toda alteração de leis, ou edição de novas, atinge, do instante da publicação em diante, direitos adquiridos. Destarte, não há direito adquirido à permanência de um estatuto legal." - FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 34. ed. São Paulo : Saraiva, 2008, p. 306.

[231] FIGUEIREDO, Marcelo; BROLLO, Maria Alice Deucher. "Anotações a respeito dos planos econômicos – Alteração da política salarial – Reajuste de salários pela lei antiga – Direito adquirido, mera expectativa de direito e normas de ordem pública – resenha doutrinária e jurisprudencial". In: *Revista dos Tribunais*, Ano 83, Vol. 708, Out./ 1994, p. 42/54, em especial p. 49. Ressalte-se que a opinião não é niilista quanto a proteção dos direitos adquiridos, tanto que na conclusão do mesmo fez questão de registrar: "Constatou-se, ainda, que, sob o signo 'normas de ordem pública' geralmente sufoca-se o alegado direito adquirido. Sendo assim, deve-se, em cada caso, analisar a 'vida do direito' (do nascimento à extinção), a fim de verificar-se, de fato, algo foi retirado ou acrescido à pessoa. Na primeira hipótese há, via de regra, ofensa ao direito adquirido. Na segunda, não." (p. 54).

[232] Ainda que, no Brasil, como observado por Paulo Modesto, em nota verbal, as vantagens sejam quase eternas por conta da passagem para dependentes.

concreto como exceções e presumir a necessidade do respeito às justas expectativas, recorrendo à ponderação e a proporcionalidade para enfrentar as situações em zona cinzenta ou os *hard cases*).

Ousamos discordar, com o respeito merecido tanto a Corte Maior quanto aos doutos.

Considera-se que o conceito corrente de direito adquirido alçado ao nível constitucional envolve a concreção como elemento essencial e também a consideração que ele abarca "a possibilidade de se extraírem efeitos de um ato contrário aos previstos pela lei atualmente vigente", concretizando-se justo como "aquele que continuaria a gozar dos efeitos de uma norma pretérita mesmo depois de já ter sido ela revogada. Implica o direito subjetivo de fazer valer um direito, cujo conteúdo encontra-se revogado pela lei nova".[233]

Também se considere que por regime jurídico há de se reconhecer o conjunto de normas jurídicas que, cumulativamente, incidem sobre uma relação jurídica e que firma o estatuto de regência desta relação, produzindo seus efeitos independentemente da vontade de cada um dos envolvidos e das alterações futuras que se lhe operem.

Parcela reduzida de autores expressamente manifesta sua contrariedade com a orientação do Supremo Tribunal acerca da inexistência de direito adquirido a regime jurídico. São eles Uadi Lammêgo Bulos[234], Luís Roberto Barroso[235], Romeu Felipe Bacellar Filho[236] e Maria Coeli Simões Pires.[237]

---

[233] DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretado*. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 193/199.

[234] "O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que não há direito adquirido a regime jurídico de instituto de direito, concluindo que os direitos adquiridos podem ser alterados ao arbítrio do legislador. É sólida a jurisprudência do Supremo no sentido de que inexiste direito adquirido a regime jurídico instituído em lei. Merece destaque: STF, RE 563965/RN, Rel. Min. Carmen Lúcia, *DJE* de 19-2-2009. Esse entendimento, aplicado pela Corte Excelsa em tema de aposentadoria, FGTS, servidores públicos etc., fulmina, na realidade, a garantia constitucional do direito adquirido (art. 5º, XXXVI), insuprimível pela manifestação constituinte originária (art. 60, § 4º, IV). (...) Sem dúvida, *regimes de institutos jurídicos, tipologias de situações objetivas* (legais, gerais, regulamentares, institucionais ou *estatutárias*) ou subjetivas (particulares, contratuais ou individuais) *não afastam a incidência do preceito constitucional inscrito no art. 5º, XXXVI, da Carta de 1988*." - BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 523, com grifos de nossa parte.

[235] "Cumpre fazer uma nota final sobre o que se convencionou denominar de regime jurídico ou regime legal. O chamado regime jurídico designa um espaço no qual, segundo a doutrina e, em especial, a jurisprudência, não há direito adquirido. Alguns exemplos citados com frequência para exemplificar essa figura são as relações que existem entre o servidor e o ente público que o remunera (...). Daí a afirmação, sempre repetida, de que *e.g.*, não há direito adquirido do servidor ao regime jurídico existente quando de sua entrada no serviço público, estando a lei nova autorizada a modificar esse regime mesmo em relação àquelas pessoas que já eram, antes de sua entrada em vigor, servidores. *Isso não afasta, contudo, a possibilidade de aquisição de direitos, mesmo na constância de relações disciplinadas por um regime jurídico, bastando para tanto que os fatos aquisitivos legalmente previstos se realizem na sua integralidade. A prerrogativa de alterar unilateralmente as condições sob as quais se desenvolve o vínculo não poderia ter o condão de afastar a proteção constitucional conferida às situações já aperfeiçoadas segundo as exigências do direito então vigente*." - BARROSO, Luís Roberto. "Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil". In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança*

A mais expressiva defesa da erronia da orientação do Supremo Tribunal Federal sobre o tema advém, ao nosso sentir, de José Adércio Leite Sampaio.

Para o professor mineiro, "Não há de se falar de direito a uma determinada configuração legislativa de determinado instituto, a não ser em relação a situações realizadas sob ela, havendo por ela de continuar a ser regulada". Prossegue esclarecendo que "Se os elementos fáticos da previsão normativa irromperam ao tempo e modo, a disciplina de potência se converteu em uma dimensão subjetivada da ordem jurídica existente que não pode ser afetada".[238]

No específico do problema da ausência de proteção quando em voga relação estatutária, o autor demonstra que no geral a questão se reconduz a discussão de duas correntes, a dos contratualistas[239] e a dos unilateralistas ou estatutários[240]. Conclui então:

---

jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2009, p. 151/153, com grifos de nossa parte.

[236] "A disciplina constitucional administrativa, tal como estabelecida pela Lei Fundamental trouxe, por certo, novos arsenais jurídicos para alteração do quadro tradicional de um "direito administrativo autoritário", marcado pela pouca atenção dispensada aos direitos e garantias, integrantes do patrimônio do cidadão-administrado. Parecer ser inquestionável também que, afeiçoado à visão da legalidade a qualquer custo, com desconsideração a outros valores (como, por exemplo, o contido no princípio da confiança), o Administrador atuou, por muito tempo, coberto pelo manto da incontestabilidade do interesse público. (...) Inexistindo dúvida que a vinculação do servidor com o Poder Público não ostenta natureza contratual, ou seja, que não resulta de acordo de vontades, mas é imponível, de modo unilateral pelo Estado, sujeita-se aquele às alterações por este pretendidas, não só em relação às condições de prestação do serviço, lotação, rol de direitos e vantagens, de deveres e vedações, mas também ao sistema de retribuição estipendial. O Judiciário de há muito vem afirmando a inexistência de direito adquirido a regime jurídico. *Inobstante o quadro até aqui desenhado, não nos permitimos compactuar com a idéia de radicais alterações no regime jurídico do servidor público que, na mais das vezes, repassa a idéia da inconstância, quando menos do desrespeito ao princípio da segurança das relações jurídicas.*" - BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. "A segurança jurídica e as alterações no regime jurídico do servidor público". In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica*: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2009, p. 194 e 205/206, com grifos de nossa parte.

[237] "No que tange ao regime estatutário aplicável ao servidor devem-se afastar os dogmas segundo os quais a garantia do direito adquirido não faz intangível o regime jurídico dos servidores, mesmo porque é necessário passar em revista o próprio conceito material de regime estatutário. Tendo em vista as peculiaridades nesse campo, especialmente a noção de *status*, é necessário traduzir-se o apelo de segurança sob o pálio do conceito de direito expectado, que se assenta na idéia de gradação na integração de bens jurídicos à esfera da patrimonialidade dos titulares, o que, à sua vez, invoca o socorro do princípio da proporcionalidade no tocante à temporalidade do curso aquisitivo." - PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública:* segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte : Del Rey, 2005, p. 706/709.

[238] SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito adquirido e expectativa de direito*. Belo Horizonte : Del Rey, 2005, p. 93.

[239] "Para os contratualistas, as relações entre servidores públicos e Administração se baseiam num encontro de vontades, pouco importando que não haja igualdade entre as partes. (...) Se não há distinção significativa, que não seja de forma ou ideologia, entre uns e outros [servidores e empregados privados, quanto a mais valia em especial], se o contrato público tem um quê de comum com a avença privada, não se pode alterar a legislação que estabelece o conteúdo e consequências, os direitos e os deveres do servidor que vigoravam ao tempo da nomeação no curso da relação laboral, sem violação do direito adquirido." - SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito adquirido e expectativa de direito*. Belo Horizonte : Del Rey, 2005, p. 94/95.

[240] "A tese toma em foco a concepção patrimonial da função pública, sem levar na devida consideração nem o interesse público que alimenta tais relações, nem a desigualdade das partes que as integram, como resultado do *ius imperii* exercido pela Administração. Em sendo assim, o vínculo jurídico-administrativo vem – e deve vir –

> *Toda modificação do quadrante legal transporta uma firme presunção de eficácia imediata, hábil a destruir expectativas de direitos, mantendo-se os adquiridos, mesmo que não tenha havido seu pronto exercício.* Tanto mais intensa quanto mais se passa para a condição de servidores celetistas e à de recrutamento amplo, por estarem estes mais sujeitos à discricionariedade da confiança e da necessidade pública.
> Sem embargo, *pode haver necessidades de ajustamento de interesses sempre que haja o grave comprometimento da justiça eqüitativa ou do rompimento sério da confiança, ainda que todos os fatos ensejadores da aquisição não se tenham completado*, motivando a considerações especialmente indenizatórias ou a se fixarem quadros intermediários ou de transição. Observações que se aplicam na inteireza aos que compõem o quadro estatutário e em decrescente escala aos celetistas e aos comissionados.[241]

Na esteira desses pensamentos, mas guardando a pretensão de ir além deles, agora se pode deduzir o conceito que buscamos aclarar no estado da arte constitucional vigente.

O direito adquirido a regime jurídico pode ser conceituado como *a proteção derivada da Constituição buscando resguardar ao cidadão a segurança jurídica em concreto (enquanto face visível da proteção da confiança legítima no Estado), imunizando-o dos efeitos deletérios individuais decorrentes das alterações normativas gerais com eficácia expressa ou implicitamente retrospectiva, tanto quanto a ponderação de bens diante do legítimo interesse público permitir*.

O conceito acima proposto, no âmbito público, funda-se em elementos constitutivos claros. Entre eles relevam (i) a extensão máxima possível, em contexto de boa fé; (ii) da proteção sob o aspecto material das justas expectativas advindas de atos concretos; (iii) envolvendo os cidadãos e o Estado nas relações jurídicas travadas entre as partes, (iv) preservando-se como regra a incidência continuada dos institutos que conferiram vantagens concretas ou em processo de futura apropriação definitiva condicional contra a tentativa de retroação das leis novas.

---

predeterminado pela norma legal, sem poder ser objeto de negociação ou de barganha entre as partes. A lei é a fonte exclusiva dos direitos e dos deveres dos servidores; a unilateralidade da relação sua tônica e nota inconfundível com os contratos de trabalho da iniciativa privada." - SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito adquirido e expectativa de direito*. Belo Horizonte : Del Rey, 2005, p. 96/97.

[241] SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito adquirido e expectativa de direito*. Belo Horizonte : Del Rey, 2005, p. 99, com grifos de nossa parte. No mesmo sentido, Sérgio de Andréa Ferreira sustenta que "Embora prevaleça a *teoria estatutária*, isso não elimina – nem seria lícito constitucionalmente fazê-lo – a existência de *atos jurídicos perfeitos, casos julgados e direitos adquiridos*, em sede funcional. Com efeito, não há situações jurídicas puras: de um mesmo ato ou fato podem resultar *situações jurídicas estatutárias* e *subjetivas*, havendo, em verdade, *cargas* de *subjetividade* e de *objetividade*", concluindo que "Em questão de *natureza da situação jurídica do servidor público*, as duas teorias que sobreviveram modernamente – a *estatutária* e a do *contrato de direito público* – concordam em dois pontos fundamentais: há certa dose de *mutabilidade*, mas respeitada a *existência de direitos subjetivos e adquiridos dos funcionários.*" – FERREIRA, Sérgio de Andréa. "O princípio da segurança jurídica em face das reformas constitucionais". In: *Revista Forense*, Ano 92, nº 334, Abr./Jun. 1996, p. 198.

Analisando cada qual dos elementos constitutivos, temos o seguinte quadro:

a) por "extensão máxima possível, em contexto de boa fé" deve ser entendida aquela que resguarde pessoas naturais e também pessoas jurídicas, nacionais e estrangeiras, desde que atuantes com vistas a realizar todos os atos dentro do direito e sem malícia ou busca de vantagens indevidas ou mesmo abuso de direito;
b) por "proteção sob o aspecto material das justas expectativas" quer-se sustentar que o conceito abrange tanto as situações concretas que já se aperfeiçoaram no plano material mas que não foram exercitados no plano formal quanto as situações concretas que estão abarcadas pela passagem de mais de cinco anos com manutenção do quadro fático-jurídico para o cidadão ou mesmo que ensejem a presunção de continuidade ao interessado;
c) por "advindas de atos concretos envolvendo os cidadãos e o Estado nas relações jurídicas travadas entre as partes" deve-se compreender que o conceito opera no campo das vinculações públicas, tomando por base o natural desnivelamento entre o Estado, gestor dos interesses gerais, e o cidadão, titular de pretensões pessoais individualizadas, mas sem desprezar que essa diferenciação não implica em menosprezo do indivíduo em face do coletivo, nem tampouco garantia imutável do particular em detrimento da sociedade;
d) completando o desdobramento, por "preservando-se como regra a incidência continuada dos institutos que conferiram vantagens concretas ou em processo de futura apropriação definitiva condicional contra a tentativa de retroação das leis novas", há de se entender que, apesar da possibilidade de ponderação de bens e interesses quando indispensável, a presunção deve ser estabilizar as expectativas geradas pelo relacionamento viabilizado com o Estado, tomando por base o quadro fático-jurídico do momento primeiro da relação travada, preservando-se os interessados mesmo quando a retroatividade se mostre de forma fluída, fugidia ou escamoteada.

O conceito que ora se sustenta é uma das contribuições que o estudo em apreço buscou fornecer sobre a questão, reconhecidamente complexa e desafiadora da proteção dos direitos adquiridos frente ao agir estatal.

Esta precisa ser debatida e avaliada em uma perspectiva do Estado Democrático de Direito Constitucional contemporâneo, objetivando suplantar a visão ainda presente da

superioridade desmedida e genérica do interesse público sobre o do particular, convertendo o que se pensa como regra em exceção caso haja prejuízo às vantagens pessoais concretizadas, consumadas ou passíveis de serem reconhecidas em breve espaço de tempo caso o agir seja pautado em desenganada boa fé.

5 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A PONDERAÇÃO DE INTERESSES: ESTUDO SOBRE OS LIMITES DELES DECORRENTES ACERCA DA TESE DO DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO

5.1 IDENTIFICANDO O INTERESSE PÚBLICO EM DISCUSSÃO

A compreensão do interesse público apenas é viável se entendido o conceito de ordem pública, o qual se define como "conjunto de condições externas necessárias ao regular funcionamento das instituições e ao pleno exercício dos direitos"[242]

Para Raquel Urbano, a segurança jurídica surge como elemento capaz de orientar a busca pelo necessário equilíbrio entre a inalterabilidade absoluta (regulação petrificada) e a mutação casuística e irresponsável (instabilidade e incerteza jurídicas), colaborando não para uma "imutabilidade de situações de fato ou de normas jurídicas, mas tão-somente [para uma] estabilidade mínima das relações sociais".[243]

Alice Maria Gonzalez Borges sintetiza elementos determinantes para a apropriação do conceito indeterminado de "interesse público", referindo o mesmo como um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida; configurado mediante a participação de um relevante conjunto de componentes de uma comunidade a ensejar um "querer valorativo predominante"; não podendo ser imposto coativamente em uma ordem democrática posto que "o interesse público e o interesse individual colidente ou não colidente são *'qualitativamente iguais'* e, por fim, quando ocorre o alijamento ou substituição do interesse individual pelo público, o primeiro "tem de ser compensado pela perda de seus direitos e interesses, mediante sua equitativa conversão em outro valor equivalente", sendo exemplo do princípio da equivalência.[244]

---

[242] MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, 3. ed. Coimbra : Coimbra, 2000, p. 303.

[243] " Ao se defender a segurança jurídica, não é cabível restringi-la à proteção exclusiva da confiança legítima de um indivíduo, mas é fundamental caracterizá-la à luz da demanda social por estabilidade. Há que se ter cautela para não diminuir a segurança jurídica ao interesse de um só membro do corpo social ver contínua a produção de determinados efeitos jurídicos." - CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Salvador : JusPodivm, 2009, p. 91/99.

[244] BORGES, Alice Maria Gonzalez. *Temas do direito administrativo atual*: Estudos e pareceres. Belo Horizonte : Fórum, 2004, p. 198.

Hector Escola conceitua interesse público enquanto síntese de um conjunto de interesses individuais compartilhados e coincidentes de um grupo majoritário de indivíduos, afetando, afastando ou substituindo os interesses individuais dissonantes, mas sem aniquilá-los.[245]

O paradigma da supremacia do interesse público sobre o particular, contudo, precisa ser constantemente revisto para que não exacerbe sua razão de existir.

Conceituado por Celso Antônio Bandeira de Mello como um axioma, se revela por meio da "superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo da sobrevivência e asseguramento deste último", podendo ser identificado como o "interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade".[246]

Gustavo Binenbojm, ao tratar da constitucionalização do direito administrativo no Brasil, perpassa pelo tema da definição do interesse público que deve prevalecer. Afirma que o conceito exposto por Celso Antônio deriva de uma "concepção unitária", numa "aproximação com o bem comum", o que ensejaria a proclamação apriorística da supremacia do interesse público sobre os dos particulares.[247] Sua crítica é bastante pertinente para os rumos deste trabalho:

> O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura pluralista e *maleável* dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de um regra de supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais ou dos interesses públicos sobre interesses privados. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais (e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade), impõe à Administração Pública o dever jurídico de *ponderar* os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.[248]

Ainda para o autor fluminense, em sendo o estado democrático de direito um "*Estado de Ponderação (Abwägungsstaat)*", tem-se como consequência que "as *relações de prevalência* entre interesses privados e interesses públicos não comportam determinação *a priori* e em caráter abstrato, senão que devem ser buscadas no sistema constitucional" e resultando em uma "*constitucionalização* do conceito de interesse público". Esta última implica que qualquer "juízo

---

[245] ESCOLA, Hector José. *El interes público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires : Depalma, 1989, p. 249 e seguintes.
[246] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed., São Paulo : Malheiros, 1999, p. 50.
[247] BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 30.
[248] *Idem, Ibidem*, p. 31/32, com grifos do original.

de prevalência deve ser sempre *reconduzido* ao sistema constitucional, que passa a constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa".[249]

Rafael Carvalho Rezende Oliveira, dada a inequívoca relativização da dicotomia público *versus* privado, bem como a alteração do agir estatal para passar de um estado intervencionista para um estado subsidiário, propõe que se evolua do princípio da supremacia do interesse público para o princípio da *finalidade pública*, pois "não se pode confundir interesse público com interesse da Administração Pública" porque "não existe uma interesse público único, estático e abstrato, mas sim finalidades públicas normativamente elencadas que não estão necessariamente em confronto com os interesses privados".[250]

A matéria, pois, deve ser tratada por meio da ideia de um *conceito constitucional da supremacia do interesse público*, como sustentado por Daniel Wunder Hachem.

Para o autor, fundado nos artigos 3º, IV e 66, § 1º da Constituição em especial, mas também amparado no Preâmbulo, no artigo 1º, III (dignidade da pessoa humana), no artigo 5º em diversos incisos e no artigo 192 (decorrendo de uma "interpretação sistemática da Constituição"), e após uma aprofundada análise acerca da contribuição original sobre o tema dada por Celso Antônio Bandeira de Mello ainda em 1967 e uma crítica a distinção corrente de interesse público primário e secundário, o conceito constitucional do tema implica em considerar sua face principiológica,

> conclui-se que o princípio da constitucional da supremacia do interesse público não legitima práticas administrativas arbitrárias, uma vez que nas ocasiões em que ele autoriza a prevalência do *interesse geral* sobre outros interesses – *individuais* ou *coletivos* – igualmente respaldados pelo ordenamento jurídico, serão exigíveis, como pressupostos de validade do ato: (a) uma previsão normativa específica, atribuindo à Administração uma competência dessa natureza; (b) a fundamentação expressa do ato, demonstrando a correspondência entre as circunstâncias fáticas e o interesse público qualificado exigido pela norma; (c) a obediência a todos os desdobramentos do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, notadamente aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; (d) o fornecimento de uma compensação, por um bem jurídico equivalente ao interesse que houver sido afastado, nos casos em que a incidência do princípio acarretar um prejuízo anormal e especial.[251]

---

[249] BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 33.

[250] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo*: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. 2. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010, p. 97/110. No mesmo sentido, conferir o pensamento de Humberto Ávila, Alexandre Santos de Aragão e Daniel Sarmento em SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos* versus *interesses privados:* desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2005, p. 10 e seguintes.

[251] HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte : Fórum, 2011, p. 42/213, com grifos do original.

Mesmo em sede de um conceito constitucional de interesse público, bem como diante da teoria dos direitos fundamentais e da sua característica de relatividade, deve-se afastar a visão "dworkiana" da aplicação plena ou do niilismo absoluto acerca da matéria em estudo.

A ponderação se mostra mais do que recomendável: é um verdadeiro imperativo.[252]

5.2 A NECESSIDADE DO CONTRAPONTO: A PONDERAÇÃO COMO COROLÁRIO DE QUALQUER DIREITO FUNDAMENTAL, E DO DIREITO ADQUIRIDO EM PARTICULAR.

A natureza dos direitos fundamentais, por característica, incorpora a relatividade.

Pretender que não haja conflitos entre os diversos princípios que fundam o conjunto de dispositivos fundamentais de uma Constituição é algo que não se compadece com a realidade. Da mesma forma que relativos, são eles, ainda enquanto direitos fundamentais, passíveis de restrições, mesmo que não expressadas no seu texto.[253] A proteção ao meio ambiente, por exemplo, é valor tão importante que chega a ultrapassar o direito adquirido e a coisa julgada, como sustenta Hugo Nigro Mazzilli.[254]

O modo de solução para o grave problema da constante colisão entre direitos consagrados nas normas constitucionais, ainda que de direitos fundamentais se fale, é mesmo a ponderação de bens, a qual, na visão de Karl Larenz, deve ser assim compreendido:

---

[252] Nesse sentido: "Assim, embora não se possa deixar de reconhecer que o interesse público seja realmente a finalidade da ação do Estado, quer parecer que o equívoco teórico de se considerar o interesse público invariavelmente privilegiado em relação aos interesses privados corresponderia ao mesmo absurdo de se considerar estes sempre privilegiados em relação àqueles. (...) não há que se falar, em termos relacionais, em supremacia seja dos interesses públicos, seja dos interesses privados, impondo-se em relação a tais interesses necessário exercício de ponderação (...). De tal ponderação entre os interesses públicos e interesses privados, poderão resultar conclusões favoráveis a estes, sendo o princípio da proteção da confiança um exemplo disso, na medida em que, para fins de obtenção de um estado de estabilidade das relações jurídicas (o que, *per se*, configura manifestação de interesse público), tal princípio induz a soluções que, acidentalmente, protegem interesses privados. (...) Sendo instrumental da segurança jurídica e, assim, do próprio Estado de Direito, a proteção da confiança satisfaz, ao lado dos interesses do particular confiante, a interesses públicos consubstanciados na consecução da própria noção de Estado de Direito." - MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre : Verbo Jurídico, 2006, p. 74/75.

[253] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra : Coimbra, 2003, p. 569.

[254] "Em matéria ambiental, a consciência jurídica indica a inexistência de direito adquirido de degradar a natureza. [...] Afinal, não se pode formar direito adquirido de poluir, já que é o meio ambiente patrimônio não só das gerações atuais como futuras. [...] Ora, não se pode admitir, verdadeiramente, a formação de coisa julgada ou direito adquirido contra direitos fundamentais da humanidade; não existe o suposto direito de violar o meio ambiente e destruir as condições do próprio habitat do ser humano. Como admitir a formação de direitos adquiridos e coisa julgada em grave detrimento até mesmo de gerações que ainda nem nasceram?! [...] Não se invocará direito adquirido para se escusar de obrigações impostas por normas de ordem pública com o escopo de proteger o meio ambiente"." - MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 15. ed., São Paulo : Saraiva, 2002, p. 433/434.

> Em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si. A jurisprudência dos tribunais consegue isto mediante uma 'ponderação' dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o 'peso' que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação. Mas 'ponderar' e 'sopesar' é apenas uma imagem; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que – nisso reside a maior dificuldade – não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso. Que se recorra pois a uma 'ponderação de bens no caso concreto' é na verdade, como se fez notar, precisamente consequência de que não existe uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possa ler-se o resultado como numa tabela.[255]

Daniel Sarmento esclarece a questão ao afirmar que não compreende porque diante dos "valores albergados pela Constituição, que se aceite a dessacralização do direito de propriedade, em face de imperativos sociais impostergáveis ditados pelo texto magno, mas não a do direito adquirido".[256] Reputando o mesmo Daniel Sarmento que o direito adquirido é inegável princípio constitucional, opinião com a qual concordamos integralmente, deve-se tratar do tema com vagar.

Robert Alexy, buscando a distinção entre regras e princípios, termina por esclarecer bastante o tema ao afirmar que também as restrições jurídicas são importantes para a ponderação de princípios se operar de forma exitosa.[257]

---

[255] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 575/576.

[256] "Não entendemos por que a categoria do direito adquirido, forjada à mudança dos tempos e protegida de toda sorte de compressões e relativizações decorrentes de conflitos com outros bens jurídicos revestidos de estatura constitucional. Se é verdade que outros direitos fundamentais tão ou mais caros ao nosso ordenamento constitucional, como a privacidade e a liberdade de expressão, são concebidos pela doutrina contemporânea como revestidos de natureza relativa, diante da eventual necessidade de ponderações voltadas à proteção de outros princípios constitucionais contrapostos no caso concreto, não há por que afirmar a natureza absoluta da proteção conferida ao direito adquirido. E o argumento literal, de que o texto constitucional não autorizou em nenhuma hipótese o atentado contra direitos adquiridos prova pouco, já que a letra da Constituição também parece absoluta quando garante outros direitos fundamentais, como a livre manifestação do pensamento (art. 5º, inciso IV), e nem por isso a doutrina e a jurisprudência deixam de admitir a possibilidade de restrições a estes direitos, em casos de colisões com outros interesses constitucionalmente tutelados." - SARMENTO, Daniel. "Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social". In: *Revista trimestral de direito privado*, Ano 5, nº 20, Ou./Dez. 2004, p. 20/22.

[257] "Pelo contrário, princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*. Como tais, eles são caracterizados pelo fato de eles poderem ser cumpridos em graus diferentes e de a medida ordenada de seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. As possibilidades jurídicas são, além de pelas regras, essencialmente determinadas por princípios em sentido contrário. (...) Princípios exigem uma realização tão ampla quanto possível, tanto relativamente às possibilidades fáticas como relativamente às jurídicas. (...) Uma relação forma o núcleo da ponderação, a qual pode ser designada como "lei da ponderação" e deixa formular-se como segue: *Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro*." - ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007, p. 132/133, com grifos do original e acrescidos de nossa parte.

A aplicação prospectiva de uma norma nova violenta apenas os que já passaram por um regime jurídico anterior, revogado no momento atual, o que configura nítida e frontal violência a garantia constitucional fundamental do direito adquirido.

O fato representa, com Alexy, nítido sacrifício apenas do direito adquirido em detrimento de outros princípios, o que não parece dever ser a primeira opção natural em situações como a que se debate aqui.

Para Ricardo Lodi Ribeiro, justamente porque se trata a segurança jurídica e a confiança legítima de princípios, a ponderação e a proporcionalização lhes são inerentes.[258]

Em verdade, a proposição que se traz é uma autêntica mudança de visão sobre o tema: a ponderação a ser feita, baseada na reconhecida existência de um "espaço de determinação da finalidade", o qual "diz respeito não só com a seleção das finalidades, mas também com a determinação da medida de sua realização" como sustenta Alexy[259]. Deve-se recorrer à "lei da ponderação" atrelada aos direitos fundamentais – o direito adquirido entre eles.

Alexy afirma que "*Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem pesar os fundamentos que a justificam*".[260]

---

[258] "A negação da tutela da proteção à confiança legítima para os casos de evidente ilegitimidade do direito concedido ao particular é fruto da sua natureza de princípio, a ser ponderado, de acordo com a realidade imanente, tendo como outro pólo da balança o grau de contrariedade ao ordenamento jurídico que a situação concreta apresenta. Do contrário, a considerar como absoluta a confiança do cidadão em relação a qualquer ato emanado do Estado, não estaríamos diante de um juízo de ponderação, mas com o puro e simples afastamento da legalidade, abrindo as portas para todo o tipo de manipulação do interesse público, por meio das quase sempre invisíveis teias de relações de grupos de interesse econômico com agentes públicos. Trata-se, portanto, da tutela da boa-fé subjetiva do cidadão que confiou em uma situação gerada pelo Poder Público, digna de confiança." - RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte* (legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima). Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 234. Maria Coeli Simões Pires bem observa, em complemento: "Nesse sentido, a afirmação da existência e da efetividade dos direitos adquiridos no Direito público deve ser entendida em uma perspectiva processual, na qual não são os pontos isolados que guardam a verdadeira significação, mas sim o conjunto deles. Essa idéia de processualidade no trato com os direitos adquiridos pode dar lugar a vicissitudes que somente a prática pode solucionar. *Daí a superlativa importância dos princípios da adequação e da razoabilidade, que podem socorrer o intérprete na tarefa de solução de conflitos intertemporais, sobretudo na construção de interpretação adequada comprometida com a segurança jurídica compartilhada*, sob a égide da normatividade vigente." - PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública:* segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte : Del Rey, 2005, p. 710, com grifos de nossa parte.

[259] "O legislador tem, perante um direito fundamental, um espaço de determinação da finalidade quando o direito fundamental contém uma autorização de intervenção, que ou deixa abertos os fundamentos da intervenção ou, sem dúvida, menciona fundamentos da intervenção, mas somente permite a intervenção na existência desses fundamentos, não, porém, ordena. No primeiro caso, pode o dador de leis – supondo a proporcionalidade – perseguir todas as finalidades que a lei fundamental não lhe proíbe já como tais, portanto, abstratamente. O espaço de determinação da finalidade diz respeito não só com a seleção das finalidades, mas também com a determinação da medida de sua realização". *Idem, Ibidem*, p. 80.

[260] *Idem, Ibidem*, p. 67/68.

O apriorismo com que o Supremo Tribunal Federal alude a inexistência de direito adquirido a regime jurídico ofende de forma drástica a ponderação a ser feita acerca do tema, na medida em que não se chega nem mesmo a justificar, senão pela tradição jurisprudencial da Corte Suprema, a intervenção ferrenha que é gerada na esfera subjetiva do interessado na decisão judicial sobre o tema. E, sem essa justificativa, caminha o STF para um descompasso sério com o dever derivado da "lei da ponderação" a que alude Alexy.

Faz-se necessário realçar ainda o pensamento que, em caso de dúvida, deve-se atentar para a proteção máxima do titular do direito fundamental. Nesse sentido, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins afirmam que, "*Em caso de controvérsias e incertezas sobre a adequação de uma medida, deve também ser levada em consideração a perspectiva do titular do direito afetado pelo meio interventivo"*.[261]

Tratando da proporcionalidade para fins de restrição lícita de direitos fundamentais (dentre eles o direito adquirido), Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins propõem a seguinte análise como uma espécie de prova da legitimidade da intervenção no núcleo de proteção do direito fundamental em análise:

a) houve respeito ao processo de avaliação trifásico (no caso de leis[262]) ou bifásico (no caso de intervenções dos demais poderes[263])?
b) respeitou-se o primeiro passo dos quatro sucessivos para o exame da proporcionalidade, qual seja, a *licitude do propósito perseguido com a limitação*, compreendida como

[261] "Completam o raciocínio da seguinte forma: "Em tal hipótese, a resposta constitucionalmente indicada deve ser a conclusão pela ausência de adequação, aplicando-se o critério interpretativo geral *in dubio pro libertate*. Se não pode ser comprovado de forma satisfatória que o meio interventivo fomenta o propósito almejado, sua aceitação equivale a uma limitação do direito fundamental sem justificativa suficiente. Como restringir o direito de um titular sem ter certeza de que isso pelo menos fomentará o propósito da intervenção?" - DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009, p. 190/191, com grifos acrescidos de nossa parte.

[262] "O exame da constitucionalidade de uma intervenção legislativa corresponde a um processo trifásico: (a) definição e análise do objeto tutelado pelo direito fundamental (área de regulamentação e proteção) que é atingido pela medida legislativa (análise do *parâmetro* do controle de constitucionalidade); (b) análise da medida legislativa como intervenção (ação ou omissão) estatal na área de proteção do direito potencialmente violado (análise do *objeto* do exame de constitucionalidade); (c) análise da possibilidade de justificação da intervenção em face da aplicação dos limites constitucionais." – DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009, p. 176.

[263] "Já o exame das intervenções de órgãos do Executivo e Judiciário requer um processo bifásico: (a) verificação do fundamento legal da medida interventora e de sua constitucionalidade (incluindo o exame de proporcionalidade); (b) ponderação concreta, procurando definir se a medida administrativa ou judicial, embora baseada em normas não inconstitucionais, violam o direito fundamental por não satisfazer o critério da proporcionalidade." - DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009, p. 176/177.

"autorização constitucional para sua busca. [pois] Procura-se saber se o fim é constitucionalmente admitido e, em seguida, se o mesmo vale para o meio escolhido", o que implica em "procedimento duplo: (a) interpretar e definir o real propósito da autoridade estatal (ou demais agentes no exercício de funções estatais ou equivalentes) e (b) verificar se se trata de um propósito lícito"[264]?

c) respeitou-se o segundo passo dos quatro sucessivos para o exame da proporcionalidade, qual seja, a *licitude do meio utilizado*, compreendida como "idoneidade apriorística ou isolada do meio empregado em relação à sua licitude", já que "Para perseguir um propósito lícito, o Estado não pode se valer de meios ilícitos"[265]?

d) respeitou-se o terceiro passo dos quatro sucessivos para o exame da proporcionalidade, qual seja, a *adequação do meio utilizado para a limitação*, compreendida como a avaliação da "relação entre o meio (intervenção) e o propósito por ele perseguido. [pois] Somente os meios adequados podem ser 'proporcionais', isto é, encontram uma primeira justificativa constitucional, habilitando-se para participar do teste seguinte da necessidade", consistindo em um autêntico "prognóstico sobre as consequências fáticas do emprego da medida estatal interventiva", o qual não pode ser "aleatório ou discricionário"[266]?

e) respeitou-se o quarto passo dos quatro sucessivos para o exame da proporcionalidade, qual seja, a *necessidade do meio utilizado para a limitação*, visando "poupar a liberdade tutelada pelo direito fundamental ao máximo possível", compreendida esta como a verificação sobre "dentre todos os meios que permitem alcançar os propósitos lícitos, somente o que gravar o direito fundamental com menor intensidade será o necessário"[267]?

Entendemos que esse *iter* de análise deve ser realizado a cada oportunidade que a autoridade estatal pretender ceifar direitos adquiridos e, em particular, quando os nega apriorística e generalizadamente. Em diversas vezes, o resultado será o descumprimento de um

---

[264] *Idem*, p. 180/183.
[265] *Idem*, p. 183/186.
[266] "Quando a decisão política do legislador implica em restrição ou suspensão de direitos fundamentais, a justificativa não pode se limitar a referências à sua legitimação democrática ou capacidade política de resolver conflitos sociais. A escolha da medida legislativa, ainda que não perca a sua natureza e legitimidade política deve se mostrar adequada no sentido explicitado, pautando-se em hipóteses comprovadas, ou seja, na fundamentação da escolha da medida, em prognósticos de especialistas ou peritos" – *Idem*, p. 188.
[267] *Idem*, p. 193/196.

ou de vários dos itens componentes da prova, mutilando a legitimidade da intervenção sobre esse tão importante direito fundamental.

O que precisa ficar claro nesse ponto da discussão é que não se deve compreender como um limite imanente da garantia do direito adquirido ser ele servil à proteção individual e nem sempre à coletiva.

Deve-se lembrar que, assim pensando os limites inerentes e não escritos da referida garantia, gerar-se-ia a "exclusão imediata de determinadas hipóteses fáticas" (como sói acontecer com o direito adquirido a regime jurídico), implicando em delimitação apriorística do seu âmbito de proteção[268], o que, ao nosso sentir, deve ser evitado – pois tido como exceção, sujeita a fundamentação exauriente em busca da legitimação da sua retirada do âmbito subjetivo.

Trazendo os direitos fundamentais consigo um "imperativo de tutela"[269] por parte do Estado em face dos cidadãos a ele vinculados, deve ser tratada a questão de se ponderar e, portanto, relativizar a proteção dos direitos adquiridos compreendendo que estes são *direitos patrimoniais* do cidadão, na expressão de Luigi Ferrajoli - justo por serem "direitos singulares (*singui*), no sentido igualmente lógico de que para qualquer um deles existe um titular determinado, com a exclusão de todos os outros".[270]

A noção de patrimonialidade aqui não deve ser tida como a de mera mensuração monetária (apesar de, no mais das vezes, a isso se reconduzir), mas sim na dimensão de algo que resta apropriado quer de forma consumada, quer de forma justamente expectada pelo indivíduo que o titulariza. Nesse sentido, Raul Machado Horta afirma que "Como vantagem incorporada ao titular, a patrimonialização tornou-se inerente ao direito adquirido, criando situação individual e concreta" e complementa: "A segurança jurídica do direito adquirido contra sua mudança e desfazimento criou a regra técnica de defesa da posição vantajosa".[271]

Um grande temor que decorre da forma como a comunidade jurídica nacional aceita de maneira automática e quase sem críticas manifestadas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a questão da inexistência do direito adquirido a regime jurídico é que o motivo não seja apenas o temor reverencial à Corte Suprema ou a visão utilitária da falta de perspectiva a

---

[268] PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010, p. 75/76.
[269] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. 2. reimp. Coimbra : Almedina, 2009, p. 58.
[270] FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011, p. 20.
[271] HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2010, p. 206.

curtíssimo prazo da alteração do pensamento naquele colegiado, mas sim a evidência da falta de uma cultura constitucional sólida, como alerta Manoel Jorge e Silva Neto[272], ou, para dizer o mínimo, uma criação desta de forma ainda muito lenta no cenário jurídico nacional.

O que se espera sempre, e hoje passou a ser considerado como um verdadeiro elemento da nova configuração do direito constitucional global na visão de Canotilho, é que a "condução responsável dos assuntos do Estado", denominada de *Good governance* ou Boa Governação pelo mesmo, seja realizada com base nas diretrizes da "avaliação permanente do respeito pelos direitos humanos, dos princípios democráticos e do Estado de Direito" bem como do "primado do direito na gestão dos recursos".[273]

Em outros termos, o que se espera nas discussões atuais e vindouras sobre a preservação do direito adquirido e, em particular, deste ao regime jurídico em que envolto o seu titular, é que seja sobrelevado o aspecto subjetivo sem que, ordinariamente, recuse-se proteção ao indivíduo com fundamento em considerações abstratas como o "rombo" da Previdência Social, a corrupção endêmica no país e outros "lugares comuns".

O que se adverte aqui é com o fito de evitar *o abuso das restrições*, ou seja, a criação de uma cultura de desprezo pelos direitos fundamentais onde a sua limitação seja tida como a regra geral seja porque o mesmo é oneroso quando da sua concessão, seja porque pode levar a um caos administrativo para fins de sua operacionalização. Aqui não se pretende afirmar a inexistência de razões gerais que, de fato e de direito, devem impor restrições. Mas sim colocar as restrições no lugar constitucionalmente adequado, qual seja ele, o de *exceção* e não de regra, como sói se constatar nos dias atuais e alhures.

5.3. AS CLÁUSULAS DE LEGITIMAÇÃO DA RAZÃO LIMITADORA

Para que se possa mediar o normal uso e proteção do direito adquirido com a eventual castração do mesmo (sempre impedindo seu aniquilamento, como é próprio do princípio da

---

[272] "Sucede que não há no Brasil cultura constitucional, materializada em comportamentos e condutas tendentes a i) preservar a 'vontade de constituição'; ii) efetivar, no plano máximo possível, os princípios e normas constitucionais; iii) disseminar o conhecimento a respeito do texto constitucional. E a inexistência de uma tal cultura reverbera nos mais variados domínios da vida brasileira, quer no campo econômico, político, social e no altiplano do pensamento jurídico." – SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direitos fundamentais e o contrato de trabalho*. São Paulo : LTr, 2005, p. 15.

[273] CANOTILHO, J. J. Gomes. *"Brancosos" e interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra Almedina, 2008, p. 327/329.

ponderação de bens ou da cedência recíproca), faz-se mister a busca de paradigmas os mais objetivos possíveis para sustentar essas excepcionalidades.

Os fatos relevantes que viabilizariam, com sua ocorrência, a não incidência da proteção do direito adquirido enquanto garantia fundamental hão de se submeter ao que denominamos de *cláusulas de legitimação da razão limitadora*.

Sendo certo que estas cláusulas devem se mostrar tão mínimas quanto possível, as razões limitadoras apenas se tornam aptas, ao nosso sentir, quando:

a) o motivo há de ser imprevisível;
b) a razão limitadora seja comprometedora da continuidade do próprio Estado;
c) a argumentação tem de ser exposta de forma efetiva;
d) a razão limitadora seja definitiva e, se posteriormente vista como transitória, restaure-se o *status quo ante* o mais rápido e especificamente possível.

O primeiro item (imprevisível) se justifica porque a limitação individual deve decorrer de evento novo, derivando de motivos novos que não estavam presentes quando do início do relacionamento Estado-cidadão e que, então, não eram antevisíveis pelo ente público – eis que a ele compete a projeção de comportamentos e tendências prejudiciais aos indivíduos sob sua tutela, firme no princípio da proteção da confiança.

O segundo item (comprometimento do próprio Estado) deriva de quadro fático onde o bem geral da sociedade, confrontado com o bem particular de um ou de parcela reduzida do corpo de cidadãos, apesar de relevante, não possa ser sacrificado pela presente geração em face das futuras, como no caso das violências aberrantes relacionadas ao meio ambiente.

O terceiro item (argumentação efetiva) diz respeito a que necessidade da intervenção seja justificada mediante fundamentação dos atos com ampla divulgação na mídia, esclarecendo à sociedade as medidas adotadas para evitar o atingimento dos direitos adquiridos e da forma mais objetiva e concreta possível, proscrevendo-se abolições em nome do “impedimento da quebra da previdência”, do “bem comum”, da “governabilidade” ou mesmo de “razões de Estado”.

O quarto e último item (definitividade e recomposição expedita eventual) assenta na necessidade de evidência social, e não apenas governamental, que sem a intervenção drástica e a escolha trágica haverá uma subversão do quadro social vigente talvez sem retorno possível; contudo, caso se revele após transitória, que será restabelecido o mais rapidamente possível a

tutela específica do direito fundamental restringido indevidamente ou se passe da forma mais eficiente ao cidadão a uma justa indenização do prejuízo causado (ainda que com base em realidade que, então, indicava ser a razão limitadora definitiva).[274]

A intenção de propor critérios os mais objetivos e concretos possíveis não tem a pretensão de fazer um fútil exercício de futurologia, proscrito pela doutrina de há muito.[275] A motivação tem, sim, finalidade diversa, qual seja, propiciar um instrumental viável para que se compreenda a limitação de um direito fundamental tão caro ao Estado Democrático de Direito quanto o direito adquirido na condição de algo *extravagante*, como *ultima ratio*, ainda que passível de ocorrer em situações especiais de generalizada crise, interna ou externa, cabalmente evidenciada.

De forma idêntica ao escalonamento de providências prejudiciais realizado com a denominada Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), onde o corte de despesas deve ser paulatinamente realizado partindo dos gastos gerais para os específicos e das situações mais precárias para as mais consolidadas em termos de expectativas[276], o mesmo entendimento há de ser aplicar no tema ora em comento.

Antes de se buscar uma abstrata proteção social com base na solidariedade contributiva, usando a simbólica e eficaz imagem do "rombo" da Previdência Social em face das classes menos esclarecidas da sociedade brasileira, o *iter* de legitimação a ser comprovado da maneira mais ampla para fins de registro, controle e eventual punição judicial e política a depender do caso de abuso ou negligência com demanda tão relevante, deve partir:

a) do comprovado esgotamento, por redirecionamento, dos gastos supérfluos da máquina pública, notadamente, mas não exclusivamente, com rubricas como propaganda e custeio de serviços não essenciais;

---

[274] Patrícia Baptista comenta: "A ineficácia de medidas transitórias, a ausência de termo a ser respeitado ou, ainda, a existência de um interesse público que inviabilize esses efeitos anteriores, pode levar à imposição de um dever de indenizar pela confiança frustrada, desde que estejam em causa interesses patrimoniais do particular que confiou, suscetíveis de conversão em pecúnia. Em alguns casos, a outorga da indenização poderá vir a ser o único efeito possível para a tutela da confiança diante de um interesse público concreto que determine a vigência imediata da nova regulamentação." - BAPTISTA, Patrícia. "A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da administração pública. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa". In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, Jul.2007. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp. Acesso em 19/02/2012.

[275] DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 87.

[276] Sobre as expectativas geradas pelo sistema do Estado, conferir FARIAS, Raúl Zamorano. "O sistema político como institucionalização das expectativas". In: *Revista dos estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito*, UNISINOS, nº 2, Jan./Jun. 2010, p. 19/30.

b) em segundo momento, da comprovada diminuição imediata de despesas orientada pela mesma lógica da Lei de Responsabilidade Fiscal;
c) em terceiro momento, sem resultados concretos ainda suficientes, o redirecionamento eventual de receitas tributárias para contingenciamento do fato extravagante que se enfrenta no momento de crise;
d) em quarto momento, ainda sem suficiente resposta, restrição proporcional de remunerações dentre os servidores públicos, com descontos maiores (porém garantindo a subsistência e o mínimo para uma existência digna) para as maiores remunerações, limitada a medida apenas ao tempo necessário para a solução se encaminhar, com restauração gradativa e tão rápida quanto possível do padrão remuneratório assim que vencida a dificuldade resistente.

Independente do quadro acima exposto, são providências que têm de ser concretizadas imediatamente: o combate maciço ao desperdício de verba pública, aos canais propiciadores da ineficiência administrativa e aos já conhecidos esquemas de corrupção que usurpam quantidade incalculável de recursos advindos da riqueza cidadã adquirida com sacrifício relevante, fortalecendo os meios de punição mais eficazes (como, por exemplo, o privilégio de diminuição de penas de limitação de liberdade gradualmente ao reembolso ao Erário nos crimes fazendários e de ordem econômica sobretudo).

Considerando que o entendimento manifestado no presente trabalho é o de que a limitação dos direitos adquiridos deve se operar em caráter excepcional, escapando da aplicação apriorística, a demonstração de requisitos objetivos – ainda que em quantidade considerável – guarda coerência com a proposta.

Não se despreza que os fatos verdadeiramente graves que afligirem a sociedade encaixar-se-ão perfeitamente em todos os indicativos propostos, legitimando-se esse contexto extremo a gerar a restrição/perda até mesmo dos direitos adquiridos.

O que se pode afirmar ao cabo deste capítulo é que não se mostra adequado nem técnica nem logicamente a assertiva de sempre dever se respeitar o direito adquirido a regime jurídico, ainda que em detrimento do bem coletivo. Essa forma de pensar ofende a própria característica de direito fundamental do direito adquirido e compromete sua própria respeitabilidade na seara jurídica.

A solução que se vislumbra será a ponderação dos interesses envolvidos, devendo ser utilizada a listagem de prova da legitimidade da intervenção no núcleo de proteção do direito fundamental, derivada de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins e respeitadas as cláusulas de legitimação da razão limitadora aqui propostas, com o acréscimo que, em caso de dúvida, ainda que mínima, sobre o acerto da decisão limitadora, não se deve recomendar sua efetivação – *na dúvida, pela preservação do titular do direito fundamental*.

Busca-se, agora, ilustrar situações onde os elementos de legitimação propostos se mostrem eficazes ou ineficazes, tema do próximo capítulo.

6 EXEMPLOS DE APLICAÇÕES CONCRETAS DA TESE

O último capítulo da tese se propõe a tratar da incidência daquilo que se sustentou até agora, mediante avaliação crítica de situações selecionadas pela sua relevância com o objeto do estudo.

A seleção dos itens deveu-se a critérios de oportunidade definidos pelo autor, sem esgotar toda a gama de situações relevantes para o estudo e, muito menos, menosprezar a importância de questões não tratadas aqui expressamente.

6.1 ALTERAÇÃO NO REGIME DE VANTAGENS DE CARGO PÚBLICO: UMA CRÍTICA CONSTRUTIVA A TRANSGRESSÃO SEMIOLÓGICA DO DEFERIMENTO DA TUTELA POR OUTRO FUNDAMENTO OU SIGNO

O problema do respeito do direito adquirido e, mais precisamente, do direito adquirido a regime jurídico passa pela compreensão da forma como deve ser interpretado o signo contido na Constituição e qual a operatividade decorrente desse *status*, aliado a consideração de sua natureza de princípio e de garantia material fundamental.

Canotilho sustenta que “toda norma é ‘significativa’, mas o significado não constitui um dado prévio; é, sim, resultado da tarefa interpretativa”. Manoel Jorge Silva Neto trata da semiótica ou semiologia como a parte do conhecimento humano que estuda os signos, sua importância e suas relações. Refere-se aos trabalhos de Saussure na Suíça e de Pierce nos EUA, sustentando que os signos são aqueles elementos mais simples que, no conjunto e de forma estruturada, formam a língua.

Signos podem ser divididos em *ícones* (assemelhados ao objeto que representam, como um mapa ou um busto na visão de Paulo de Barros Carvalho), *índices* (determinados por seu objeto, como uma doença) e os *símbolos* (elementos dependentes de uma convenção, como a balança no Direito e a caveira).

O desiderato da interpretação constitucional é viabilizar a aplicação, ou seja, criar condições para que o intérprete parta do enunciado normativo, adira seus valores, interesses e concepções no universo possível de sentidos daquele enunciado em face da realidade e das

circunstâncias em jogo (programa normativo + âmbito normativo) e, ao final, produza a norma de decisão, resolvendo o problema que se lhe apresentou.

Aqui calha trazer o pensamento de Karl Engisch acerca da face exterior e interior da atividade interpretativa. Para ele, "a tarefa de interpretação é fornecer ao jurista *o conteúdo e o alcance (extensão) dos conceitos jurídicos*. A indicação do *conteúdo* é feita por meio duma definição, ou seja, pela indicação das conotações conceituais". Contudo, adverte: "Mas pode-se dizer com uma certa razão que tudo isso apenas nos mostra o resultado final e, em certa medida, o lado exterior da interpretação"[277], deixando claro que um dos graves problemas a serem examinados na aplicação do direito é o descobrimento das razões internas do julgador e sua influência para o quanto decidido.

Maria Amélia Carreira das Neves informa que a semiótica "é um aspecto do saber, muito antigo, intimamente ligado com o modo como damos significado a tudo o que nos rodeia. (...) Significar é dar vida e forma ao sentido de tudo aquilo que nos rodeia (os signos)". Prossegue afirmando que "Na linguagem jurídica, as palavras devem ter significado correcto e deve haver uma adequação aos objectos ou às situações referidas por essas palavras", para após tratar do domínio da Constituição, aduzindo ao final:

> As leis fundamentais são obrigatórias, imperativas e de ordem pública, onde a casuística não tem lugar. O intérprete deve proceder com um cuidado especial ao interpretar valores político-sociais. (...) Quando se procura interpretar o conteúdo da Lei Constitucional de um país democrático, verifica-se que não fala de submissão de nem coacção.[278]

Walber Carneiro, na sequência, afirma que "A pretensão de propor parâmetros para uma compreensão jurídica válida só é possível no paradigma hermenêutico porque o direito é um produto cultural contingente", esclarecendo que "Toda *interpretação* é (...), *compreensão*. E toda *compreensão*, por sua vez, é *aplicação*. Mas, nem toda *compreensão* vem acompanhada desse esforço reflexivo, muito pelo contrário". E conclui: "Assim, embora toda interpretação (necessariamente reflexiva) seja uma *compreensão*, nem toda compreensão pode ser tomada como uma *interpretação*".[279]

---

[277] ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico.* Tradução de J. Baptista Machado, 8. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, p. 126/127, com grifos do original.
[278] *Idem, Ibidem*, p. 153 e 214/215.
[279] CARNEIRO, Walber Araújo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva*: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011, p. 234/235, com grifos do original.

A tarefa de concretizar as predições normativas abstratas se opera por meio da interpretação, como ressaltado por Eros Roberto Grau, a qual, junto com a aplicação "opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida".[280]

Mais no plano dogmático da discussão, José dos Santos Carvalho Filho, após questionar se, "Afinal, há direito adquirido em favor dos servidores?", afirma que "o servidor não tem direito adquirido à imutabilidade do estatuto, até porque, se o tivesse, seria ele um obstáculo à própria mutação legislativa", exemplificando que uma licença prevista em norma posteriormente alterada não pode ser preservada para o servidor, até porque "as leis que traduzem normas gerais e abstratas, como é o caso dos estatutos, são normalmente alteráveis".

Prossegue afirmando que os direitos individuais contemplados no estatuto, desde que ocorrido o suporte fático ou fato gerador previsto na norma, devem sofrer outra interpretação. Aduz que "Se se consuma o suporte fático previsto na lei e se são preenchidos os requisitos para o seu exercício, o servidor passa a ter direito adquirido ao benefício ou vantagem que o favorece". Justifica o raciocínio da seguinte forma: "Aqui, portanto, não se trata do problema da mutabilidade das leis, como antes, mas sim da imutabilidade do direito em virtude da ocorrência do fato que o gerou", para concluir que "Cuida-se nesse caso de direito adquirido do servidor, o qual se configura como intangível mesmo se a norma legal vier a ser alterada".[281]

Marcelo Figueiredo e Maria Alice Deucher Brollo ressaltam que é indispensável ante a relevância do tema, "não olvidarmos que o direito adquirido é garantia individual do cidadão (art. 5º, inc. XXXVI, CF). Assim, qualquer análise ou interpretação que se faça do direito adquirido deve ser generosa, ampliativa", lembrando ainda que a doutrina estrangeira deve ser estudada e aplicada com temperamentos, já que na Europa o direito adquirido não tem *status* constitucional.[282]

---

[280] "Em síntese: a interpretação do direito tem caráter constitutivo – não pois meramente declaratório – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar/aplicar é dar concreção [= concretizar] ao direito." - GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 9. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 147. No mesmo sentido, SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*, São Paulo : Saraiva, 2010, p. 58; SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, São Paulo : Saraiva, 2010, 222 p.

[281] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23 ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010, p. 677/678.

[282] FIGUEIREDO, Marcelo; BROLLO, Maria Alice Deucher. "Anotações a respeito dos planos econômicos – Alteração da política salarial – Reajuste de salários pela lei antiga – Direito adquirido, mera expectativa de direito e

As considerações expostas servem para instrumentalizar a crítica, construtiva sem dúvida, que ora se expõe à maneira como o direito adquirido a regime jurídico vem sendo tratado na orientação do STF.

Gilmar Ferreira Mendes, após trazer as lições de Gabba, Roubier e Savigny acerca das leis supressivas ou modificativas de institutos jurídicos, reitera que a orientação do Supremo Tribunal se fixou (referindo a Súmula 170 da Corte) no sentido que "a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito não obstava à modificação ou à supressão de determinado instituto jurídico", e conclui:

> Diante dessas colocações, rigorosamente calcadas nos postulados fundamentais do direito adquirido, poder-se-ia afirmar que muitas soluções legislativas fixadas pela lei nova acabariam por causar prejuízos diretos aos titulares de direitos nos casos específicos. (...) Vê-se, assim, que o princípio constitucional do direito adquirido não se mostra apto a proteger as posições jurídicas contra eventuais mudanças dos institutos jurídicos ou dos próprios estatutos jurídicos previamente fixados.[283]

No entanto, na mesma obra, afirma de maneira diversa que "O estudo da doutrina do direito adquirido é também o estudo de suas limitações para atender às diversas demandas concernentes à proteção das situações jurídicas constituídas ou em via de consolidação", para afirmar após:

> É bem verdade que, em face da insuficiência do princípio do direito adquirido para proteger tais situações, a própria ordem constitucional tem-se valido de uma idéia menos precisa e, por isso mesmo, mais abrangente, que é o princípio da segurança jurídica enquanto postulado do Estado de Direito. A revisão radical de determinados modelos jurídicos ou a adoção de novos sistemas ou modelos suscita indagações relevantes no contexto da segurança jurídica. (...) Assim, *ainda que se não possa invocar a idéia de direito adquirido para a proteção das chamadas situações estatutárias ou que se não possa reivindicar direito adquirido a um instituto jurídico, não pode o legislador ou o Poder Público em geral, sem ferir o princípio da segurança jurídica, fazer* tabula rasa *das situações jurídicas consolidadas ao longo do tempo.*[284]

Fica bem evidenciado que, na realidade, a pacífica orientação sobre a inexistência de direito adquirido a regime jurídico não é um problema efetivo, mas sim *um problema aparente*.

---

normas de ordem pública – resenha doutrinária e jurisprudencial". In: *Revista dos Tribunais*, Ano 83, Vol. 708, Out./ 1994, p. 42/54, em especial p. 54.

[283] MENDES, Gilmar Ferreira *et alli*. *Curso de direito constitucional*, 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2008, p. 464/469.

[284] *Idem, Ibidem*, p. 486/487, com grifos de nossa parte.

O cerne da questão reside muito menos no instituto do direito adquirido ser ou não se índole essencialmente constitucional; na refutação ou aceitação do mesmo, enquanto garantia constitucionalizada expressamente, dever irradiar proteção mais abrangente que a historicamente moldada na dicção legal (como é próprio dos países de matriz européia) ou, até mesmo, na dificuldade de plena percepção do seu conceito[285] e alcance para fins de aplicação: a questão toda se volta para a *nomenclatura que designa o fenômeno*.

Ora, como ficou muito claramente exposto na dicção de Gilmar Mendes, ao invés da aplicação direta do princípio constitucional explícito do direito adquirido, prefere-se recorrer a uma fórmula que é igualmente válida e legítima de proteção, mas que deriva de formato implícito e generalizado, qual seja, a segurança jurídica (e, por vezes, ainda, a proteção da confiança como sinônimo desta última, apesar do seu feitio de preservação mais subjetiva).

A única razão que parece animar a jurisprudência antiga do Supremo Tribunal Federal, mantida quase incólume mesmo após a ultrapassagem de oito Constituições, é o apego ainda muito forte da ideia que o direito adquirido é garantia de índole *essencialmente privada*, e que por isso mesmo *cristaliza sempre privilégios e vantagens pessoais em detrimento do interesse público*.

Ademais, também parece ser mantida uma falsa impressão que *usar o direito adquirido é fossilizar o direito inalienável e quase sagrado dos agentes políticos atuais de modificar as situações jurídicas em curso*, estando eles autorizados a desprezar o passado, prejudicar o presente e comprometer o futuro dos que são destinatários inocentes das alterações concebidas normalmente de forma cerebrina e pouca examinada quanto as consequências das privações que vão ser implementadas.

São da Suprema Corte precedentes, de ontem e hoje, que bem demonstram a recalcitrância quanto ao tema do asseguramento do direito adquirido ao regime jurídico, mas, paradoxalmente, evidenciam a efetiva proteção quanto a essência do direito a que se alude (ao menos no que tange a um dos variados elementos do regime jurídico dos servidores, a remuneração, que diz respeito diretamente a subsistência dos mesmos).[286]/[287]

---

[285] Nesse sentido, TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional brasileiro concretizado*: *hard cases* e soluções juridicamente adequadas. São Paulo : Método, 2006, p. 677 e seguintes, em especial p. 679.

[286] "(...) 5. Ressalte-se que não há direito adquirido a regime jurídico pertinente à composição dos vencimentos, desde que a eventual modificação superveniente preserve o montante global da remuneração e, em consequência, não provoque decesso de caráter pecuniário. (Precedentes: RE n. 597.838-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 24.2.11; RE n. 601.985-AgR, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe de

Se é certo que, no campo da irredutibilidade de estipêndios, o STF terminou por reconhecer uma barreira onde o direito adquirido (ou a segurança jurídica, ou a confiança legítima) cerra fileiras e impõe sua proteção, o mesmo não ocorre com todas as demais vantagens, pecuniárias diretas ou mesmo de fruição direta, as quais podem ser alteradas a arbítrio da vontade pessoal do agente público legislador, administrador ou julgador em função atípica administrativa.

Releva registrar ainda que, quando o Supremo Tribunal refere que a irredutibilidade deve ser resguardada, termina por afirmar que *esta mesma garantia está ladeada de outras proteções constitucionalmente tão relevantes quanto a primeira. São elas as garantias "da alteração do regime legal de cálculo ou reajuste de vencimentos ou vantagens funcionais*", sendo que por conseguinte "jamais poderá ocorrer a diminuição do quanto já percebido conforme o regime anterior, não obstante a ausência de direito adquirido à sua preservação".[288]

A doutrina já observou essa situação.

Wallace Paiva Martins Júnior afirma sobre o tema que a "tese dominante" no Supremo Tribunal Federal acerca da inexistência de direito adquirido a regime jurídico

---

1.10.10; RE n. 375.936-AgR, Relator o Ministro Carlos Britto, 1ª Turma, DJ de 25.8.06; RE n. 550.650-AgR, Relator o Ministro Eros Grau, 2ª Turma, DJe de 27.6.08, entre outros). 6. Reconhecida a repercussão geral do tema no julgamento do RE n. 563.965-RG/RN, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, confirmando a jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido à forma de cálculo de remuneração, enfatizando, ainda, a legitimidade de lei superveniente que, sem causar decesso remuneratório, desvincule o cálculo da vantagem incorporada dos vencimentos do cargo em comissão ou função de confiança outrora ocupado pelo servidor, passando a quantia a ela correspondente a ser reajustada segundo os critérios das revisões gerais de remuneração do funcionalismo." - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 662149/MG*, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 01/02/2012.

[287] "(...) o Supremo Tribunal Federal, tendo presente a concreta abrangência desse postulado fundamental, enfatizou que 'a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos torna intangível o direito que já nasceu e que não pode ser suprimido (RTJ, 118:300, Rel. Min. Carlos Madeira), pois, afinal, a garantia da irredutibilidade incide sobre aquilo que, a título de vencimentos, o servidor já vinha percebendo (RTJ, 112:768, Rel. Min. Alfredo Buzaid). Cumpre ter presente, neste ponto, a sempre relembrada decisão desta Suprema Corte, em período no qual a garantia em causa somente dizia respeito aos membros do Poder Judiciário, na qual se assentou, concernentemente ao tema em debate, que 'o que a irredutibilidade veda é a diminuição, por lei posterior, dos vencimentos que o juiz, em exercício antes de sua vigência, estivesse recebendo' (RTJ, 45:353,355, Rel. Min. Evandro Lins e Silva). Esse entendimento - impõe-se enfatizar - tem sido reiterado em diversos posicionamentos dessa Corte Suprema, nos quais, por mais de uma vez, já se proclamou que a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos proíbe que o estipêndio funcional seja reduzido ou afetado, por ato do Poder Público, em seu valor nominal (RTJ, 105:671, 675, Rel. Min. Soares Muñoz)." - BULOS, Uadi Lammêgo. "Cláusulas pétreas e direito adquirido". Disponível na Internet: http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/ulbulos/petreasdiradq.htm. Acesso em 10/01/2011, 09:35.

[288] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 416434/MT*, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJU de 09/02/2007, p. 28.

> é uma expressão de uma solução de compromisso, de conciliação. Se, de um lado, não se reconhece direito adquirido à manutenção do regime jurídico do servidor público, de outro, se houver alteração no regime remuneratório, com extinção de vantagens, sua validade depende da incorporação delas nos vencimentos, ou de serem mantidas até sua absorção por reajuste futuro. Esse raciocínio é válido tanto para alterações promovidas por lei quanto por emendas constitucionais e tem em sua raiz a garantia da irredutibilidade estipendial, consagrada desde a redação primitiva do art. 37, XV, da Constituição de 1988. (...) Se o regime jurídico do servidor público é unilateral e legal e não há direito adquirido à sua manutenção, não se mostram adequadas à segurança jurídica, à irredutibilidade estipendial e aos direitos fundamentais reduções arbitrárias e inconstitucionais de estipêndios licitamente adquiridos.[289]

Soa no mínimo estranho afirmar uma recusa categórica a proteção do direito adquirido a regime jurídico[290], enquanto aplicação direta e imediata da garantia fundamental do direito adquirido expressa no art. 5º, XXXVI da Constituição brasileira de 1988, mas que, sob o signo do princípio da segurança jurídica, seja admitido que determinadas expectativas legítimas do cidadão podem ser protegidas, mesmo que ainda não sejam configuradas em direitos adquiridos[291]

Nesse sentido, a procedente crítica de Antônio Russo Filho, para quem o entendimento de que a garantia da irredutibilidade de vencimentos é uma modalidade qualificada de direito adquirido "conduz a uma falsa vitória ou a uma vitória de 'Pirro'":

> Impende destacar que o reconhecimento da garantia da irredutibilidade de vencimentos não conduz ao mesmo resultado prático que seria verificável se na hipótese se entendesse existente direito adquirido à composição da remuneração segundo o regramento existente antes da inovação legislativa, uma vez que a irredutibilidade garante o valor nominal da remuneração até que a diferença seja absorvida por posteriores reajustes. (...) O interessante é que o mesmo Tribunal que proclama que o servidor estatutário não tem direito adquirido a regime jurídico, conceitua a irredutibilidade como forma qualificada de direito adquirido. Não reconhece, portanto, que o servidor faça jus à modalidade simples de direito adquirido, mas que lhe assiste direito a uma modalidade qualificada que, em outras palavras, seria a modalidade simples acrescida de um 'plus'. Não nos parece, entretanto, que da relação jurídica estatutária não deflua direitos resguardados da incidência imediata da lei nova pela garantia constitucional do direito adquirido. (...) De forma que, a meu ver, não há que se

---

[289] MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Remuneração dos agentes públicos*. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 183/185.

[290] "(...) 4. Não há direito adquirido a regime jurídico. Não ocorrendo diminuição da remuneração global recebida, não há se falar que as parcelas percebidas ao tempo de seu ingresso no regime jurídico único da Lei nº 8.112/90 tenham se incorporado ao patrimônio jurídico do servidor. Não tendo o impetrante se desincumbido de comprovar o decesso remuneratório que ocorreria se a gratificação fosse suprimida ao tempo de seu ingresso no regime jurídico único, não há como se deferir o pedido de incorporação do que recebido a título de gratificação especial com base no princípio da irredutibilidade de vencimentos (art. 37, XV da CF)." - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 22094/DF*, relª. Minª. Ellen Gracie, Pleno, DJU de 25/02/2005, p. 06.

[291] Assim pensa Luís Roberto Barroso no seu artigo "Discricionariedade administrativa, realização adequada dos fins legais e observância dos princípios constitucionais" in *Temas de direito constitucional*. Tomo II, Rio de Janeiro : Renovar, 2003, p. 341/386.

> falar que o servidor público não tem direito adquirido ao regime estatutário por ser este alterável ao talante do legislador, uma vez que a circunstância de ser alterável a qualquer momento – já que o mesmo decorre de lei – autoriza somente a se concluir que o servidor não tem direito adquirido ao *regime jurídico considerado em si mesmo*, o que não impedir a alteração *in abstracto* da própria lei. Entretanto, nada autoriza a concluir que os direitos decorrentes do estatuto do servidor público e que configuram, na hipótese concreta, direito adquirido, não devam ser tidos como tal.[292]

Pontes de Miranda, quando dos comentários à Constituição de 1946, já afirmava que a relação jurídica entre o funcionário público e o Estado pode ser modificada pelas leis novas, com efeito imediato, *salvo quando existe regra constitucional que o vede*[293], o que eleva a importância da dicção constitucional protetiva da esfera individual contra os arbítrios do Estado. Infelizmente, ainda que expressada na Constituição, a preservação vem sendo diminuída em sua efetividade.

Parece existir uma má vontade com relação ao direito adquirido e, por conta desse sentimento de repulsa (talvez derivada, inconscientemente, da sua origem privatística), a proteção que por meio dele haveria de ser realizada termina ganhando suporte jurídico no princípio da segurança jurídica apenas (quando, em verdade, como já sustentado, o *direito constitucionalmente adquirido* tem por elemento constitutivo a própria segurança jurídica, aliada a proteção da confiança para fim de tutelar as justas expectativas).

Por quais razões não afirmadas se nega a manutenção do regime jurídico que, objetivamente, acompanha o servidor público (i) quando do seu ingresso no serviço público ou (ii) quando da iminência do aperfeiçoamento de seus atos de ingresso no quadro funcional ou ainda (iii) quando do advento e vigência plena, ou seja, já autoexecutável ou mesmo regulamentada, de normas eventualmente mais benéficas aos servidores envolvidos na novel disciplina, ainda reside um hiato sem resposta que discrepa do próprio *status* de proteção constitucional do instituto do direito adquirido.

Como proposta de solução deste "silêncio eloquente", afirmamos que o motivo é ainda o apego forte em demasia à concepção do direito adquirido como um *escudo de proteção das iniqüidades pessoais*, afrontoso do interesse coletivo e social no mais das vezes, desprezando que o *direito constitucionalmente adquirido*, como proposto nesse trabalho, contribui para uma

---

[292] RUSSO FILHO, Antônio. *Servidores públicos e direito adquirido*, Belo Horizonte : Fórum, 2010, p. 145/146 e 156/157.

[293] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à constituição de 1946.* Vol. III, Arts. 129-144, Rio de Janeiro : Henrique Cahen, 1954, p. 228, com grifo do original.

simplificação do discurso, da compreensão do problema e, por isso mesmo, da aplicação nos casos concretos.

A visão acima, porém, é estereotipada, generalista e, por conta disso, obsoleta. Não deve ser mantida, portanto.

Parece que o Supremo Tribunal Federal no Brasil pretende importar a doutrina, aplicável em diversos países europeus, das *relações especiais de sujeição* quando se trata de regime jurídico dos servidores públicos, aplicando-a porém em moldes quase absolutistas, negatórios dos direitos fundamentais enquanto projeção cara ao Estado Democrático de Direito.

Tratando especificamente do tema, Clarissa Sampaio Silva conclui que "não há, no âmbito da Administração Pública, espaços imunes às garantias do Estado de Direito, nomeadamente a vigência da Constituição, do princípio da legalidade e dos direitos fundamentais", explicando com total acerto também que

> 3) a noção de relação especial de sujeição, pois, não serve mais como justificativa ou instrumento para, por si só, limitar direitos fundamentais das pessoas nelas insertas. Ou seja, os servidores públicos, enfermos, militares, estudantes não têm automaticamente seus direitos diminuídos pelo simples fato de ingressarem na organização administrativa, pois tais domínios fazem parte, consoante acima destacado, do Estado de Direito. (...) 7) semelhantes razões impedem que qualquer vínculo travado entre o Poder Público e o particular, no qual haja presença de prerrogativas acentuadas em favor do primeiro, seja tratado como relação especial de sujeição como categoria única, o que implicaria colocar, sob mesmo denominador situações absolutamente distintas.[294]

Servidor público não pode ser penalizado pela escolha feita em atuar em prol do público e não na iniciativa privada. A continuar prosperando o entendimento que hoje e ontem vicejam no STF sobre a inexistência axiomática de direito adquirido a regime jurídico, o esvaziamento dos servidores mais qualificados é uma consequência quase que necessária.

E, numa perspectiva macro da questão, ainda se tem outro problema: cria-se duas ordens de cidadãos, uma atrelada ao Estado e que, por conta disso, tem de se submeter a restrições que lhe seriam inatas, já que a sua opção pelo funcionalismo público representa uma automática admissão de limitar direitos inerentes a sua condição funcional; outra, dos não servidores, destinatários dos serviços públicos e que, por conta da autonomia da vontade, podem contratar e, então, terão suas expectativas e suas relações jurídicas albergadas pelo Estado.

---

[294] SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição*: o caso dos agentes públicos. Belo Horizonte : Fórum, 2009, p. 118/119

Soa como uma iniqüidade flagrante, uma violência sem tamanho à isonomia material e, em particular, ainda reflete uma baixa percepção da importância e da força normativa da Constituição Federal em vigor e dos paradigmas do constitucionalismo contemporâneo.

O que se conclui e precisa restar claro é que, na realidade, lendo direito o que o Supremo Tribunal Federal afirma, *por via semântica oblíqua a Corte Suprema reconhece existir o direito adquirido quanto a fórmula de cálculo e demais vantagens caso a mudança por nova norma ensejar redução remuneratória global*, o que é - parcialmente - suficiente para preservar o respeito à garantia.

A tarefa agora é estender o entendimento acima para todas as demais vantagens que se incorporaram no patrimônio jurídico pessoal dos servidores, sempre moldados pela ponderação de bens conexionada com a presunção de se preservar as justas expectativas também nas relações estatutárias – que não se constituem em modalidade especial de relações jurídicas e, por isso mesmo, devem firme obediência aos ditames constitucionais, entre eles o direito adquirido.

6.2 DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO E REFLEXOS NOS CONCURSOS PÚBLICOS

A deliberação do Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 598.099/MS, realizada no final do ano de 2011, veio consolidar a importância da aplicação da segurança jurídica e da proteção do direito adquirido em matéria de concursos públicos.[295]

---

[295] Em síntese, foram as seguintes as conclusões da Corte Suprema: "a Administração Pública está autorizada a determinar o momento de nomeação, mas não pode "dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público". Isso decorre do "dever de nomeação" que a mesma possui nas hipóteses de ser "publicado o edital do concurso com número específico de vagas", com o que o ato que declara os candidatos aprovados no certame gera um "direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas"; por conta do dever de prestigiar a boa-fé, a segurança jurídica e o princípio de proteção à confiança, não se pode mais negar que a abertura do certame enseja uma expectativa quanto ao comportamento da Administração segundo as regras previstas nesse edital. Em face desta mesma confiança no Estado administrador, este deve "observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento" particularmente tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos; consagrou o entendimento da existência de um direito subjetivo à nomeação, ao mesmo tempo em que reconheceu e preservou a "força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração", gerando com isso o reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação e o de cada qual "exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos."- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 598.099/MS*, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe de 03/10/2011.

O Supremo Tribunal Federal tratou no mesmo julgamento da relativização desta obrigatoriedade, vindo – e esse foi um grande avanço no tema – a fixar critérios mais objetivos para sua ponderação. Os ministros entenderam que há de se levar em conta a "possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público".

Mas consideraram que essa exceção tem de se pautar em critérios sólidos e cumulativos para se legitimar juridicamente (o que pode vir a ser controlado judicialmente inclusive, como referido expressamente).[296]

O uso dos *standards* propostos pelo Supremo Tribunal representa uma importante ferramenta hermenêutica para fins de solucionar os conflitos sobre o tema.

No entanto, em que pese tenha o STF afirmado de forma peremptória que a regra é a consagração do direito subjetivo a nomeação de quem está nas vagas já indicadas no edital, parece que ainda não se obteve a ressonância necessária no Superior Tribunal de Justiça desta visão, notadamente diante do princípio da máxima efetividade constitucional.

Nele, STJ, por exemplo, as mais recentes decisões ainda afirmam que "eventuais vagas criadas/surgidas no decorrer da vigência do concurso público, por si só, geram apenas mera expectativa de direito ao candidato aprovado em concurso público", já que "o preenchimento das referidas vagas está submetido à discricionariedade da Administração Pública".[297]

Do mesmo modo, tratando dos *extraclassificados*, define que eles não podem exigir a nomeação ainda que "novas vagas forem surgindo no período de validade do concurso - por criação de lei ou por força de vacância - cujo preenchimento está sujeito a juízo de conveniência

---

[296] "Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário." - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 598.099/MS*, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe de 03/10/2011.

[297] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 31847/RS*, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe de 30/11/2011.

e oportunidade da Administração"[298], pois a Corte Superior pacificou entendimento que somente é obrigatória a nomeação dos candidatos aprovados se, durante o prazo de validade do concurso público, são abertas novas vagas com a condição de serem estas preenchidas por contratação temporária.[299]

O entendimento ressalva a discricionariedade da Administração mesmo que lei ou vacância e cargos ensejem, ao longo do certame, a abertura de novas vagas. Parece, com o respeito devido, que a orientação está equivocada.

Quando há contratação precária surge o direito líquido e certo porque houve uma violência direta e frontal ao princípio constitucional da impessoalidade, vertido no artigo 37 da Constituição Federal brasileira de 1988. De fato, devendo agir de forma escorreita, o Estado não tem o direito de escolher como organizar as suas necessidades fora do estrito respeito ao devido processo legal, tanto adjetivo quanto substantivo.

Entretanto, essa observação se extrai pelo viés objetivo da questão. O nível de discricionariedade do Estado não pode lhe facultar o atalhamento das exigências constitucionais, da mesma forma que não lhe permite desprezar a confiança que os cidadãos depositaram quando da abertura do certame público.

Com todo o respeito às posições dissonantes, entende-se que também o aspecto subjetivo da questão não pode e nem deve ser desprezado, o que significa ter o Estado o dever fundamental (frisando que "os deveres não são um risco para os direitos; são indispensáveis à sua efetividade")[300] de coibir ainda a violação aos princípios da moralidade e da eficiência administrativas em casos como o presente.

---

[298] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 34789/PB*, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJe de 25/10/2011.

[299] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 34138/MT*, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe de 25/10/2011. Sobre o tema, é certo, são diversos os precedentes do STF e do STJ: RE 581.113/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 31.5.2011; EDcl no RMS 34.138/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 25.10.2011; RMS 22.908/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 18.10.2010; RMS 32.105/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 30.8.2010; RMS 20.565/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 21.5.2007; AgRg no REsp 652789/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer DJ 1º.8.2006.

[300] MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *Introdução ao estudo sobre os deveres fundamentais*. Salvador : *JusPodivm*, 2011, p. 74. Afirma ainda o autor: "Assume relevo a análise do tema, pois o *Estado de Direitos Fundamentais* é o Estado atento à aplicabilidade e eficácia das normas relativas aos deveres fundamentais que se colocam ao serviço da pessoa humana: o respeito pelas vinculações emergentes de certos deveres fundamentais é tão essencial para a tutela do ser humano e da sua dignidade como os próprios direitos fundamentais – se é certo que os direitos pressupõem deveres, também é verdade que os deveres escondem direitos." – *Idem*, p. 16, grifo do original.

A violência ocorre porque, criada a vaga por lei ou por circunstância objetiva indiscutível (a vacância de cargo então ocupado) fica instalada verdadeira confusão interpretativa sobre a incidência da discricionariedade em casos como o presente.

Por poder discricionário[301] se deve compreender "a faculdade conferida à autoridade administrativa de, ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis", gerando uma "liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar", qual seja, às "normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo", como afirma Odete Medauar[302].

Celso Antônio Bandeira de Mello complementa afirmando que tem lugar a verdadeira ação discricionária "quando a norma antecipadamente legitima o juízo ou a vontade que vier a ser produzida pela Administração" se "expendida [a decisão administrativa] dentro dos limites de liberdade contidos nos marcos ou referenciais constantes da lei e manifestada em ordem a implementar o específico objetivo público nela consagrado". Isso explica afirmação anterior:

> Reversamente, fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador certa esfera de liberdade, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei.[303]

Percebe-se que inserido no núcleo essencial do conceito de discricionariedade está a noção de juízo subjetivo do administrador autorizado pela norma jurídica. Ora, se a regra é o chamamento dos aprovados e surge nova vaga, por lei ou por vacância, *inexiste espaço válido para um juízo subjetivo*, na exata medida em que a própria lei ou a organização administrativa *exigem a satisfação da vaga que se constituiu*.

Daí decorre a compreensão que se defende no sentido de haver violação tanto a eficiência quanto a moralidade administrativa.

---

[301] Entendendo que a discricionariedade é um imperativo da Administração Pública, posto que, "perante a dinâmica do mundo moderno, onde sempre vêm surgindo situações novas e imprevistas, que exigem uma atuação célere e eficaz da Administração, o legislador está impossibilitado de regulamentar todos os possíveis casos de modo antecipado e em detalhes", KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais – um estudo comparativo. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004, p. 18.

[302] MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p. 117 e 119.

[303] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo : Malheiros, 2009, p. 37/38.

Viola-se a eficiência porque esta exige que, dentro do plausível, a Administração Pública adote todas as providências necessárias para a consecução do serviço público da melhor forma possível – sendo certo que a continuidade do serviço ao público é princípio do próprio Direito Administrativo.[304]

Viola-se ainda a moralidade porque, como adverte Marcelo Figueiredo, este é "norma jurídica e, como tal, denso em conteúdo, a fim de que seu intérprete possa aplicá-lo de imediato", sendo certo ainda que "os princípios da boa-fé, da lealdade administrativa, da proibição do enriquecimento sem causa da Administração, são princípios implícitos (contidos) no princípio da moralidade administrativa", justificando:

> Sendo assim, (...) afirmando que os princípios da boa-fé, da lealdade administrativa, da proibição do enriquecimento ilícito, são princípios gerais de Direito. Com a proclamação do princípio da moralidade administrativa na Constituição, aludidos princípios passaram a ser exigíveis com mais força e eficácia, já que conaturais (Lucia Valle Figueiredo) ao princípio da moralidade administrativa. Receberam como que um "reforço" jurídico para sua integral aplicação e entendimento no mundo jurídico.[305]

Aqueles fora do número de vagas original podem, ainda, enquanto concretização dos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (bem como projeção concreta da justa expectativa), *exigir o direito constitucionalmente adquirido, advindo do aspecto da proteção da confiança, a que o concurso seja prorrogado dentro da previsão inicial do certame contida no edital*, inaplicável aqui a discricionariedade do administrador abrir novo concurso porque

---

[304] "Deve ser lembrada a advertência de Paulo Modesto: "Nunca houve autorização constitucional para uma administração pública ineficiente. A boa gestão da coisa pública é obrigação inerente a qualquer exercício da função administrativa e deve ser buscada nos limites estabelecidos pela lei. A função administrativa é sempre atividade finalista, exercida em nome e em favor de terceiros, razão pela qual exige legalidade, impessoalidade, moralidade, responsabilidade, publicidade e eficiência dos seus exercentes. O exercício regular da função administrativa, numa democracia representativa, repele não apenas o capricho e o arbítrio, mas também a negligência e a ineficiência, pois ambos violam os interesses tutelados na lei. (...) Eficiência, para fins jurídicos, não é apenas o razoável ou correto aproveitamento dos recursos e meios disponíveis em função dos fins prezados, como é corrente entre os economistas e os administradores. A eficiência, para os administradores, é um simples problema de otimização de meios; para o jurista, diz respeito tanto a otimização dos meios quanto a qualidade do agir final"." - MODESTO, Paulo. "Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência", p. 832/833 e 835 in *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo : Editora NDJ, Ano XVI, n. 11, Nov. 2000, p. 830-837.

[305] FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na constituição*. 1. ed. 2. tir. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 104 e 107. Em outra obra de sua autoria o professor explica que "para Sainz Moreno o princípio da boa-fé protege um bem, o valor ético-social da confiança juridicamente válida em face de qualquer lesão objetiva que possa sofrer, haja ou não dolo." – FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*: comentários à lei 8.429/92 e legislação complementar. São Paulo : Malheiros, 1995, p. 22.

frustraria a confiança depositada na Administração de, até o último momento de validade da seleção, aguardar a abertura de nova vaga ou a vacância de um cargo.[306]

Não se compreende como direito adquirido, por conseguinte, a exigência de renovações em quantidade superior ao que determinado no edital. Aqui se trata de liberalidade da Administração e, portanto, de decisão inclusa no campo da discricionariedade.

Exemplificando, se um edital de concurso público afirma que o prazo de validade (o qual enseja a prioridade dos aprovados por determinação do artigo 37 da Constituição) é de dois anos, prorrogável uma vez por igual período, a critério exclusivo da Administração, tem-se três realidades a considerar:

a) o prazo de dois anos somente pode ser extinto antecipadamente se todas as vagas forem preenchidas;
b) atingido o termo final dos dois anos, a validade deve ser considerada renovada automaticamente, ainda que não seja expedido ato específico na hipótese, posto que consequência dos princípios da moralidade e da eficiência;
c) a locução editalícia “a critério exclusivo da Administração” resta sem significado válido porque abusa do poder discricionário, na medida em que frustra as expectativas dos candidatos envolvidos no procedimento de ingresso na Administração Pública, o qual somente pode ser considerado encerrado quando exaurido o tempo de validade total (normal + prorrogação automática).

Relevante lembrar a definição de Robert Alexy sobre princípios serem "exigências de otimização" ou, mais especificamente, "normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro do contexto jurídico e real existentes".[307] Mostra-se útil a referência porque tanto a eficiência quanto a moralidade são princípios reitores da Administração Pública em geral, não podendo ser menosprezados pelo arbítrio individual do administrador.

---

[306] No mesmo sentido TESSEROLLI, Eduardo. “O STJ e o concurso público: os atos de nomeação e prorrogação praticados em concursos públicos, segundo a visão do Superior Tribunal de Justiça”. Disponível em http://eduardotesserolli.wordpress.com/2010/01/07/stj-e-concurso-publico-atos-nomeacao-prorrogacao-praticados-concursos-publicos/. Acesso em 18/01/2012.

[307] ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid : Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

O raciocínio é precisamente este: *o direito subjetivo do candidato resta violado se ele tem diminuído o tempo de disputa pela vaga que almeja*, o que já bem se pode aquilatar quando o interessado se inscreve no certame e não manifesta desistência na continuidade do mesmo.

O pensamento pode ser depreendido da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para quem "Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade".[308]

Uma das maiores razões teóricas para a alteração da forma de pensar administrativa é, seguramente, a incorporação paulatina da ideia de Juarez Freitas acerca do direito fundamental à boa administração pública, assim conceituado pelo autor:

> É que o estado da discricionariedade legítima, na perspectiva adotada, *consagra e concretiza o direito fundamental à boa administração pública*, que pode ser assim compreendido: trata-se do *direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem*.[309]

O referido autor ainda esclarece, com precisão, que "Sem exceção, *o controle do vício ou do 'demérito' alcança até a incoerência da conduta administrativa*" para finalizar esclarecendo que – como parece ser o caso nesse exemplo acima referido – pode ser caracterizado o *vicio da discricionariedade excessiva ou abusiva*, ocorrente em suma por opções do administrador sem lastro em regra válida (como aqui ocorre ao nosso sentir).[310]

Outra situação importante e que ocorre com frequência invulgar é a alteração de normas jurídicas envolvendo o regime de vantagens ou mesmo o enquadramento funcional primeiro dos servidores que estão realizando o concurso público.[311] O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado sobre o tema, negando o que ora se sustenta:

---

[308] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 192.568/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJU de 13/09/1996.

[309] FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 2009, p. 22, com grifos do original.

[310] *Idem, Ibidem*, p. 25 e 27, com grifos do original.

[311] Seabra Fagundes já esclareceu que "A norma enuncia de modo geral o direito, e ele se incorpora ao patrimônio jurídico do administrado, no momento em que este preencha os requisitos, aos quais ficou condicionada a sua individualização. Os procedimentos administrativos, quando tenham lugar, se destinam apenas a tornar os direitos praticamente eficazes e não a fazê-los nascer. (...) Em outros casos, o ato administrativo pode ser a fonte imediata do

> ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. INGRESSO NO PADRÃO INICIAL DA CARREIRA COM ALTERAÇÃO DE LEI POSTERIOR AO CERTAME. LEGALIDADE. PREVALÊNCIA DO EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de aplicar a lei vigente na data da nomeação do servidor em cargo público, ainda que o edital do certame contivesse previsão de ingresso em outro padrão de carreira e de vencimento.[312]

O entendimento acima referido, com o respeito devido, merece ser reavaliado diante da garantia do direito adquirido e dos princípios da confiança e da segurança jurídica.

O concurso público é um procedimento de seleção, o qual é formado por diversas fases que se sucedem até o desfecho final que, no caso de admissão de pessoal, se revela pela tríade nomeação, posse e entrada em exercício das atividades próprias do cargo.

José dos Santos Carvalho Filho reconhece no provimento um fato administrativo consistente no preenchimento de um cargo vago, sendo que por provimento originário tem-se "aquele em que o preenchimento do cargo dá início a uma relação estatutária nova, seja porque o titular não pertencia ao serviço público anteriormente, seja porque pertencia a quadro funcional regido por estatuto diverso do que rege o cargo agora provido". Prossegue explicando ainda que nomeação "é o ato administrativo que materializa o provimento originário".[313]

---

direito subjetivo. A lei será inoperante por si mesma. É preciso que lhe suceda ato administrativo de aplicação, a fim de que nasça direito subjetivo para alguém. Isto se passa, por exemplo, na hipótese de nomeação de funcionário público. A lei cria o cargo, estipula as condições de preenchimento e fixa as vantagens cabíveis ao titular. Mas o direito subjetivo às vantagens do cargo terá como fonte necessária o ato administrativo de nomeação."" - FAGUNDES, Miguel SEABRA, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. rev. São Paulo : Saraiva, 1984, p. 149, com grifos acrescidos de nossa parte.

[312] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.367.797/MG*, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe de 01/04/2011. Da leitura do voto condutor do julgamento unânime que se operou na espécie, chamam a atenção os seguintes argumentos: (i) o Tribunal de origem, Minas Gerais, negou o direito pretendido com base no argumento que o provimento originário daquele que passa a ocupar um cargo público se dá com sua nomeação e, por isso mesmo, "Apenas com o ingresso efetivo das autoras no serviço público (nomeação + posse + exercício), portanto, é que se pode ter como criado o vínculo com o órgão para quaisquer fins, seja remuneratórios, seja previdenciários e, sobretudo, para fins de plano de carreira"; (ii) "segundo a orientação do STJ, não há falar em direito adquirido nesta hipótese, pois ao servidor público, para fins de enquadramento na carreira, aplica-se a lei vigente à época da sua nomeação, e não a lei em vigor ao tempo da realização do concurso público"; (iii) finalizou-se o voto com recurso a um "precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal, que tem afirmado, reiteradamente, não haver 'direito adquirido a regime jurídico. O vínculo entre o servidor e a Administração é de direito público, definido em lei, sendo inviável invocar esse postulado para tornar imutável o regime jurídico, ao contrário do que ocorre com vínculos de natureza contratual, de direito privado, este sim protegido contra modificações posteriores da lei.' (RE-AgR 287261/MG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJ 26/08/2005)".

[313] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23 ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010, p. 670/671.

Em verdade, parece que a melhor forma de encarar o ato de nomeação é reputá-lo como um *ato-condição*, como faz Manoel Ribeiro. Para o administrativista baiano, "O ato-condição não cria direitos. Tem efeitos atributivos, isto é, atribui uma situação ou um *status*. É um ato intermediário entre a situação jurídica geral e a situação jurídica individual", completando o raciocínio afirmando que ele se identifica por colocar o interessado na possibilidade do exercício de direitos e do cumprimento dos deveres dentro desse *status* recebido. E finaliza, confirmando a tese:

> Muitas vezes, está ligado a um ato individual. É, por exemplo, o ato individual de nomeação, que é um ato condição porque atribui ao indivíduo um *status*, dá-lhe situação ou condição para exercer poderes jurídicos como funcionário e cumprir deveres jurídicos na mesma qualidade.[314]

Assim, se a nomeação há de ser considerada um ato atributivo do *status* para exercício de poderes jurídicos, e sendo induvidoso que a regra matriz constitucional exige que a nomeação se opere como parcela final da admissão de pessoal mediante processo seletivo de concurso público (necessariamente continuado por definição ontológica), entende-se que o edital do certame é o marco jurídico para a definição do regime jurídico se individualizar mediante aderência ao agente interessado e, por conta disso, a mudança de normas ocorrida desde a divulgação do edital e ao longo do processo seletivo não pode e não deve prejudicar os benefícios que, no momento da nomeação, serão apenas atribuídos – no sentido de reconhecidos ou declarados – para o agora titular do cargo ou posto na Administração Pública.

Sustenta-se, pois, contrariando a orientação formada no Superior Tribunal de Justiça, que deve ser reconhecido direito adquirido na hipótese de, criado o vínculo com a Administração Pública quando da nomeação mas com retroatividade desde a adesão ao edital – por ser ela, a nomeação, ato-condição -, ao servidor público deve ser resguardado no que toca a seus benefícios (remuneratórios, previdenciários e para fins de plano de carreira), a lei vigente ao tempo da realização do concurso público e não aquela em vigor à época da sua nomeação, desde que mais favorável.

---

[314] RIBEIRO, Manoel. *Direito administrativo* Vol. I, Salvador : Editôra Itapoã LTDA., 1964, p. 49. Deve-se ao Procurador da República na Bahia, André Batista Neves, essa referência esclarecedora.

Com base na mesma fundamentação teórica resolve-se outra questão relevante e de abrangência ampla, qual seja, a alteração de normas do edital com o concurso já em andamento, mas antes da homologação do mesmo.

O Supremo Tribunal Federal tem entendimento firmado no sentido que, por força do princípio da legalidade, somente se considera concluído o certame seletivo quando da homologação do mesmo e, por conta disso, a Administração está autorizada a alterar condições constantes do instrumento convocatório para "adaptá-las à nova legislação aplicável à espécie, visto que, antes do provimento do cargo, o candidato tem mera expectativa de direito à nomeação".[315]

Mais recente no tempo, a orientação da Primeira Turma veio a ser confirmada pela Segunda Turma.[316] Neste último caso, o Supremo Tribunal estava diante de uma situação individual onde as inscrições se realizaram em setembro de 1989, a prova ocorreu em outubro de 1989, novas leis exigindo requisito antes desprezado (diploma de conclusão do segundo grau) advieram em dezembro de 1989 e a homologação do certame se deu em fevereiro de 1990.

A questão central a ser enfrentada foi "saber se deve ser obedecido o que dispõe o edital ou a lei superveniente, quanto ao grau de escolaridade do recorrido", como consta do voto condutor de uma lauda apenas.

A conclusão, respaldada em precedentes anteriores da Corte, foi no sentido que a Administração estava autorizada a implementar a exigência de forma imediata, já que o concurso ainda não havia sido homologado, consolidando entendimento que, por conta do princípio *tempus regit actum*, a lei vigente ao tempo do ato de provimento do cargo é que reger as condições de acesso.

---

[315] "EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADOS DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 50/98, QUE, APÓS A CONCLUSÃO DA PRIMEIRA ETAPA, PASSOU A EXIGIR ESCOLARIDADE DE NÍVEL SECUNDÁRIO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 5º, INCISO XXXVI. DIREITO ADQUIRIDO INEXISTENTE. Em face do princípio da legalidade, pode a Administração Pública, enquanto não concluído e homologado o concurso público, alterar as condições do certame constantes do respectivo edital, para adaptá-las à nova legislação aplicável à espécie, visto que, antes do provimento do cargo, o candidato tem mera expectativa de direito à nomeação ou, se for o caso, à participação na segunda etapa do processo seletivo." - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 290.346/MG*, rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJU de 29/06/2001, p. 58.

[316] "ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO. ALTERAÇÃO DO EDITAL. 1. Enquanto não concluído e homologado o concurso público, pode a Administração alterar as condições do certame constantes do respectivo edital, para adaptá-las à nova legislação aplicável à espécie. Antes do provimento do cargo, o candidato tem mera expectativa de direito à nomeação. Precedentes. 2. Recurso provido." - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 318.106/RN*, relª. Minª. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJU de 18/11/2005, p. 25.

Com o respeito devido, parece ser equivocada a linha de entendimento na medida em que o interessado apenas se vincula para disputa válida de um certame como o mesmo, em regra[317], partindo do pressuposto que os requisitos para habilitação à posse restarão satisfeitos no momento oportuno, a fim de que se concentre nas provas que lhe serão atribuídas.

Ademais, justamente porque a falta das condições exigidas quando da divulgação do edital é fator que motiva grande parte das desistências de concorrer às vagas, permitir que uma exigência seja alterada em fase terminal do certame, faltando apenas a homologação – o que pressupõe todos os atos materiais já terem sido aperfeiçoados anteriormente – parece ofender, sim, o direito adquirido dos candidatos ao "devido processo administrativo concursal".

Não há, também, norma legal que imponha prazo certo para que a Administração Pública federal homologue os concursos públicos[318], o que pode ensejar um âmbito de insegurança para os interessados muito relevante caso se prolongue no tempo a inércia na finalização do certame.

Por fim, parece que o próprio Supremo Tribunal terminou por já evoluir no seu entendimento quando, julgando a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.460/DF, relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, tratando dos requisitos para disputa de concurso público, assentou que "O momento da comprovação desses requisitos deve ocorrer na data da inscrição no concurso, de molde a promover maior segurança jurídica tanto da sociedade quanto dos candidatos".[319]

A razão pela qual o Supremo, neste caso, e após intenso debate entre os Ministros, alterou jurisprudência da Corte que entendia a posse como marco para a comprovação dos requisitos de assunção ao cargo público, foi mesmo para evitar que aventuras individuais se sobrepujassem ao interesse público, como se extrai dos votos da Ministra Carmen Lúcia e Cezar Peluso em especial.

---

[317] Já que se tem notícia de pessoas que, cientes da falta de requisitos quando da inscrição no concurso e mesmo quando da eventual posse enquanto ato final, ainda assim se inscrevem e passam pelas fases sucessivas da seleção aberta. Também é comum a figura do "treineiro", aquele que, nos concursos vestibulares e em alguns concursos para cargos públicos, submetem-se às provas para fins de compreender a dinâmica de tempo, de dificuldade, de preparo pessoal e de envolvimento emocional para melhor preparação individual quando for realizar o exame com possibilidades reais de admissão.

[318] O Decreto Federal nº 6944/2009, por exemplo, apesar de proceder a detalhamento minucioso das fases dos concursos no âmbito federal e, após, da mesma forma minudente, estabelecer os elementos essenciais de um edital de concurso no mesmo nível, nada trata de prazo para o ato de homologação. Alguns Estados brasileiros, porém, prevêem prazo em seu âmbito, como é o caso de Minas Gerais, que estabelece mínimo de 30 dias úteis contados desde a data da publicação da lista com a classificação final dos candidatos aprovados, nos termos do Decreto Estadual nº 42889/2002.

[319] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.460/DF*, rel. Min. Carlos Britto, Pleno, DJe de 15/06/2007.

Na mesma linha, pois, parece ser o caso das alterações.

Caso se renove o edital, com a reabertura dos prazos e oportunização para outros que, nas condições novas, possam concorrer ao certame – sem que os anteriores já inscritos estejam automaticamente eliminados -, a atuação administrativa restará perfeita. Não havendo essa renovação, alteração no curso do certame, ainda que por decorrência de nova legislação, não pode colher os já envolvidos no concurso sem lhes ferir o direito adquirido derivado da justa expectativa que já possuem desde a inscrição.

6.3 DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO EM FACE DE QUESTÕES PREVIDENCIÁRIAS

A seara da Previdência Social é, seguramente, um dos campos mais férteis para a ocorrência de questões envolvendo tensionamento entre a vontade-necessidade de mudanças sistemáticas e a proteção dos direitos adquiridos (dentre eles, o direito ao regime jurídico).

A seguridade social, definida no art. 194 da Constituição como "um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade" se destina a "assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social", sendo "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" bem como diversas contribuições sociais (art. 195).

A matriz do sistema previdenciário brasileiro encontra-se em sede constitucional. No conjunto dos arts. 201 ao 204 (abarcando também a assistência social, enquanto setor daquela[320]) encontram-se as disposições expressas acerca do formato e da execução do sistema de seguro social e atendimento à sociedade vigente em nosso país. Tais normas já foram objeto de, pelo menos, três emendas constitucionais (Emendas nº 20/1998, 42/2003 e 47/2005) especificamente promovendo alterações no texto e em grande parte dos institutos que vieram do constituinte originário, o que foi objeto de crítica por parte de André Ramos Tavares:

> Referidas emendas pretenderam organizar e sanear a previdência, estruturando-a em termos mais racionais e mais "igualitários". Contudo, para tanto, promoveu uma série de alterações que, para dizer o mínimo, chocaram-se frontalmente com legítimas

[320] BALERA, Wagner. *A seguridade social na constituição de 1988*, São Paulo : Saraiva, 1989, p. 45.

> expectativas de direitos dos indivíduos, prolongando prazos anteriores para que se alcançasse a aposentadoria e eliminando fórmulas intermediárias de aposentadoria (como a proporcional).[321]

Como afirma Ivan Kertzman, "*a previdência social objetiva a cobertura dos riscos sociais*", esclarecendo que "Riscos sociais são os infortúnios que causam perda da capacidade para o trabalho e, consequentemente, para a manutenção do sustento".[322] E se rege, dentre diversos outros, pelo *princípio da solidariedade*, considerado como "o espírito que deve orientar a seguridade social", pois "a solidariedade é o pilar de sustentação do regime previdenciário", sendo importante frisar que

> Este princípio pode ser analisado sob a ótica horizontal ou vertical. Horizontalmente, representa a redistribuição de renda entre as populações (pacto intra-geracional) e verticalmente significa que uma geração deve trabalhar para pagar os benefícios das gerações passadas (pacto inter-geracional). Este sistema somente é possível nos regimes previdenciários de repartição simples.
> A solidariedade do sistema previdenciário obriga contribuintes a verterem parte de seu patrimônio para o sustento do regime protetivo, mesmo que nunca tenham a oportunidade de usufruir dos benefícios e serviços oferecidos.[323]

O princípio da solidariedade social serviu como pano de fundo argumentativo para um dos julgamentos mais importantes da história do Supremo Tribunal Federal, qual seja, o relativo à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105/DF, que tratou da possibilidade constitucional de cobrança de contribuição previdenciária dos servidores inativos e dos pensionistas.

Nesse julgamento foi debatida também outra questão das mais controversas: a tensão entre a proteção dos direitos adquiridos em matéria previdenciária e o mandamento constitucional do equilíbrio atuarial, contido nos arts. 40, *caput*[324], e 201, § 9º[325], da Constituição de 1988.

---

[321] TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. , São Paulo : Saraiva, 2010, p. 848.

[322] KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de direito previdenciário*. 8. ed. Salvador : JusPodivm, 2011, p. 30, com grifos do original. O mesmo autor elucida que os regimes de previdência social pública do Brasil se organizam com base no formato financeiro da repartição simples de financiamento, o que significa que "as contribuições são depositadas em um fundo único. Os recursos são, então, distribuídos a quem deles necessitar". E são eles o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), ambos de natureza pública pois administrados pelo Poder Público – respectivamente, pelo INSS/Receita Federal do Brasil e pelos entes federados que preferiram organizar seu pessoal por um estatuto próprio (p. 31/34).

[323] *Idem, Ibidem*, p. 47/48. No mesmo sentido, SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo brasileiro*, 30 ed. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 834: "A retribuição da aposentadoria, chamada *proventos*, será calculada com base no salário de contribuição. (...) Quer dizer, o segurado só se aposenta com retribuição igual ao seu salário quando este for igual ou inferior ao salário de contribuição. Quando o salário for superior a este, se o segurado quiser manter seu padrão terá de recorrer ao regime de previdência complementar, na forma do art. 202 (...). Isso, do ponto de vista social, é correto, porque a previdência pública destina-se a satisfazer os menos favorecidos".

A leitura atenta dos votos de cada qual dos Ministros que participaram do julgamento histórico antes referido[326], no qual foi julgada improcedente a Ação Direta por maioria de sete votos a quatro (vencidos Ellen Gracie, Ayres Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello) permite verificar que:

a) pelo menos dois Ministros – Gilmar Mendes e Nelson Jobim – pautaram suas análises na questão atuarial;
b) os votos vencedores, capitaneados pela tese da ausência de direito adquirido a não ser tributado ou da ausência de imunidade eterna do Ministro Cezar Peluso, quase todos se reportaram ao princípio da solidariedade social;
c) os votos vencidos, longe de negarem a importância da solidariedade, sobrelevaram a proteção individual que deve ser operada mesmo em face de emendas constitucionais, como a Emenda 41 discutida na lide.[327]

Alberto Barbosa Lima, analisando os votos proferidos, conclui com precisão que o "principal argumento dos que votaram pela improcedência da ADI 3.105 foi o de que o direito adquirido não assegura regimes jurídicos (...). Caso contrário nenhuma reforma poderia ser feita, já que todos teriam direito à manutenção de uma situação institucional", reforçando sua análise ao afirmar que foi a influência do aspecto sócio-econômico e do déficit previdenciário em quase todos os pronunciamentos terminou por evidenciar que "o futuro obscuro da Previdência praticamente força a tomada de medidas drásticas".[328]

---

[324] "Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo".

[325] "Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a (...) § 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei".

[326] Ellen Gracie (Relatora); Joaquim Barbosa; Carlos Ayres Britto; Cezar Peluso; Eros Grau; Gilmar Mendes; Marco Aurélio; Carlos Veloso; Celso de Mello; Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim formavam a composição plena do STF.

[327] Para uma análise pormenorizada de todos os votos proferidos, conferir LIMA, Alberto Barbosa. "Reformas da previdência e contribuição dos servidores inativos e pensionistas: como o STF lida com um problema econômico que conflita com direitos adquiridos – uma análise da ADI 3.105". In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (Coord.). *Jurisprudência constitucional*: como decide o STF? São Paulo : Malheiros, 2009, p. 319/332 e JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direitos adquiridos na interpretação do Supremo Tribunal Federal*, Rio de Janeiro : GZ Editora, 2010, p. 73/110.

[328] LIMA, Alberto Barbosa. "Reformas da previdência e contribuição dos servidores inativos e pensionistas: como o STF lida com um problema econômico que conflita com direitos adquiridos – uma análise da ADI 3.105". In:

Analisando a evolução do pensar do STF quando dos 20 anos da Constituição, Lilian Barros de Oliveira Almeida conclui, porém, que restou inalterado o pensamento sobre o tema, pois "tendo a Corte Constitucional pátria sempre entendido que inexiste direito adquirido a não sofrer tributação, bem assim que inexiste direito adquirido, conclui-se que o STF jamais entendeu haver direito adquirido dos inativos à não incidência de contribuição previdenciária"[329]

Desde logo queremos deixar assentado nosso pensamento acerca das questões tormentosas: de um lado, a solidariedade é um dos princípios da previdência e, portanto, *a priori*, de igual estatura a garantia do direito adquirido, não podendo nem devendo prevalecer por si mesmo isoladamente; de outro lado, o argumento do equilíbrio atuarial ser motivo ensejador da necessidade de revisão do quadro da previdência, abarcando os inativos e pensionistas, é falacioso se desligado das outras – e mais graves – razões da ineficiência do sistema brasileiro.

O seguro social foi o último dos tipos básicos de atividade securitária ao longo da história, surgindo na Alemanha em 1883 e, no Brasil, seu surgimento coincide com o advento da Lei nº 3.724/1919. Ocorre que o "aperfeiçoamento que alcançou o seguro nos tempos atuais exige a atuação de pessoas que se dedicam exclusivamente a essa atividade", dentre eles o atuário. Este é "um técnico cujo instrumento de trabalho é a estatística, e executa cálculos das operações financeiras, ajustas as operações realizadas em relação às provisões técnicas, à venda dos seguros e à sua manutenção".[330]

Por definição temos que "a ciência atuarial cuida da Matemática da Seguridade e 'é um instrumento eficiente na mensuração de riscos cujo escopo compreenda alguma forma de solidariedade ou mutualidade", sendo que ela "se fundamenta em princípios probabilístico-

---

COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (Coord.). *Jurisprudência constitucional*: como decide o STF? São Paulo : Malheiros, 2009, p. 331.

[329] ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. "O direito adquirido na jurisprudência do STF: análise do julgamento das ADIns 3.105 e 3.128". In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do (Org.). *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*, São Paulo : Saraiva, 2010, p. 219. É preciso esclarecer, como feito pela autora no corpo do seu artigo, que após a EC 20/98 a cobrança não foi aceita porque ausente autorização constitucional, já que criada por lei ordinária. O STF confirma esse entendimento: "AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE PROVENTOS DE INATIVOS E PENSIONISTAS. LEI ESTADUAL Nº 7.672/1982. ILEGITIMIDADE DE SUA COBRANÇA NA VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 20/1998. É inconstitucional a cobrança, após o advento da EC 20/1998, de contribuição previdenciária sobre os proventos de inativos e pensionistas, conforme jurisprudência firmada neste Supremo Tribunal Federal. Essa orientação aplica-se até o advento da Emenda Constitucional 41/2003, cujo art. 4º foi declarado constitucional por esta Corte, no julgamento das ADIs 3105 e 3128. Restituição do valor das contribuições descontadas na vigência da Emenda Constitucional 20/1998." – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 424055/RS*, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJU de 05/05/2006, p. 37.

[330] KRAVEC, Alecseo; STANDERSKI, Wlademiro. *Seguros privados e previdência complementar*: organização e contabilidade. São Paulo : Livraria Pioneira, 1979, p. 109.

estatístico, econômico-financeiro e de mutualismo", visando "reduzir riscos homogêneos de forma a minorar prejuízos, mediante o rateio desses riscos dentre uma determinada população".[331] Porém, e essa informação é crucial para a análise da questão, existe um "grande número de métodos para se financiar atuarialmente aposentadorias, pensões, etc e, no Brasil, não existe qualquer regulamentação que norteie esta questão", restando "a cargo do profissional da área atuarial escolher o método que achar conveniente".[332]

Quando de seus votos na ADI nº 3105/DF, os Ministros Nelson Jobim, Gilmar Mendes e Marco Aurélio trataram do tema.

O primeiro frisou que o pensamento do Ministro Celso de Mello no sentido que a cobrança sobre os inativos e pensionistas violaria o equilíbrio atuarial porque destituída de causa eficiente não procedia, pois a questão do equilíbrio atuarial nada tinha a ver "com a relação entre pagar e ter de receber", até porque "não remete à noção de direitos e deveres individuais e, assim, não significa que toda contribuição deve ter uma causa eficiente". Realçou, ainda, que "a visão que prepondera no equilíbrio atuarial não é a individual, mas a do sistema como um todo" a fim de atender "a sua necessidade de ser auto-suficiente, de ser viável financeiramente".

O segundo afirmou como premissa sobre o equilíbrio atuarial que "exige-se uma correlação entre os montantes relativos à contribuição e ao benefício", devendo todos os beneficiários do sistema, inclusive os inativos e pensionistas, concorrerem "para a solidez e manutenção do sistema previdenciário, assegurando-lhe tanto o equilíbrio financeiro entre receitas e despesas quanto o equilíbrio atuarial entre contribuições e benefícios". Ao final, ainda afirmou que "o compromisso do contribuinte inativo ou pensionista, ao pagar esse específico tributo, é com o sistema como um todo, e não apenas com a sua conta junto ao órgão previdenciário".

O terceiro trouxe uma visão ao nosso sentir mais adequada ao caso. Afirmou de início que os novos governantes, baseados no encantamento do novo mandato, terminam por adotar medidas que revelam "o predomínio da visão tecnocrata em detrimento da jurídica, como se, de uma hora para outra, pudessem simplesmente apagar o que foi estabelecido, atropelando situações constituídas, direito adquirido, para ter-se um novo regramento". Prosseguiu afirmando

---

[331] RODRIGUES, José Ângelo. *Gestão de Previdência com Estudos Atuariais*. Dissertação de Mestrado. Universidade Cândido Mendes. Faculdade de Ciências Políticas e Econômicas do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 2001 p. 135. No mesmo sentido,

[332] *Idem, Ibidem*, p. 145.

que a tese que não existe direito adquirido a regime jurídico, “mas tão-somente casos legitimados” é “fascista”, referindo que a Corte conta com a Súmula 359 como norma de segurança jurídica pacificada.

É na perspectiva do voto do Ministro Marco Aurélio que pensamos deva ser enfrentada a questão.

Não se desconsidera que a Constituição nada mais é do que uma grande base de regras e princípios que, originalmente de importância igual, mas desnivelados quando da aplicação pela autoridade competente – legislativa, executiva ou jurisdicional -, são ponderados casuisticamente para atender aos objetivos da própria Carta Magna, enquanto projeções da própria sociedade que ela rege de forma maior.

Contudo, se é dado que os intérpretes oficiais da Constituição possuem o dever-poder de, avaliando-a, reescrever seu sentido[333], também deve ser atribuído aos mesmos a *obrigação de respeito aos elementos mínimos da mesma Constituição que analisam*.

Ainda que saibamos que toda decisão envolve, antes e normalmente de forma implícita, um juízo de valor sobre qual ou quais princípios subsidiarão o posicionamento a ser adotado, não deve ser admitido o desprezo pelas garantias materiais em detrimento de uma potencial quebra do sistema no futuro, argumento agitado como uma quase profecia do apocalipse já anunciado com antecedência.

O problema das argumentações sobre a solidariedade social e do indispensável e obrigatório respeito, quase sacrossanto, ao equilíbrio atuarial, não advém, com o respeito devido, da interpretação gramatical ou sistemática da Constituição, mas parte mesmo é de uma premissa falsa: o suposto “rombo” ou generalizado déficit da Previdência Social no Brasil.

Os conceitos de déficit e de superávit são oriundos de conhecimentos extrajurídicos. Daí porque, recorrendo à multidisciplinaridade, buscamos informações concretas sobre o problema.

O Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Econômicos (DIEESE), ao elaborar nota técnica sobre o tema, alerta que:

a) “O Orçamento da Seguridade, porém, nunca foi elaborado por qualquer governo desde a promulgação da Constituição em 1988”;

---

[333] Nesse sentido, SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisprudência constitucional*, Belo Horizonte : Del Rey, 2002.

b) "O Orçamento Fiscal e da Seguridade agrega todas as respectivas receitas e gastos, dificultando a análise, em separado, do orçamento propriamente fiscal e daquele da seguridade" e, por fim

c) "A imposição rígida de critérios de equilíbrio financeiro e atuarial limita o objetivo redistributivo da Seguridade Social e pode vir a colocar em risco alguns tipos de aposentadorias, em especial aquelas cujos valores de benefício não guardam relação direta com contribuições acumuladas", sendo que a lógica de equilíbrio financeiro e atuarial "é muito mais adequada ao conceito de 'seguro' previdenciário como direito individual e, portanto, em última instância, está em contradição com a concepção dos benefícios da Seguridade como direitos de cidadania".[334]

Denise Lobato Gentil, em tese de doutoramento relacionando Economia e Direito, após deixar claro que o sistema precisa de reparos – mas para fins de melhorar sua performance gerencial e inclusividade, e não por conta do malsinado "rombo" - , afirma:

> As informações conduzem a uma conclusão óbvia: o sistema de seguridade social apresenta receitas que têm bases amplas e diversificadas e é financeiramente sustentável, apresentando grande potencial para a expansão de gastos sociais. Não há qualquer sintoma de crise na seguridade social e nem na previdência, a revelia do que é amplamente divulgado pela visão liberal conservadora dominante.
> Grande parte dos recursos é legalmente desvinculada pelo mecanismo da DRU e livremente empregada no orçamento fiscal, financiando vários tipos de despesas, inclusive juros e amortização da dívida pública. Outra parte destina-se, de forma ilegítima, ao pagamento de aposentadorias e pensões do regime próprio dos servidores públicos, que é atribuição do Tesouro Nacional e não do INSS. E, por fim e mais grave, uma parte dos recursos da seguridade social não recebe nenhum tipo de aplicação que possa ser constatada através dos relatórios de execução orçamentária, ou seja, é "esterilizada" pelo Tesouro Nacional. Essa forma, muito pouco conhecida do público em geral, de tratamento dos dados orçamentários vem dando suporte a um permanente estado de reivindicação por reforma no sistema de previdência social, sempre avaliado como financeiramente insolvente. (...) É nesse contexto que os recursos da seguridade, fartos, regulares e não fiscalizados em sua aplicação são desviados para despesas do orçamento fiscal em proporções superiores aos limites legalmente permitidos pela desvinculação das receitas da União (DRU). Dirigem-se para reparar o desequilíbrio do orçamento fiscal provocado pelos gastos financeiros com o serviço da dívida. É, portanto, uma política de negar recursos à saúde, assistência social e previdência, em favor da acumulação financeira.[335]

---

[334] BRASIL. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Econômicos – DIEESE. *Nota Técnica nº 51*, Set./2007. Disponível na Internet: http://www.dieese.org.br/notatecnica/notatec51Previdencia.pdf. Acesso em 21/02/2012.

[335] GENTIL, Denise Lobato. *A política fiscal e a falsa crise da seguridade social brasileira*: análise financeira do período 1990-2005. Tese (Doutorado). Rio de Janeiro, Instituto de Economia (IE) – Centro de Ciências Jurídicas e

A mesma autora deixa claro a quem interessa o *argumento terrorista* do caos na Previdência Social: aos especuladores financeiros.[336] E conclui, com total acerto a nosso ver:

> *A conclusão mais relevante deste trabalho, entretanto, é a constatação de que as reformas não se justificam por motivo de déficit previdenciário* e, conseqüentemente, não há necessidade de implantar reformas que impliquem na substituição parcial ou total do sistema público ou em sua aproximação com um sistema de capitalização através de corte de direitos, redução no valor de aposentadorias, maior dificuldade de acesso aos benefícios e elevação da tributação.[337]

A informação oficial, nem sempre, corresponde à realidade, dadas as implicações de ordem ideológica e político-partidiária que as antecedem. Isso, infelizmente, induz investigadores sérios em erro. Mas o uso indiscriminado deste verdadeiro lugar comum, em que se constitui o propagado déficit da Previdência, tem levado a conclusões deficitárias de razão concreta (com o perdão do trocadilho).

Logo, tanto o argumento da solidariedade quanto o do indispensável respeito ao equilíbrio atuarial partem de premissa falaciosa, qual seja, que o sistema já hoje enfrenta obstáculos intransponíveis e que, por isso, somente com o sacrifício desta geração as próximas poderão usufruir de algum ócio com dignidade (já que, conforme as verberações mais radicais, se atualmente o sistema está em colapso, as providências apenas minimizariam o caos, mas não o superariam).

Exemplo concreto é o Fator Previdenciário.

Conceituado como "fórmula atuarial utilizada obrigatoriamente para o cálculo da aposentadoria por tempo de contribuição e de forma facultativa para a aposentadoria por idade", introduzido no ordenamento pela Lei nº 9.876/99, em verdade, o mesmo somente adquirirá aplicação plena em 2029.[338]

Econômicas (CCJE) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), 2006. Disponível na Internet: http://www.corecon-rj.org.br/ced/tese_previdencia_denise_lobato.pdf. Acesso em 24/02/2012.

[336] "Os segmentos do mercado que se beneficiam com o resultado da política econômica de juros altos e com o falso discurso de falência da previdência social – bancos, seus fundos de previdência privada e seguradoras, assim como os outros grandes proprietários de títulos públicos pessoas físicas e empresas não-financeiras, com recursos investidos em fundos de investimento financeiro – se voltam para a defesa da política fiscal restritiva, que reduz as despesas correntes do governo federal, entre elas os gastos com a seguridade (com alvo na previdência), reservando grande parte dos recursos orçamentários para a acumulação financeira. Em momentos de instabilidade e de reversão das expectativas esse problema se agrava, porque o governo é pressionado a atuar como ofertante de *hedge* contra as incertezas do futuro no mercado financeiro. – *Idem, Ibidem.*

[337] *Idem, Ibidem*, com grifos de nossa parte.

[338] HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*, 7. ed. São Paulo : Quartier Latin, 2008, p. 192/197

Em que pese tenha ele sido concedido com respeito aos direitos adquiridos[339], terminou por negar o direito adquirido a regime jurídico (porque, evidentemente, desprezou aqueles que estavam em processo de incorporação do direito alterado, violando as justas expectativas).

A forma de preservação dos envolvidos é o impedimento da retroatividade, mesmo aparente, excluindo da incidência do Fator todos os que se vincularam à Previdência antes do advento da vigência da lei de criação do mecanismo e, também, todos os que já tinham condições de aposentação, mas não haviam formalizado a opção.

De igual sorte, o sistema atual não restará inviabilizado de forma alguma se, em respeito pleno à garantia do direito adquirido a regime jurídico, quando da incidência de novidades legislativas em sede previdenciária, sejam imunizados os que já estavam com situações concretas e individuais consolidadas, ainda que não formalizadas. Estes, a toda evidência, já são titulares de direito adquirido, ainda que não o sejam de atos jurídicos perfeitos.

A "divisão de águas" quanto aos financiadores não é e nem será motivadora do colapso do sistema de benefícios futuros se a indenidade do mesmo na atualidade for priorizada com ações concretas de combate das perdas de receita, da corrupção endêmica que assola nossas instituições e das boas práticas gerenciais serem concretizadas na Administração Pública.

Ora, com o respeito merecido, mas a interpretação que é propagada acerca do princípio da justiça intergeracional (o qual "toma a sério as consequências de longa duração de um conjunto de mecanismos do sistema de proteção social", sendo especialmente relevante "o caso das pensões de velhice"[340]), é unidirecional talvez de propósito: pensar que somente se deve imaginar que as gerações futuras serão penalizadas por conta dos atos da geração atual é desprezar que *também não se compatibiliza com os princípios da justiça material, da sustentabilidade e da dignidade da pessoa humana os atos de desprestígio dos atuais pela potencialidade lesiva dos futuros atores sociais*.

Dito de outra forma: o principio da responsabilidade ou justiça intergeracional, não sem motivo honesto, tem sede constitucional em matéria ambiental, justo por conta do caráter

---

[339] Na medida em que o art. 6º da Lei 9.876/99 ressalvou quem cumpriu todos os requisitos até o dia anterior à data da publicação da norma nova. Reforçando o respeito ao direito adquirido, MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Direito adquirido na previdência social*. 3. ed. São Paulo : LTr, 2010, p. 176: "Vale dizer: se o segurado atendeu aos requisitos até 28.11.99, o cálculo que seria elaborado sob os auspícios da Lei n. 8.213/91 ficará à sua disposição. Na hipótese de ele deixar para se jubilar mais tarde, para a renda mensal inicial resultar maior, poderá escolher esta última".

[340] LOUREIRO, José Carlos. *Adeus ao estado social?* A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos ´direitos adquiridos´. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 278.

insanável e incontestável dos danos atuais resultarem em deterioração permanente e irreversível no mais das vezes, impedindo a fruição dos vindouros ocupantes do Brasil.[341]

Inexiste identidade de razões na seara ambiental e na seara previdenciária. Em especial porque, nesta última, também submetida a mandamentos constitucionais sobre a atualização atuarial, haverá junto com o crescimento do número de beneficiários também uma evolução do número de contribuintes, sendo que a eventual diferença deve ser suplantada pelo sacrifício dos mais antigos, mas sim pela adoção de medidas concretas e eficazes para evitar a banalização dos vícios que assola a máquina pública brasileira.

A questão da eficiência resolve em princípio o problema, anulando a suposta procedência do argumento. De igual modo, não é tarefa programática ou mesmo atuação gratuita, mas sim amparada por recursos advindos da própria riqueza dos destinatários do agir estatal, mediante elevada e pesada carga tributária.

A cobrança social por maior firmeza nas contas públicas, melhores formas de combate a corrupção e a impunidade e, também, avanços no controle e desenvolvimento das práticas de atendimento nos serviços públicos revela conjunto de anseios com assento constitucional e, portanto, cogente para os agentes administrativos.

O foco das providências deve ser dado nesse aspecto da austeridade administrativa. Apenas subsidiariamente e em último recurso a desproteção dos cidadãos de agora em nome de uma vaga necessidade de reequilibrar o que está hígido, deve ser cogitada, sob pena de cair no vazio o esforço dos de hoje – que vai se perder na corrupção e nas políticas ocasionais.

Aos postulantes da tese, pedimos todas as vênias, mas a mesma apresenta um forte sabor de arianismo somado a uma pitada de darwinismo impensado: relegar os que amanhã, serão os mais idosos e que sustentam o sistema atual no momento da vida que os mesmos mais precisam de amparo e de estabilidade, diante das dificuldades inerentes à maior idade, representa uma odiosa forma de preservar o novo em detrimento do que caminha para a finitude.

Importa repisar o mandamento constitucional explícito no art. 229 da Constituição, segundo o qual "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e *os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice*, carência ou enfermidade", a revelar, de forma clara e aberta, que o sistema de interação entre as gerações não é unidirecional (onde

[341] Referimos o art. 225 da Constituição, de seguinte teor: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

toda a "culpa" pelos transtornos será sempre dos antepassados), mas sim bidirecional (cometendo a cada qual sua parcela de contribuição para formar a sociedade fraterna de que fala o Preâmbulo constitucional).

O sistema nacional tem de ser solidário em duplo sentido, tanto dos atuais para com os futuros, quanto dos de amanhã para com os de hoje. As futuras gerações terão previdência e equilíbrio atuarial se, e somente se, a estabilidade democrática for mantida, a Constituição continuar sendo respeitada em sua maior porção e o desprestígio das instituições for objeto de cobrança social e busca de melhorias concretas.

Sem isso, fomentado pelos de hoje, o resultado será a crise, a recessão, até mesmo a guerra civil e a procura, desenfreada e por vezes irrefletida, das mudanças constitucionais originárias como panacéia – ensejando que a alteração irrefletida do sistema previdenciário, pautada no mesmo erro que vicia a vontade do inconsciente coletivo, seja colocada como ordem do dia de uma política de solapamento constitucional da segurança jurídica enquanto valor fonte da proteção cidadã hoje experimentada com regular constância.

O Supremo Tribunal Federal não possui, é certo, uma posição refratária a segurança jurídica em geral. A mesma Corte que começa a reconhecer em definitivo o "direito adquirido ao melhor benefício previdenciário"[342] não pode ser contraditória ao ponto de, negando tanto o direito adquirido quanto a proteção da confiança, enquanto projeção subjetiva da segurança jurídica, renegar as garantias materiais que o cidadão nutre por vê-las no Texto Maior e no cotidiano dos trabalhos do Supremo Tribunal.

Se é induvidoso que o "Judiciário possui a missão de distinguir, na ordem constitucional de um Estado, entre os conteúdos necessários, os conteúdos possíveis e os conteúdos impossíveis. Ao atuar no plano da possibilidade, faculta o possível, exclui o impossível, exige o

---

[342] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 630.501/RS com repercussão geral*, relª. Minª. Ellen Gracie. Julgamento suspenso por pedido de vista do Ministro Dias Tofolli, em 23/02/2011. No caso, a relatora em seu voto deu provimento parcial ao recurso, para, atribuindo os efeitos de repercussão geral ao acolhimento da tese do direito adquirido ao melhor benefício, garantir a possibilidade de os segurados verem seus benefícios deferidos ou revisados de modo que correspondam à maior renda mensal inicial (RMI) possível no cotejo entre aquela obtida e as rendas mensais que estariam percebendo na mesma data caso tivessem requerido o benefício em algum momento anterior, desde quando possível a aposentadoria proporcional, com efeitos financeiros a contar do desligamento do emprego ou da data de entrada do requerimento, respeitadas a decadência do direito à revisão e a prescrição quanto às prestações vencidas. Em outras palavras, discute-se no RE nº 630501/RS se o segurado da Previdência Social tem, ou não, direito ao melhor benefício de aposentadoria, ou seja, se, sob a vigência de uma mesma lei, ele tem, ou não, direito a eleger, com fundamento no direito adquirido, o benefício calculado do modo mais vantajoso, consideradas todas as datas em que o direito poderia ter sido exercido, desde quando preenchidos os requisitos para a jubilação (conforme Informativo nº 617/STF).

necessário"[343], não é menos acertado sustentar que, para os de hoje que podem sofrer com a abrupta alteração de suas justas expectativas (ao se negar, sistematicamente, o seu direito adquirido a regime jurídico), o último esteio de esperança será sempre a altivez do Supremo Tribunal Federal, pois "A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito"[344].

O que se expôs até agora pode ser sintetizado nas seguintes conclusões parciais:

a) o direito adquirido a regime jurídico deve ter incidência no âmbito das relações previdenciárias, em especial diante de sua constante e veloz mutabilidade;
b) o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto a cobrança de contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas não se alterou em essência e também no discurso, pois não se cobrou antes por ausência de base constitucional – advinda com a Emenda 41/2003;
c) o argumento da ausência de direito adquirido a não ser tributado é inválido e deixa de lado a real discussão, qual seja, se sobre a base imponível dos proventos e pensões, já cristalizados, poderia ser exigida, sem violar o direito adquirido, contribuição previdenciária nova;
d) o equilíbrio atuarial não pode ser tido como impediente ao respeito do direito adquirido ao regime jurídico, na medida em que (i) sua natureza é de condicionante e não de norma autônoma; (ii) o mesmo apenas se incluiu pela Emenda 20/98 e não houve um desmoronamento da Previdência nos dez anos anteriores de vigência da Constituição; (iii) o mesmo é técnica estatística e matemática de preservação do sistema no futuro, mas não pode representar castração autônoma de situações consolidadas no passado, devendo ser viabilizada a necessária ponderação de princípios para que se dê operatividade ao equilíbrio sem que sejam prejudicados os cidadãos, posto que o primeiro objetivo não pode ser a violação de direitos individuais sem antes buscar a eliminação dos reais motivadores de perdas (corrupção, impunidade, ineficácia dos controles e desperdício de receitas diversas).

---

[343] BAHIA, Saulo José Casali. "Poder judiciário e direitos humanos". Disponível na Internet: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/aft_PODER%20JUDICIARIO%20E%20DIREITOS%20HUMANOS.pdf. Acesso em 20/01/2012.

[344] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477554/MG*, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 26/08/2011.

A vulnerabilidade dos de hoje é real, dada a violência dos institutos garantidores de relevo como o direito adquirido; a dos futuros é potencial e, portanto, possível, e não certa.

6.4 A QUESTÃO DO PRÉ SAL, OS *ROYALTIES* E O DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO DOS ESTADOS PRODUTORES

A perspectiva de desenvolvimento do Brasil foi profundamente alterada com a descoberta de petróleo na camada de pré sal. Toda uma sorte de novas discussões jurídicas adveio então, o que necessita ser objeto de discussão.

Um dos principais temas da atualidade é a existência ou não de direito adquirido dos estados membros produtores de receberem todo o resultado da exploração ou se o produto deve ser socializado com todos os estados e a própria União.

Ele será, agora, enfrentado.

As notícias sobre o uso de derivados do petróleo vêm de mais de três milênios, ainda na Mesopotâmia, por meio do emprego de betumes que saíam de fendas e fissuras como combustível. Da mesma forma, a indústria do petróleo tem sua configuração moderna a partir de 1859, quando da perfuração do primeiro poço na Pensilvânia, Estados Unidos. No século XX, porém, houve a consolidação da referida indústria, pois o petróleo substituiu o carvão como principal fonte de energia no plano da produção em série.

No Brasil, são marcos inegáveis a criação do CNP – Conselho Nacional do Petróleo, em 1938 e a criação da PETROBRÁS – Petróleo Brasileiro S/A, em 1954, a qual passou a deter o monopólio operacional.[345]

O monopólio estatal do petróleo veio a ser amenizado com o advento da Lei nº 9478/97 (norma que, dentre outras regulações, criou a ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível – e o Conselho Nacional de Política Energética), vigorante após um marco econômico e político dos mais relevantes para o país: a declaração de autossuficiência em

[345] Contemplando tanto o *upstream*, que abarca o segmento primário da exploração e produção, quanto o *downstream*, que abrange a distribuição e revenda de derivados, já se falando hoje em *midstream*, envolvendo as atividades de logística - transporte, armazenagem – e beneficiamento de hidrocarbonetos, principalmente petróleo e gás natural, como explica AMUI, Sandoval. *Petróleo e gás natural para advogados e negociadores*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011, p. 02/03 e 13/14.

2006.[346] Um dos principais instrumentos para essa conquista foi a alta tecnologia empregada, pois o *know how* da Petrobrás, por exemplo, permitiu que a mesma iniciasse uma nova abrangência de atuação, a vertical, posto que a exploração passou a ser feita para além de onze mil metros abaixo do leito marinho.[347]

A grandiosidade da prospecção de petróleo no pré-sal (o nome que se difundiu deriva da localização, pois "É a camada que fica abaixo de uma espessa acumulação de sal formada há 100 milhões de anos, no período da separação dos continentes americano e africano"[348]) ensejou uma acirrada disputa pelos dividendos da exploração em potência.

A mudança do marco regulatório atualmente em vigor está na ordem do dia, gerando o conflito de interpretações e a necessidade de se analisar o tema à luz do direito constitucionalmente adquirido, como aqui nos propomos.

Um dos problemas é direcionado para a violação potencial da segurança jurídica dos contratos em curso, que envolve os atuais concessionários de áreas de exploração de petróleo. Estes "possuem direitos de exploração, desenvolvimento e produção em Blocos com profundidade indeterminada e podem desenvolver tais atividades em todos os horizontes estratigráficos de suas áreas". Caso não haja respeito a essas avenças, gerar-se-á uma autêntica "'expropriação' dos horizontes do pré-sal", o que corresponderia "a uma modificação substancial do regime anterior e violaria o regime jurídico aplicável às concessões, por afrontar diretamente a segurança jurídica".

Na linha de prejuízo ao direito constitucionalmente adquirido, na faceta da violência à confiança legítima, Rafael Baleroni e Jorge Pedroso Júnior expõem com precisão os efeitos deletérios da opção governamental, a lhe interditar por direito e justiça: "Quando da oferta de blocos já atualmente concedidos, não havia qualquer tipo de limitação vertical da concessão"; logo, não seria lícito "permitir que a administração unilateralmente alterasse o contrato de modo a deixar o concessionário atual em uma situação menos lucrativa ou até mesmo prejudicial em relação àquela que goza".[349]

---

[346] HJORUNGNES, Diana Amendoeira Maciel. "Brasil, e os próximos dez anos?". In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. 125.
[347] BALERONI, Rafael Baptista; PEDROSO JÚNIOR, Jorge Antônio. "Pré-Sal: Desafios e uma Proposta de Regulação". In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro : Renovar, 2009, p. 150.
[348] ZANDONADI, Denise; BRIDI, Rita. "Descoberta histórica de petróleo no Estado: reserva de 2 bilhões de barris está em rochas com tamanho nunca visto no país". In: *A Gazeta*, Vitória, 22 nov. 2008.
[349] *Idem, Ibidem*, p. 199/200.

Há de incidir aqui a orientação do STF no sentido que, se os contratos estão estabilizados pelo ato jurídico perfeito, mesmo quanto aos efeitos futuros, não se pode violar a garantia sem incorrer em profunda inconstitucionalidade[350] – que é como pensamos.

Questão ainda mais complexa surge com relação a se saber sobre a existência de direito adquirido dos estados produtores (sobretudo o Rio de Janeiro, pela Bacia de Campos; Espírito Santo e São Paulo, notadamente por conta da Bacia de Santos).

O problema a ser resolvido deriva do recebimento dos *royalties* do pré sal. Estes estão previstos no art. 45 da Lei do Petróleo (Lei nº 9478/97) e conceituados no art. 11 do Decreto Federal nº 2.705/98, como "compensação financeira devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo e gás natural, e serão pagos mensalmente, em moeda corrente, com relação a cada campo, a partir do mês em que ocorrer a respectiva data de início da produção".

A ebulição econômica ensejou a efervescência das empresas interessadas e, por conseguinte, um autêntico frenesi na seara política, o que deu origem a um debate que já se materializou por meio de discussão legislativa intensa e, até o momento, não se chegou a uma posição definitiva, ainda que média sobre o tema.[351]

---

[350] "- Os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração. Mesmo os efeitos futuros oriundos de contratos anteriormente celebrados não se expõem ao domínio normativo de leis supervenientes. As conseqüências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação que se achava em vigor no momento da celebração do contrato ("tempus regit actum"): exigência imposta pelo princípio da segurança jurídica. - Os contratos - que se qualificam como atos jurídicos perfeitos (RT 547/215) - acham-se protegidos, inclusive quanto aos efeitos futuros deles decorrentes, pela norma de salvaguarda constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, cuja autoridade sempre prevalece, considerada a supremacia que lhe é inerente, mesmo que se trate de leis de ordem pública. Doutrina e precedentes. - A incidência imediata da lei nova sobre os efeitos futuros de um contrato preexistente, precisamente por afetar a própria causa geradora do ajuste negocial, reveste-se de caráter retroativo (retroatividade injusta de grau mínimo), achando-se desautorizada pela cláusula constitucional que tutela a intangibilidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas. Precedentes." - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393.021/SP*, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJU de 12/08/2005, p. 18. Reforçando a análise, Arnold Wald opina em parecer: "Até os autores que se afastaram da teoria do direito adquirido, preferindo referir-se às situações juridicamente constituídas, como PAUL ROUBIER, reconhecem que os efeitos dos contratos devem continuar vinculados à lei vigente no momento de sua celebração, mesmo quando as leis posteriores tenham caráter imperativo. Escreve o mestre da Faculdade de Lyon que tanto nas obrigações contínuas como nas sucessivas, quando decorrem de contrato, não se pode aplicar a lei nova aos efeitos produzidos após a sua promulgação. (...) Existe, pois, hoje um consenso no direito comparado quanto à vinculação de todos os efeitos do contrato à lei vigente no momento em que o mesmo foi celebrado, como se verifica pelas lições de ROBERTO DE RUGGIERO, GAETANO PACE, HENRI DE PAGE e PLANIOL-RIPERT." – WALD, Arnoldo. *Parecer acerca da Lei Complementar Paulista nº 1.010/2007, acerca da criação da São Paulo Previdência – SPPREV e os efeitos de sua vigência relativamente à carteira de previdência dos advogados*. Disponível em http://www.profpito.com/OPARECERDOPROFWALD.html. Acesso em 21/12/2011.

[351] A evolução das discussões legislativas pode ser assim sintetizada: 1) em 31/08/2009 o Governo anunciou que seria fixado por lei marco regulatório específico para o pré-sal, sendo que foi enviado ao Congresso Nacional projeto de lei nesse sentido; 2) em 11/03/2010 o projeto recebeu a chamada "Emenda Ibsen", a qual estabelecia divisão dos *royalties* entre todos os Estados e Municípios baseado em critérios dos Fundos de Participação dos Estados e dos

O aspecto de maior questionamento é a destinação do produto da exploração, formando-se quatro correntes definidas: i) parte maior para a União, com participação dos Estados e Municípios produtores e exploradores; ii) partes proporcionais para União, Estados e Municípios sendo estes apenas os produtores e exploradores; iii) partes proporcionais para União, Estados, Municípios e Distrito Federal de forma ampla, incluindo produtores e não produtores; iv) participação da União, de produtores e não produtores, mas com destinação para a sociedade de parcela significativa da receita a ser gerada.[352]

A mais intrincada discussão envolve, ainda que de forma quase implícita, o direito adquirido dos Estados e Municípios produtores e exploradores do negócio do petróleo a manter suas participações em predominância, excluindo os demais Estados e Municípios e o DF – já que "os royalties deveriam privilegiar e afetar os entes que efetivamente são atingidos pela atividade da indústria petrolífera", de acordo com Luiz Cezar P. Quintans. Conclui ele, sobre o tema:

> Os Estados e Municípios confrontantes e, excepcionalmente, os Municípios que fazem operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural são obrigados a fazer pesados investimentos para poderem escoar toda a produção e ao mesmo tempo sofrem com o desgaste ambiental provocado pelo progresso, urbanização e pela poluição. Essa emenda atinge em cheio o direito adquirido previsto na carta política de 1988, no inciso XXXVI do seu artigo 5º, para os contratos de concessão em vigor, fere os contratos já

Municípios; 3) é sancionada e entra em vigor a Lei nº 12.351, de 22/12/2010, a qual "Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências", tendo sido vetado o art. 64, que contemplava percentuais de distribuição específicos; 4) em 04/08/2011 o Senador Wellington Dias do PT-PI protocolou o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 448/11, sendo alinhado por decisão de líderes partidários que este seria o parâmetro em torno das negociações sobre a partilha, restando como relator da matéria o Senador Vital do Rêgo, do PMDB-PB; 5) já em 09/09/2011 os Senadores Francisco Dornelles, do PP-RJ, Lindbergh Faria do PT-RJ, Ricardo Ferraço do PMDB-ES e Delcídio do Amaral do PT-MS apresentam o PLS nº 574/2011, mantendo repasses aos produtores e contempla os não produtores; 6) em 05/10/2011 outro PLS é apresentado, de nº 625/2011, de autoria do Senador Francisco Dornelles e outros. O quadro atual é o seguinte: a) PLS nº 448/11 foi remetido à Câmara dos Deputados, desde 31/10/2011, após aprovação em sessão do dia 19/10/2011 da reação final de substitutivo, com voto contrário do Senador Dornelles; b) PLS nº 574/11 e 625/11 foram arquivados desde 03/11/2011; c) o Parecer com a redação final aprovada foi publicado no Diário do Senado Federal nº 176, de 20/10/2011, fls. 42846 e seguintes (Dados disponíveis na Internet: http://www6.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=20/10/2011&paginaDireta=42763; BRASIL. Senado Federal. *Jornal do Senado*, Ano XVII, nº 3545, Brasília, 19/out./2011, p. 03).

[352] Nesse último sentido, conferir TORRONTEGUY, Alessandra Fölzke. *A aplicação dos* royalties *do petróleo e a efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Orientador: Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite. Vitória, 2003, p. 40 e seguintes. No mesmo sentido, e pautado no princípio da promoção da justiça intergeracional, VILANI, Rodrigo Machado; MACHADO, Carlos José Saldanha. "Análise da justiça intergeracional como princípio norteador para a destinação dos royalties do petróleo". *IX Encontro Nacional da Sociedade Brasileira de Economia Ecológica - Anais*, Brasília, Out./2011.

> firmados e prejudica as receitas e provisões de receitas dos Estados e Municípios confrontantes, além de tratar com igualdade os desiguais.[353]

Luís Roberto Barroso, em parecer específico sobre o tema, assentou seu pensamento na defesa dos interesses dos Estados e Municípios produtores, em especial o Rio de Janeiro, eis que compreende na alteração da sistemática (i) violação da isonomia, (ii) violência também a segurança jurídica quanto a supressão de *royalties* de áreas já licitadas e ao atingimento de contratos em curso e (iii) ruptura da proteção da confiança – exposta na "quebra da lealdade federativa" diante dos Estados produtores, pautado sobretudo na jurisprudência fixada do STF sobre a interpretação adequada do art. 20, § 1º da Constituição.[354]

Um dos motivos mais legitimadores para a compreensão sustentada são os "elevados impactos e riscos ambientais impostos aos Estados confrontantes às áreas de produção".[355] A tensão se põe por conta da necessidade de, sem ferimentos aos direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos, adaptar a projeção de melhorias decorrente da exploração concretizada do pré sal aos interesses dos hoje já produtores de petróleo com as expectativas dos não produtores atuais.[356]

---

[353] QUINTANS, Luiz Cezar P. "Os Royalties do Petróleo na legislação brasileira e a Emenda Ibsen". Disponível na Internet: http://www.netlegis.com.br/index.jsp?arquivo=detalhesArtigosPublicados.jsp&cod2=2255. Acesso em 16/02/2012.

[354] A ementa do parecer é elucidativa: "1. A interpretação adequada do art. 20, § 1º da Constituição, chancelada pelo STF, é no sentido de que a participação no resultado ou compensação financeira relacionadas à exploração do petróleo constituem receita originária e direito subjetivo constitucional dos Estados e Municípios que sofrem os impactos ambientais e socioeconômicos de tal atividade econômica. 2. A distribuição dos royalties por todos os Estados e Municípios, indistintamente, viola o princípio da isonomia (i) por tratar de maneira igualitária situações desiguais e (ii) por romper a sistemática de compensação entre royalties e ICMS, adotada pelo constituinte. 3. A supressão do direito a royalties relativos a áreas já licitadas e a contratos em vigor viola o princípio da segurança jurídica. 4. A retirada dos royalties dos Estados produtores configura quebra da lealdade federativa e violação à autonomia dos Estados. No caso do Estado do Rio de Janeiro, envolve exercício abusivo de poder por parte da União, já que parcela substantiva dos royalties é vinculada ao pagamento de dívida com o governo federal." – BARROSO, Luís Roberto. "Federalismo, isonomia e segurança jurídica: inconstitucionalidade das alterações na distribuição de royalties do petróleo". Disponível na Internet: http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-3045.pdf. Acesso em 10/01/2012.

[355] Nesse mesmo sentido, SEABRA, Alessandra Aloise de; FREITAS, Gilberto Passos de; POLETTE, Marcus; CASILLAS, T. Ángel Del Valls. "A promissora província petrolífera do pré-sal", *Revista Direito GV*, Ano 7, nº 13, São Paulo, Jan./Jun. 2011, p. 70. Para os autores, em conclusão, "a natureza compensatória dos royalties justifica sua utilização na respectiva região costeira adjacente aos campos de produção, desde que impactadas pela atividade. A finalidade dessa utilização está na recomposição dos impactos ambientais, sociais e econômicos ocasionados pela atividade exploradora. Ressaltamos a necessidade dessa compensação no caso brasileiro, em razão da importância ecológica e econômica da região costeira onde a atividade está instalada. A vinculação dessa receita à compensação do respectivo impacto – ambiental, social e econômico – é um pressuposto essencial de sustentabilidade da atividade petrolífera, na medida em que direciona a correta aplicação da verba, diminuindo a liberdade do administrador público".

[356] Em alentado parecer, a Procuradoria do Estado do Espírito Santo afirma que "O ordenamento jurídico-positivo já confere aos Estados e Municípios não-produtores parcela das receitas advindas da atividade de exploração do

Em síntese, temos de um lado os *direitos adquiridos dos atuais produtores (Estados e Municípios) a serem protegidos* em confronto com as *expectativas de acréscimo significativo de receita dos não produtores atuais*.

Analisando a situação sob um dos olhares possíveis, o jurídico, o caso presente tem de ser questionado quanto a *existência ou não de direito adquirido ao regime jurídico em curso,* o que deve lançar mão da seguinte proposta: a) examinar se as expectativas envolvidas são justas ou não; b) após, examinar após se existe espaço para que os direitos adquiridos dos Estados e Municípios produtores não sejam alterados, o que implica em, por conseguinte, examinar também se é lícito privar a sociedade civil dos Estados e Municípios não produtores das benesses.

Sobre o ângulo de análise "a", acima referido, temos duas sortes de expectativas a considerar: a expectativa *presente* dos Estados e Municípios produtores e a expectativa *futura* dos não produtores. Ora, com o respeito devido as opiniões contrárias, pode-se considerar como expectativa justa tanto uma quanto a outra, *cum grano salis*.

Parece-nos que a expectativa dos Estados e Municípios produtores de manter o seu nível de recebimentos por conta, inclusive, das projeções já realizadas de investimentos, de organizações de endividamento lastreadas nessas verbas e, em alguns casos, até mesmo de contratos atrelando o parcelamento de dívidas fundadas ao recebimento destes valores para fins de amortização, tudo somado a quantidade significativa de tempo que essas parcelas são pagas aos mesmos, autoriza que se evidencia, objetivamente, a justa expectativa na manutenção.

Ocorre que a novidade não é maligna, mas sim benigna. Ou seja, não traz consigo apenas prejuízos, e sim, bem ao contrário, representa proposta concreta de desenvolvimento em médio e longo prazos para toda a sociedade brasileira, sendo lícito se proteger a esperança, que nos parece fundada, de melhoria social coletiva, a incluir na justa expectativa dos Estados e Municípios não produtores uma sua participação no conjunto de resultados a serem obtidos.

Sobre o ângulo do cenário "b", existe espaço para que os direitos adquiridos dos Estados e Municípios produtores não sejam alterados e, também, para compatibilizar os anseios da sociedade civil dos Estados e Municípios não produtores das benesses.

---

petróleo, mais especificamente, as receitas decorrentes da tributação pelo ICMS das suas respectivas operações." – BRASIL. Espírito Santo. *Processo nº 53838360 – Parecer sobre a Análise da constitucionalidade de proposta legislativa para a distribuição das participações governamentais advindas da exploração de petróleo a Estados e Municípios produtores e não-produtores.* Autor: Procurador do Estado Cláudio Penedo Madureira, Vitória, Jun./2011. Disponível na Internet: http://www.gern.unb.br/recursos/cooperacao/Parecer_pr-sal_ES.pdf. Acesso em 21/02/2012.

Analisando o tema com base no direito constitucionalmente adquirido, o qual tem por fundamento abarcar os aspectos objetivo e subjetivo da segurança jurídica (atraindo a confiança legítima como objeto de tutela), os Estados e Municípios que hoje produzem já estão autorizados a, dada a passagem de longo tempo, a estabilização das receitas, a formação de compromissos pautados nessas duas realidades e, agora, a estimativa de aumento de receitas correntes com o pré sal, afirmar que têm de ver protegidos seus direitos adquiridos.

Vale lembrar que direito adquirido a regime jurídico, como aqui se sustenta, é algo existente, válido em nosso sistema jurídico e que significa a proteção derivada da Constituição buscando resguardar ao cidadão a segurança jurídica em concreto (enquanto face visível da proteção da confiança legítima no Estado), imunizando-o dos efeitos deletérios individuais decorrentes das alterações normativas gerais com eficácia expressa ou implicitamente retrospectiva, tanto quanto a ponderação de bens diante do legítimo interesse público permitir.

Aqui, contudo, o problema não parece ser tanto de *direito*, mas sim de *extensão do que foi adquirido*. Em verdade, por consequência da confiança e da segurança, e aliado a isso a noção que mudanças normativas são lícitas quando respeitantes das posições individuais consolidadas (ainda que envolvendo unidades federativas, como no caso), não parece ser lícito nem negar completamente a participação das novas riquezas para os não produtores nem obrigar que sejam desfeitos de inopino os contratos em vigor e as expectativas criadas com o passar do tempo e a manutenção do sistema atual.

Digno de registro é que em nada se altera a forma de pensar no caso dos *royalties* derivados do pré sal por ter sido ele *descoberto* e não *criado por lei nova*. A razão que impera quando se trata de retroprojeção de normas não se vincula necessariamente à lei, abarcando os atos administrativos e até mesmo as decisões judiciais, como já visto. Logo, o que importa é proteger a segurança jurídica e a confiança legítima diante do fato inovador, seja de que ordem estatal advenha ele.

Daí porque ao nosso sentir também constitui inovação a ser analisada aquela decorrente de um achado da natureza que não se sabia existir, como o pré sal, posto que a novidade advinda com sua descoberta e prospecção se equivale, juridicamente, a uma alteração legislativa – ambas mudam o *status quo* em curso e podem colher as situações jurídicas em vigor.

Desse modo, entendemos que existe, sim, um direito adquirido dos Estados e Municípios produtores atualmente de verem cumpridos seus contratos até a extinção natural pelo advento do

termo final e, também, um direito adquirido – pela faceta da proteção da confiança legítima – a que os Estados e Municípios não produtores participem do novo regime de melhorias decorrente das riquezas oriundas do pré sal.

Ambas as situações, cada qual de sua maneira, portanto, estão abarcadas pela proteção constitucional adequada dos direitos adquiridos a regime jurídico.

Concordamos com o argumento de Luís Roberto Barroso quando sustenta que a interpretação do art. 20, § 1º da Constituição Federal implica no reconhecimento de um "verdadeiro direito subjetivo constitucional ao recebimento" dos *royalties* aos Estados e Municípios cujos territórios são afetados pela exploração de petróleo e gás natural. Mais ainda quando afirma que

> Isso não quer dizer que os demais Estados-membros e Municípios não possam receber qualquer parcela, mas apenas que a decisão por distribuir seria uma opção política da União, que pode repartir como quiser o seu próprio quinhão. O que ela não pode fazer é ceder o que não lhe pertence, atribuindo a outros Estados e Municípios aquilo que cabe apenas aos produtores.

De fato, pensamos que o acerto da tese do professor fluminense é manifesto. A área de ajuste para fins de, razoavelmente, obter a proteção do direito adquirido ao regime jurídico para ambas as componentes sociais envolvidas, repousa naturalmente na parcela que a União – enquanto entidade que tem sua razão de existir na representação dos interesses gerais do país – pode dispor, sem que com isso prejudique quem já recebe e espera continuar recebendo e, também, não frustre as justas expectativas de quem não tinha título a receber, mas passa a tê-lo com o advento do pré sal.

A proposta, pois, é no sentido de viabilizar a proteção em nível de máxima efetividade constitucional, assegurando-se o direito adquirido a regime jurídico e tutelando simultaneamente as justas expectativas que lhe são inerentes por meio da seguinte atuação:

a) de maneira concomitante com o início da obtenção de resultados econômicos concretos derivados da exploração do pré sal, aplicar a nova sistemática de distribuição envolvendo Estados e Municípios produtores e não produtores apenas vinculada ao percentual que for atribuído à União isoladamente;
b) usar a sistemática nova de maneira gradativa no tempo, respeitando a vigência dos contratos de exploração, produção e distribuição ora em curso para fins de resguardo dos

Estados e Municípios produtores – o que se opera mediante a garantia do cumprimento regular dos prazos, condições e abrangência das avenças firmadas e em realização;

c) a gradação de incidência da nova sistemática será efetivada mediante revisão periódica do montante a ser distribuído decorrente da extinção natural de parte dos contratos vigentes, sugerindo-se períodos curtos de dois ou no máximo três anos para cada reanálise;

d) a majoração de recursos com a extinção de parte dos contratos ensejará um resultado financeiro disponível, sobre o qual já deve ser também progressivamente aplicada a nova sistemática – ou seja, utilizar os valores que vierem a ser liberalizados da antiga sistemática para distribuição entre os Estados e Municípios não produtores;

e) ao final, chegando ao termo *ad quem* a totalidade dos contratos em curso, e considerando que o tempo despendido viabilizou um horizonte real de adaptação para os Estados e Municípios produtores se ajustarem à nova realidade, a nova sistemática pode ser aplicada de forma ampla;

f) no que toca as áreas não licitadas, a nova sistemática pode, sim, ser aplicada de forma automática, na medida em que quando forem realizados os certames público não haverá surpresa a ser assegurada, posto que já de pleno conhecimento para todos os envolvidos e interessados a novel realidade normativa sobre o tema.

Os cenários que serão vivenciados no Brasil com a concretude dos resultados do pré sal[357] devem trazer benefícios não apenas para quem hoje já possui retorno, mas também para toda a sociedade, sem prejudicar aqueles que arcam com os custos diretos da exploração. É possível, mesmo diante da enorme quantidade de interesses conflitantes, harmonizar o respeito às justas

[357] Napoleão Miranda bem observa que "O conflito em questão assumiu rapidamente os contornos de uma cisma federativa, opondo, de um lado, os estados e municípios produtores/beneficiários diretos da exploração do petróleo, e, de outro, o conjunto dos demais estados e municípios que, na atual configuração da exploração do petróleo no país, são beneficiários menores, indiretos, da riqueza gerada por essa exploração. Para se ter uma ideia dos montantes envolvidos, só no ano de 2010 – até novembro - foram distribuídos cerca de R$ 9,1 bilhões em royalties no país, dos quais R$ 2,7 bilhões foram distribuídos para os estados produtores e R$ 3,1 bilhões para municípios de diversos estados da Federação". Opina ele, ao final: "três processos que deverão estar no centro das preocupações em relação ao uso dos recursos do Pré-sal no futuro próximo. São eles: 1. Elaboração de um novo pacto federativo (que nos parece já em curso) no tocante a uma melhor distribuição regional da riqueza do petróleo; 2. Necessidade de um planejamento estratégico menos dependente dos royalties (nos três níveis federativos), de forma a garantir a continuidade do processo de desenvolvimento econômico e social do país, em seus três níveis federativos; e, 3. Urgência na preparação social, econômica e tecnológica para enfrentar os possíveis efeitos climáticos associados ao uso dos combustíveis fósseis e, dessa maneira, à utilização dos recursos do Pré-sal." – MIRANDA, Napoleão. "De Sonhos e Conflitos: A Disputa Federativa em Torno aos Royalties do Pré-sal". Disponível na Internet: http://www.uff.br/macaeimpacto/OFICINAMACAE/pdf/14_NapoleaoMiranda.pdf. Acesso em 20/02/2012.

expectativas e a proteção da confiança e da segurança dos contratos, tudo mediante a consagração do direito adquirido constitucional a regime jurídico.

7 CONCLUSÕES

A legitimidade dos governos e dos pretórios surge não das decisões rebuscadas sobre temas singelos, mas sim das deliberações simples sobre temas complexos por natureza – avultando entre estes últimos a segurança jurídica das relações de direito público.

A democracia, valor fundante do constitucionalismo brasileiro de 1988, precisa ser lastreada não apenas em ideais, mas em instrumentos concretos de sua realização. Ao lado da dignidade da pessoa humana, da separação de poderes e da organização do estado, os direitos fundamentais constituem a espinha dorsal da Carta Magna em vigor.

A questão do direito adquirido ainda é um mito na análise constitucional brasileira, mesmo diante de histórico dilatado na normatividade nacional, quer em nível inferior, quer em nível constitucional.

Consectário lógico e expressão da proteção à confiança, que por si mesma já é expressão do princípio da segurança jurídica, a garantia do direito adquirido a regime jurídico necessita ser fomentada, explicitada, debatida e revisada na atualidade.

A função primordial do detalhamento do que seja direito, das modalidades deste, do seu encadeamento em regime jurídico e, por fim, a sua projeção nas denominadas expectativas de direito foi fomentar uma reanálise da importância material do direito adquirido no Brasil.

O respeito a situações consolidadas, ou em via concreta e segura de consolidação, ensejando a preservação da confiança das pessoas que não serão lesadas pelo poder público que lhes tutela a liberdade (mas não pode dela privá-los sem motivação coerente e verdadeira), é a maneira de elevar a grandeza do princípio democrático.

O móvel democrático, pautado em preservação de direitos consagrados e em iminência de sê-lo, constitui-se na principal motivação para que fosse galgado a direito fundamental material o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

O ato de negar a importância teórica e concreta dos relevantes institutos viabilizadores da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas somente pode ser comparado, em seus prejuízos, a uma restauração da força bruta antidemocrática contra o estado constitucional e social de direito em que vivem os brasileiros após 1988.

O preço a ser pago para que se persista a análise simplista e comodista da inexistência generalizada de direito adquirido a regime jurídico, seguramente, é muito alto.

É indispensável reconhecer integral acerto ao aparte pronunciado pelo Ministro Carlos Ayres Britto quando do voto do Ministro Marco Aurélio Mello, proferido nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3105/DF (que trata da contribuição previdenciária sobre os inativos e pensionistas). Para Sua Excelência, "*Ainda que se afirme a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, não se pode negar esta verdade: há direito adquirido em qualquer regime jurídico, no interior dele.* Seja o celetista, seja o estatutário".

Dizer melhor é impossível; dizer mais, ocioso.

O problema ensejador gerador da pesquisa foi: existe amparo jurídico para a afirmação apriorística que inexiste direito adquirido a regime jurídico no sistema constitucional brasileiro vigente? A resposta, ao final, somente pode ser negativa, por tudo quanto exposto. O estofo constitucional promove, sim, a existência e a necessidade de preservação do direito adquirido a regime jurídico, enquanto resultado da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima no Estado.

Finalizamos nossa opinião afirmando que, diante da alegoria da "Medusa da ideologia dos direitos adquiridos", a que alude João Carlos Loureiro[358], nossa opinião é não apenas contrária ao quanto sustentado – pois acreditamos que o conservadorismo derivado da proteção dos direitos adquiridos é, por mais paradoxal que pareça, uma prova de vanguardismo na perspectiva da proteção das expectativas individuais de forma contra majoritária.

Pretendeu-se, pois, sustentar teses viáveis, ao feitio de Perseu quando enfrentou a Medusa, ou seja, usando um escudo espelhado para refletir os olhares lancinantes e impedir sua petrificação e consequente morte.

Se se pensa em repensar a categoria dos direitos adquiridos como regra, por conta de uma etérea justiça intergeracional, buscamos refletir as vontades de superação do instituto, petrificando não a proteção do direito adquirido ao regime jurídico, mas sim a pena dos críticos,

---

[358] "Na descodificação do título, enfrentemos agora o último segmento, a Medusa da ideologia dos 'direitos adquiridos'. Na mitologia grega, há variantes da história desta Górgona que, num dos relatos, teria sido uma jovem de uma extraordinária beleza, que veio a ser convertida por Atena num monstro de cabelos transformados em serpentes. Embora este último aspecto pudesse ser mobilizado na discussão – os 'direitos adquiridos' como as serpentes que envenenariam o Estado social e o poriam em perigo – a inspiração é aqui o olhar de Medeia. Com efeito, ver esse olhar equivaleria à transformação em pedra. Ora, é esta rigidificação que a ideologia dos 'direitos adquiridos' privilegia e propugna, como trincheira de resistência perante a mudança." - LOUREIRO, José Carlos. *Adeus ao estado social?* A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos ´direitos adquiridos´. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 14/15.

que têm serpentes venenosas nas penas, quando deveriam ter ideias de maior concretude possível aos valores constitucionais – dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a eficiência, a segurança jurídica, a proteção da confiança legítima e o Estado Democrático de Direito.

Podemos sistematizar as conclusões da forma adiante exposta:

a) o Estado Democrático de Direito é a sede natural do respeito aos direitos públicos subjetivos, dentre eles o direito adquirido;a segurança jurídica, considerada como subprincípio do Estado Democrático de Direito, também foi compreendida na condição de princípio constitucional explícito e abrangente na Constituição Federal de 1988; a confiança legítima foi considerada de igual modo como princípio constitucional implícito na mesma Constituição e contido no primeiro (sem que com isso exista uma hierarquia de normas, em absoluto);
b) a realidade brasileira, ainda que com atraso relativo, vem tendo no Supremo Tribunal Federal uma corte que busca a cada dia implementar tanto a segurança jurídica quanto a confiança legítima e a segurança prevista no art. 5º da Constituição Federal de 1988 há de ser entendida como segurança jurídica e sua consagração se opera mediante diversos institutos, dentre eles os contidos no inciso XXXVI (da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido);
c) o direito adquirido tutela situações em formação, em progresso, mas sempre já atreladas (ainda que não consumadas) ao titular no aspecto material ou substancial, o que equivale a dizer que o direito adquirido se caracteriza pela concretude da pretensão em sentido concreto e real, ou ao menos da configuração da justa expectativa a ser, em momento posterior, resolvida pela formalização que assegura o que já foi adquirido, representando uma proteção do conteúdo de um direito que já se vinculou ao titular, mas que ainda pode ser questionado em tese pela ausência de consolidação das questões formais subjacentes a sua visualização perante terceiros.
d) o conceito proposto neste trabalho de regime jurídico o toma como o conjunto de normas jurídicas que, cumulativamente, incidem sobre uma relação jurídica e que firma o estatuto de regência desta relação, produzindo seus efeitos independentemente da vontade de cada um dos envolvidos e das alterações futuras que se lhe operem;
e) o momento de consolidação do regime jurídico, respaldado no princípio da presunção de constitucionalidade das normas, tem de ser fixado quando da ocorrência da relação

jurídica, sendo que o lapso temporal onde se processa o ponto de partida do vínculo entre os sujeitos da relação enseja uma particularização ou cristalização das normas que têm incidência naquele caso concreto em particular;

f) a falta de expressa previsão de o regime ser mantido não extingue de forma generalizada o regime jurídico anterior, mas o preserva para aqueles que já se vincularam ao mesmo quando da vigência da lei passada revogada;

g) o Estado pode alterar as normas postas, mas não pode desprezar um fato concreto que independe de sua vontade, qual seja, que o regime jurídico escapa necessariamente à decisão política institucional de alterar a ordem jurídica em vigor;

h) o momento da fixação do regime não tem de ser derivado da vontade inequívoca do Estado, já que toda lei é formulada, em regra geral, com base na discricionariedade técnica do Poder Legislativo, ainda que influenciada, e muito, pelas razões políticas e partidárias subjacentes. O marco correto, até pela perspectiva democrática que deve ser utilizada, é o da provocação ao interessado, eis que a atividade positiva do cidadão faz com que, deixando a inércia de lado, o Estado tenha sido provocado a conferir uma providência requerida com base na norma vigente quando do pedido formulado;

i) o direito adquirido deve ser examinado e aplicado diante da orientação de máxima protetividade advinda da Constituição de 1988, a qual viabilizou uma mudança de *status* do referido instituto, desatrelando-o da perspectiva legal que o caracterizava, culminando com o reconhecimento da existência do "direito constitucionalmente adquirido";

j) este "direito adquirido constitucional" se reflete diretamente na mudança de postura frente ao relacionamento Estado-cidadão, a um só tempo resguardando as expectativas individuais com maior força e amparando teoricamente uma visão de preservar direitos em vias de concretização como direitos imperfeitos, ou seja, já direitos subjetivos pendentes de condição e com eficácia retroativa;

k) o conceito de justa expectativa é o de um direito subjetivo condicional em processo de confirmação, vinculado a uma condição suspensiva que não será alterada por terceiro; deve-se entender por justa expectativa a tentativa de superar a distinção realizada entre o direito subjetivo e a expectativa de direito, normalmente tida como mera expectativa;

l) para fins de reconhecer uma situação de justa expectativa, deve-se (i) reconhecer dois aspectos complementares: o *anímico* de parte do interessado e o *postural negativo* de

parte da Administração; (ii) recorrer aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima como fundamentos para projetar outro, deles decorrente: *o subprincípio do respeito à iminência*;

m) pode-se conceituar o princípio do respeito à iminência como o enunciado operativo que viabiliza preservar a firme crença pessoal no amparo das situações-tangenciais, antes da consolidação objetiva de um instituto ou relação jurídica continuativa, impedindo que a alteração normativa impessoal produza efeitos deletérios para a esfera individual dos que dele puderem se aproveitar. Ele traz consigo (i) um juízo de conformação (ii) caso a caso (iii) objetivando assegurar a justa expectativa calcada na justiça mediante a razoabilidade; a proposta é que, como regra geral para a incidência do subprincípio, tome-se como ponto de partida que as situações cujo prazo de conclusão já esteja ultrapassado em três quartos propiciam a sua aplicação, no geral dos casos.

n) superando a orientação mantida pelo Supremo Tribunal Federal, conceitua-se direito adquirido a regime jurídico como a proteção derivada da Constituição buscando resguardar ao cidadão a segurança jurídica em concreto (enquanto face visível da proteção da confiança legítima no Estado), imunizando-o dos efeitos deletérios individuais decorrentes das alterações normativas gerais com eficácia expressa ou implicitamente retrospectiva, tanto quanto a ponderação de bens diante do legítimo interesse público permitir;

o) o paradigma da supremacia do interesse público sobre o particular, contudo, precisa ser constantemente revisto para que não exacerbe sua razão de existir; a matéria deve, nos dias atuais, ser tratada por meio da ideia de um *conceito constitucional da supremacia do interesse público*, como sustentado por Daniel Wunder Hachem;

p) mesmo direitos fundamentais são passíveis de restrições, ainda que não expressadas no seu texto e o modo de solução para o grave problema da constante colisão entre direitos consagrados nas normas constitucionais, ainda que de direitos fundamentais se fale, é mesmo a ponderação de bens;

q) necessário realçar o pensamento que, em caso de dúvida, deve-se atentar para a proteção máxima do titular do direito fundamental como regra geral.

r) devem ser usadas as propostas teóricas de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins para a análise da legitimidade da intervenção no núcleo de proteção do direito fundamental em

análise; não se pretende afirmar a inexistência de razões gerais que, de fato e de direito, devem impor restrições, mas sim colocar as restrições no lugar constitucionalmente adequado, qual seja ele, o de *exceção* e não de regra, como sói se constatar nos dias atuais e alhures;

s) os fatos relevantes que viabilizariam, com sua ocorrência, a não incidência da proteção do direito adquirido enquanto garantia fundamental hão de se submeter ao que denominamos de *cláusulas de legitimação da razão limitadora*, as quais devem se mostrar tão mínimas quanto possível, propiciando um instrumental viável para que se compreenda a limitação de um direito fundamental tão caro ao Estado Democrático de Direito quanto o direito adquirido na condição de algo *extravagante*, como *ultima ratio*, ainda que passível de ocorrer em situações especiais de generalizada crise, interna ou externa, cabalmente evidenciada;

t) em verdade, parece que ao menos em parte o Supremo Tribunal Federal sinaliza que pode alterar sua jurisprudência hoje consolidada, posto que vem reconhecendo – indiretamente, é verdade – seu núcleo protetivo ao consolidar entendimento que as alterações que gerarem redução de vencimentos não podem ser admitidas;

u) a tese serve com especial relevo para o enfrentamento de questões sociais altamente importantes e momentosas, quais sejam as alterações abruptas nos concursos público em andamento; as questões previdenciárias envolvendo o respeito ao equilíbrio atuarial e a situação dos Estados e Municípios produtores e não produtores de petróleo diante da descoberta do pré sal no que tange ao direito adquirido e as expectativas derivadas da potencialidade do mesmo.

REFERÊNCIAS

LIVROS E ARTIGOS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2009;

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007;

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid : Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993;

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. "O direito adquirido na jurisprudência do STF: análise do julgamento das ADIns 3.105 e 3.128". In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do (Org.). *A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*, São Paulo : Saraiva, 2010;

AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1998;

AMARAL, Maria Lúcia. *A forma da república*: uma introdução ao estudo do direito constitucional. Coimbra : Coimbra, 2005;

AMUI, Sandoval. *Petróleo e gás natural para advogados e negociadores*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011;

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo : Saraiva, 2004;

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói : Impetus, 2009;

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2. ed. 4. tir. São Paulo : Malheiros, 2007;

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo : Saraiva, 2004;

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. “A segurança jurídica e as alterações no regime jurídico do servidor público”. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica*: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2009;

BAHIA, Saulo José Casali. “Poder judiciário e direitos humanos”. Disponível na Internet: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/aft_PODER%20JUDICIARIO%20E%20DIREITOS%20HUMANOS.pdf. Acesso em 20/01/2012;

BALERA, Wagner. *A seguridade social na constituição de 1988*, São Paulo : Saraiva, 1989;

BALERONI, Rafael Baptista; PEDROSO JÚNIOR, Jorge Antônio. “Pré-Sal: Desafios e uma Proposta de Regulação”. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro : Renovar, 2009;

BAPTISTA, Patrícia. “A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da administração pública. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa”. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, Jul.2007. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp. Acesso em 19/02/2012;

BARROSO, Luís Roberto. “Discricionariedade administrativa, realização adequada dos fins legais e observância dos princípios constitucionais” in *Temas de direito constitucional*. Tomo II, Rio de Janeiro : Renovar, 2003;

_____. “Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil”. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica*: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2009;

_____. “Federalismo, isonomia e segurança jurídica: inconstitucionalidade das alterações na distribuição de royalties do petróleo”. Disponível na Internet: http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-3045.pdf. Acesso em 10/01/2012;

_____. “Recurso Extraordinário. Violação indireta da Constituição. Ilegitimidade da alteração pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. In: ***Revista Eletrônica de Direito Processual,*** Volume III, disponível em http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/recurso-extraordinario-violacao-indireta-da-constituicao-ilegitimidade-da-alteracao-pontual-e-casuistica-da-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal/. Acesso em 19/04/2011;

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo : Malheiros, 2010;

_____; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. Vol. 2, São Paulo : Saraiva, 1988;

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro : Forense, 1980;

BEVILÁQUA, Clóvis. *Soluções práticas de direito*: pareceres, Vol. I, Rio de Janeiro : Editores Corrêa Bastos, 1923;

_____.*Teoria geral do direito civil*. 6 ed. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1953;

BIGOLIN, Giovani. *Segurança jurídica*: a estabilização do ato administrativo. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007;

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro : Renovar, 2006;

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo : Malheiros, 2002;

_____; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 4. ed. Brasília : OAB Editora, 2002;

BORGES, Alice Maria Gonzalez. *Temas do direito administrativo atual*: Estudos e pareceres. Belo Horizonte : Fórum, 2004;

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. "A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos". In: *Revista de direito privado*, São Paulo, nº 12, out./dez. 2002;

BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir. Direito adquirido contra as emendas constitucionais. Revista da Procuradoria Geral do Estado de Minas, Belo Horizonte, s. n.;

BULOS, Uadi Lammêgo. "Cláusulas pétreas e direito adquirido". Disponível na Internet: http://www.advogado.adv.br/artigos/2000/ulbulos/petreasdiradq.htm. Acesso em 10/01/2011;

_____. *Constituição Federal Anotada*, 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2001;

_____. *Curso de direito constitucional*, 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2009;

CÂMARA, Alexandre Freitas. "Relativização da coisa julgada material". In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro : América Jurídica, 2004;

CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. Vol. II, Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1958;

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. 2. reimp. Coimbra : Almedina, 2009;

CANOTILHO, J. J. Gomes. *"Brancosos" e interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra Almedina, 2008;

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 5. ed. Coimbra : Almedina, 1998;

CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995;

CARNEIRO, Walber Araújo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva*: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23 ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010;

CARVALHO JÚNIOR, José Ponciano de. *Reforma constitucional, por via de emenda, e o direito adquirido*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado em Direito do Estado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Orientador: Professor Doutor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, São Paulo, 2004;

CARVALHO, Paulo de Barros. "Tributo e segurança jurídica", p. 342/366. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. São Paulo : Malheiros, 2003;

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Salvador : JusPodivm, 2009;

CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964;

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos atos administrativos*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1973;

CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. *Segurança jurídica e tipicidade tributária*. Salvador : JusPodivm, 2007;

COELHO, Luiz Fernando. *Direito constitucional e filosofia da constituição*. Curitiba : Juruá, 2006;

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral, Tomo I, 3. ed. Coimbra : Almedina, 2009;

COUTINHO, Ana Luísa Celino. *Servidor público*, 1. ed. 8. reimp. Curitiba : Juruá, 2011;

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *A autoridade moral da constituição*: da fundamentação da validade do direito constitucional. Coimbra : Coimbra Editora, 2009;

COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 2004;

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo : Saraiva, 2004;

DALLARI, Adilson Abreu. "Processo administrativo e segurança jurídica". In: GERMANOS, Paulo André Jorge (Coord.). *Segurança jurídica*. São Paulo : Elsevier, 2010;

_____. *Constituição e constituinte*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2010;

_____. *Elementos de teoria geral do estado*. 30. ed. São Paulo : Saraiva, 2011;

_____. *O futuro do Estado*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2007;

DANTAS, Ivo. "Do direito adquirido: breves notas", p. 113/142 *in* CRUZ, Rômulo Lago (Org.). *A realização do espaço constitucional*: homenagem ao professor José Maria Ramos. São Luís : Instituto UniSão Luís de Cultura e Cidadania, 2004;

_____. *Direito adquirido, emendas constitucionais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2004;

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. São Paulo : Contraponto Editora, 1997;

DERZI, Misabel Abreu Machado. "O princípio da igualdade e o direito tributário". *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, V. 1, n. 1, 1994;

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009;

DINIZ, Hamilton Reis. "O direito adquirido em face a alteração do regime jurídico". Disponível na Internet: http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_545_O_direito_adquirido_em_face_a_alteração_do_regime. Acesso em 28/10/2010;

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. V. I, 28. ed. São Paulo : Saraiva, 2011;

_____. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada.* 13. ed. São Paulo : Saraiva, 2007;

DUARTE, Antônio Pereira. "Da intangibilidade do direito adquirido: diferenças ontológicas entre expectativa, aquisição e exercício de direito" *in Revista Forense*, Vol. 337, Jan. a Mar./1997;

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico.* Tradução de J. Baptista Machado, 8. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian;

ESCOLA, Hector José. *El interes público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires : Depalma, 1989;

ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema de direito civil brasileiro*. Vol. II, 4. ed. Rio de Janeiro : Conquista, 1961;

_____; ESPINOLA FILHO, Eduardo. "Dos direitos subjetivos". *In*: *Tratado de direito civil.* Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1941;

_____; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A lei de introdução ao código civil brasileiro.* Atualizador: Silva Pacheco. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1995;

FAGUNDES, Miguel SEABRA, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. rev. São Paulo : Saraiva, 1984;

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*: teoria geral. 6. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007;

FARIAS, Raúl Zamorano. "O sistema político como institucionalização das expectativas". In: *Revista dos estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito*, UNISINOS, nº 2, Jan./Jun. 2010;

FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*. 2. ed. São Paulo : Quartier Latin, 2005;

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "Poder constituinte e direito adquirido", p. 21, *Revista dos Tribunais*, Ano 86, V. 745, Nov. 1997;

_____. *Curso de direito constitucional*, 34. ed. São Paulo : Saraiva, 2008;

_____. *Estado de direito e constituição*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2004;

FERREIRA, Sérgio de Andréa. "O princípio da segurança jurídica em face das reformas constitucionais". In: *Revista Forense*, Ano 92, nº 334, Abr./Jun. 1996;

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na constituição*. 1. ed. 2. tir. São Paulo : Malheiros, 2003;

_____. *Parecer sobre a constitucionalidade do Exame de Ordem*. Disponível em http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/CONSULTA_CFOAB.pdf. Acesso em 21/12/2011;

_____. *Probidade administrativa*: comentários à lei 8.429/92 e legislação complementar. São Paulo : Malheiros, 1995;

_____. *Teoria geral do estado*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 2009;

_____; BROLLO, Maria Alice Deucher. "Anotações a respeito dos planos econômicos – Alteração da política salarial – Reajuste de salários pela lei antiga – Direito adquirido, mera expectativa de direito e normas de ordem pública – resenha doutrinária e jurisprudencial". In: *Revista dos Tribunais*, Ano 83, Vol. 708, Out./ 1994;

FRANÇA, R. Limongi. *Direito intertemporal brasileiro*: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968;

_____. *Jurisprudência da irretroatividade e do direito adquirido*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982;

_____. *Princípios gerais de direito*. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010;

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*: teoria geral. Vol. I, Rio de Janeiro : Forense, 1958;

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 2009;

GABBA, Francesco. *Teoria della retroattività delle leggi*, V. I, Roma : Torino Unione Tipográfico-Editrice, 1891;

GENTIL, Denise Lobato. *A política fiscal e a falsa crise da seguridade social brasileira*: análise financeira do período 1990-2005. Tese (Doutorado). Rio de Janeiro, Instituto de Economia (IE) – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas (CCJE) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), 2006. Disponível na Internet: http://www.corecon-rj.org.br/ced/tese_previdencia_denise_lobato.pdf. Acesso em 24/02/2012;

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1977;

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 9. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2004;

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte : Fórum, 2011;

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. *Recurso extraordinário e ofensa reflexa a constituição*. Salvador : JusPodivm, 2009;

HJORUNGNES, Diana Amendoeira Maciel. "Brasil, e os próximos dez anos?". In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro : Renovar, 2009;

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2010;

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*, 7. ed. São Paulo : Quartier Latin, 2008;

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direitos adquiridos na interpretação do Supremo Tribunal Federal*, Rio de Janeiro : GZ Editora, 2010;

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, in CIVITA, Victor (Ed.). *Os Pensadores*: Kant, Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger, São Paulo: Abril Cultural, 1983;

KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de direito previdenciário*. 8. ed. Salvador : JusPodivm, 2011;

KORESSAWA, Elayne da Silva Ramos Cantuária. *Controle jurisdicional da atividade administrativa*: o decurso do tempo e suas implicações. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 2009;

KRAVEC, Alecseo; STANDERSKI, Wlademiro. *Seguros privados e previdência complementar*: organização e contabilidade. São Paulo : Livraria Pioneira, 1979;

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais – um estudo comparativo. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004;

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997;

LIMA, Alberto Barbosa. "Reformas da previdência e contribuição dos servidores inativos e pensionistas: como o STF lida com um problema econômico que conflita com direitos adquiridos – uma análise da ADI 3.105". In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (Coord.). *Jurisprudência constitucional*: como decide o STF? São Paulo : Malheiros, 2009;

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo : Malheiros, 2007;

LOUREIRO, José Carlos. *Adeus ao estado social?* A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos ´direitos adquiridos´. Coimbra: Coimbra Editora, 2010;

MACHADO, Hugo de Brito. "Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais", p. 19/26 *in Revista dos Tribunais,* Vol. 714, Ano 84, Abr./1995;

MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Teoria geral do direito*: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema. São Paulo : Saraiva, 2004;

MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre : Verbo Jurídico, 2006;

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008;

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Direito adquirido na previdência social*. 3. ed. São Paulo : LTr, 2010;

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Remuneração dos agentes públicos*. São Paulo : Saraiva, 2009;

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *Introdução ao estudo sobre os deveres fundamentais*. Salvador : *JusPodivm*, 2011;

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Tratado de direito constitucional*. Vol. I, São Paulo : Saraiva, 2010;

MARTINS-COSTA, Judith. "A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança". *Revista do CEJ*, Brasília, nº 27, p. 110/120, out./dez. 2004, p. 119

MARTINS-COSTA, Judith. "Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos", p. 120/148 *in* ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do estado de direito*: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo : Malheiros, 2005;

MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 2002;

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*, 2. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1955;

_____. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1946;

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 15. ed., São Paulo : Saraiva, 2002;

MEDAUAR, Odete. "Segurança jurídica e confiança legítima", p. 114/119 *in* ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do estado de direito*: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo : Malheiros, 2005;

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998;

MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. *Constituição portuguesa anotada*. Tomo I, Coimbra : Coimbra, 2004;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “O direito adquirido e o direito administrativo”. In: *Interesse Público*, n. 38, 2006;

_____. *Curso de direito administrativo*. 11. ed., São Paulo : Malheiros, 1999;

_____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo : Malheiros, 2009;

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Vol. I, 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2007;

MENDES, Gilmar Ferreira *et alli*. *Curso de direito constitucional*, 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2008;

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à constituição de 1946.* Vol. III, Arts. 129-144, Rio de Janeiro : Henrique Cahen, 1954;

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro : Forense, 2002;

_____. *Manual de direito constitucional*. Tomo II, 4. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2000;

_____. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, 3. ed. Coimbra : Coimbra, 2000;

MIRANDA, Napoleão. “De Sonhos e Conflitos: A Disputa Federativa em Torno aos Royalties do Pré-sal”. Disponível na Internet: http://www.uff.br/macaeimpacto/OFICINAMACAE/pdf/14_NapoleaoMiranda.pdf. Acesso em 20/02/2012;

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Vol. I, 3. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1970;

MODESTO, Paulo. “Legalidade e autovinculação da Administração Pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa”, p. 115/174. In: MODESTO, Paulo (Coord.). *nova organização administrativa brasileira*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte : Fórum, 2010;

_____. “Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência”, p. 832/833 e 835 in *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo : Editora NDJ, Ano XVI, n. 11, Nov. 2000;

MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo : Atlas, 2011;

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro : Renovar, 2006;

NASSAR, Elody. *Prescrição na administração pública.* 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2009;

NOLETO, Mauro Almeida. *Memória jurisprudencial – Ministro Epitácio Pessoa*, Brasília : Supremo Tribunal Federal, 2009. Disponível na Internet:http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/Epitacio_Pessoa.pdf, Acesso em 21/02/2012;

NOVAES, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra : Almedina, 2006;

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra : Coimbra, 2003;

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo : Saraiva, 2010;

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo*: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. 2. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010;

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru : EDUSC, 2005;

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*: parte geral. V. I, 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2009;

PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010;

PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1966;

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Seguridad jurídica y sistema cautelar*. Disponível na Internet: http://www.europeana.eu/portal/record/90901/4C43799F82EEC2ED47F1A09CF4604DA3C518C318.html. Acesso em 01/08/2009;

PÉREZ, Jesús González. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 4. ed. Madrid : Civitas, 2004;

PESSOA, Leonel Cesarino. "Segurança jurídica e os paradigmas jurídicos", p. 41/50. In: PESSOA, Leonel Cesarino (Org.) *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo : LTr, 2007;

PETIAN, Angélica. *Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito*. São Paulo : Malheiros, 2011;

PIRES, Maria Coeli Simões. "Direito adquirido como limite à retroprojeção de emendas constitucionais". In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, 4. ed., Ano XXII, Belo Horizonte, 2004. Disponível na Internet: http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2004/04/-sumario?next=2.

_____. *Direito adquirido e ordem pública:* segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte : Del Rey, 2005;

PORCHAT, Reynaldo. *Da retroactividade das leis civis*. São Paulo : Duprat, 1909;

QUINTANS, Luiz Cezar P. "Os Royalties do Petróleo na legislação brasileira e a Emenda Ibsen". Disponível na Internet: http://www.netlegis.com.br/index.jsp?arquivo=detalhesArtigosPublicados.jsp&cod2=2255. Acesso em 16/02/2012;

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

RIBEIRO, Manoel. *Direito administrativo* Vol. I, Salvador : Editôra Itapoã LTDA., 1964;

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte* (legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima). Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008;

RODRIGUES, José Ângelo. *Gestão de Previdência com Estudos Atuariais*. Dissertação de Mestrado. Universidade Cândido Mendes. Faculdade de Ciências Políticas e Econômicas do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 2001;

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977;

ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire*. 2. ed. Paris : Dalloz et Sirey, 1960;

RUSSO FILHO, Antônio. *Servidores públicos e direito adquirido,* Belo Horizonte : Fórum, 2010;

SALDANHA, Nelson. *O Poder Constituinte*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986

SAMPAIO, José Adércio Leite. "Expectativa de direito e direito adquirido como franquias e bloqueios da transformação social". In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica*: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2009;

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisprudência constitucional*, Belo Horizonte : Del Rey, 2002;

_____. *Direito adquirido e expectativa de direito*. Belo Horizonte : Del Rey, 2005;

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". Disponível na Internet: http://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 19 de janeiro de 2012;

_____. “A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro”. Disponível na Internet: http://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 19 de janeiro de 2012;

SARMENTO, Daniel. “Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social”. In: *Revista trimestral de direito privado*, Ano 5, nº 20, Out./Dez. 2004;

_____. *Interesses públicos* versus *interesses privados:* desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2005;

SBROGIO´GALIA, Susana. *Mutações constitucionais e direitos fundamentais*. Porto Alegre : Livraria dos Advogados, 2007;

SEABRA, Alessandra Aloise de; FREITAS, Gilberto Passos de; POLETTE, Marcus; CASILLAS, T. Ángel Del Valls. “A promissora província petrolífera do pré-sal”, *Revista Direito GV*, Ano 7, nº 13, São Paulo, Jan./Jun. 2011;

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010;

_____. *Direitos fundamentais e o contrato de trabalho*. São Paulo : LTr, 2005;

_____. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo : LTr, 1999;

_____. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008;

SILVA, Almiro do Couto e. “O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99)”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito do Público da Bahia, nº 02, abril/junho de 2005. Disponível em http://www.direitodoestado.com.br e capturado em 15/01/2009;

_____. “Princípio da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo” *in Revista de Direito Público*, nº 84;

SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição*: o caso dos agentes públicos. Belo Horizonte : Fórum, 2009;

SILVA, José Afonso da. “Constituição e Segurança Jurídica”, p. 17. In ANTUNES, Carmem Lúcia (Org.). *Constituição e segurança jurídica*: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004;

_____. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo : Malheiros, 2005;

_____. *Curso de direito constitucional positivo brasileiro*, 30 ed. São Paulo : Malheiros, 2008;

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*, São Paulo : Saraiva, 2010;

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, São Paulo : Saraiva, 2010;

SOUTO, Maior Borges. “O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: http://www.direitopublico.com.br. Acesso em 16/01/2009;

SOUZA, Wagner Mota Alves de. *A teoria dos atos próprios*: da proibição de *venire contra factum proprium*, Salvador : JusPodivm, 2008;

SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença civil imotivada*, Salvador : JusPodivm, 2008;

TAVARES, André Ramos. “Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional”, p. 21/51. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. São Paulo : Malheiros, 2003;

_____. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo : Saraiva, 2010;

_____. *Direito constitucional brasileiro concretizado*: *hard cases* e soluções juridicamente adequadas. São Paulo : Método, 2006;

_____. *Parecer solicitado pelo Fórum de Professores das Instituições Federais de Ensino Superior – PROIFES*, Mai/2010. Disponível na Internet: http://www.adufscar.org.br/arquivo/parecer_tcu_coisa_julgada_art_ref1449.pdf. Acesso em 19/01/2012;

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito.* 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2009;

TENÓRIO, Oscar. *Lei de introdução ao código civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1955;

TESSEROLLI, Eduardo. "O STJ e o concurso público: os atos de nomeação e prorrogação praticados em concursos públicos, segundo a visão do Superior Tribunal de Justiça". Disponível em http://eduardotesserolli.wordpress.com/2010/01/07/stj-e-concurso-publico-atos-nomeacao-prorrogacao-praticados-concursos-publicos/. Acesso em 18/01/2012;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. "Coisa julgada e segurança jurídica: alguns temas atuais de relevante importância no âmbito das obrigações tributárias" *in Revista jurídica*, Ano 58, nº 389, Mar./2010;

TOLEDO, Cláudia. *Direito adquirido e estado democrático de direito*. São Paulo : Landy, 2003;

TOLOMEI, Carlos Young. *A proteção do direito adquirido sob o prisma civil-constitucional*: uma perspectiva sistemático-axiológica. Rio de Janeiro : Renovar, 2005;

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica*: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011;

TORRONTEGUY, Alessandra Fölzke. *A aplicação dos* royalties *do petróleo e a efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Orientador: Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite. Vitória, 2003;

VAINER, Bruno Zilberman. "Aspectos básicos da segurança jurídica", p. 06/26. In: *Revista de direito constitucional e internacional*, Ano 14, nº 56, Jul./Set. 2006;

VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo estado de direito*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro : Forense, 2007;

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto constituzionale*. 6. ed., Milão : CEDAM, 2008;

VILANI, Rodrigo Machado; MACHADO, Carlos José Saldanha. "Análise da justiça intergeracional como princípio norteador para a destinação dos royalties do petróleo". *IX Encontro Nacional da Sociedade Brasileira de Economia Ecológica - Anais*, Brasília, Out./2011.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito e processo do trabalho*: estudos. Belo Horizonte : Del Rey, 1994;

VILLEGAS, Hector B. "Principio de seguridad jurídica en la creación y aplicación del tributo". In. *Revista de direito tributário*, nº 66, São Paulo : Malheiros;

WALD, Arnoldo. *Parecer acerca da Lei Complementar Paulista nº 1.010/2007, acerca da criação da São Paulo Previdência – SPPREV e os efeitos de sua vigência relativamente à carteira de previdência dos advogados*. Disponível em http://www.profpito.com/OPARECERDOPROFWALD.html. Acesso em 21/12/2011;

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid : Editorial Trotta, 1999;

ZANDONADI, Denise; BRIDI, Rita. "Descoberta histórica de petróleo no Estado: reserva de 2 bilhões de barris está em rochas com tamanho nunca visto no país". In: *A Gazeta*, Vitória, 22 nov. 2008;

ZAVASCKI, Teori Albino. "Cláusulas pétreas, direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada" *in* MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (Coord.). *Constituição federal*: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008;

ZIPPELIUS, Reinhold. *Introdução ao estudo do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte : Del Rey, 2006;

DECISÕES JUDICIAIS, LEGISLAÇÃO E OUTROS

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 34138/MT*, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe de 25/10/2011;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 34789/PB*, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJe de 25/10/2011;

BRASIL. Congresso Nacional. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*, Lei Federal nº 8.078/90;
BRASIL. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Econômicos – DIEESE. *Nota Técnica nº 51*, Set./2007. Disponível na Internet: http://www.dieese.org.br/notatecnica/notatec51Previdencia.pdf. Acesso em 21/02/2012;

BRASIL. *Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI*, Versão 3.0, Nov./1999, verbete: Iminência;

BRASIL. Espírito Santo. *Processo nº 53838360 – Parecer sobre a Análise da constitucionalidade de proposta legislativa para a distribuição das participações governamentais advindas da exploração de petróleo a Estados e Municípios produtores e não-produtores.* Autor: Procurador do Estado Cláudio Penedo Madureira, Vitória, Jun./2011. Disponível na Internet: http://www.gern.unb.br/recursos/cooperacao/Parecer_pr-sal_ES.pdf. Acesso em 21/02/2012;

BRASIL. Senado Federal. *Jornal do Senado*, Ano XVII, nº 3545, Brasília, 19/out./2011;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial nº 730.546/MG*, rel. Min. Jorge Scartezzini, 5ª Turma, DJU de 03.10.2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.367.797/MG*, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe de 01/04/2011;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 31847/RS*, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe de 30/11/2011;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 186.557/DF*, DJU de 28/02/2003;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3112/DF*, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe de 26/10/2007;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 248/RJ*, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJU de 08/04/1994, p. 7222;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.460/DF*, rel. Min. Carlos Britto, Pleno, DJe de 15/06/2007;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento nº 135632*, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 03/09/1999, p. 545;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 258.337/MG*, rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, DJU de 04/08/2000, p. 27

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 392.251/PB*, relª. Minª. Ellen Gracie, DJU de 04/03/2005, p. 25;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 511.024/PR*, rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, DJU de 05/08/2005, p. 44;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 438.316/SC*, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJU de 30/03/2007, p. 88;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 608.441/PR*, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 17/04/2009;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 364.387/MS*, relª. Minª. Ellen Gracie, 1ª Turma, DJU de 09/05/2003;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 425.579/RJ*, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJe de 08/06/2007;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 589.575/RS*, rel. Min. Eros Grau, DJe de 24/10/2008;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 463.940/RS*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJU de 15/12/2006, p. 87;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 424055/RS*, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJU de 05/05/2006, p. 37;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477554/MG*, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 26/08/2011;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393.021/SP*, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJU de 12/08/2005;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 416434/MT*, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJU de 09/02/2007;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário nº 146.331/SP*, rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJU de 20-4-2007;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 22.160/DF*, rel. Min. Sidney Sanches, Pleno, DJU de 13/12/1996, p. 50168;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 22094/DF*, relª. Minª. Ellen Gracie, Pleno, DJU de 25/02/2005, p. 06;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 22357/DF*, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJU de 05/11/2004, p. 06;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 24.781*, rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe de 09/06/2011;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25.668/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, DJU de 04/08/2006, p. 27;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 25.963*, rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, DJe de 21/11/2008;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 27851/DF*, rel. p. ac. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe de 23/11/2011;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 30260/DF*, relª. Minª. Carmen Lúcia, Pleno, DJe de 30/08/2011;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 4744/DF*, rel. Min. Henrique D´Avila, Pleno, DJU de 24/08/1959, p. 246;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010/DF*, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 12/04/2002;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2356/DF*, rel. Min. Ayres Britto, Plenário, DJe de 19/05/2011;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2087/AM*, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJU de 19/09/2003, p. 15;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança nº 7288/CE*, rel. Min. Henrique D´Avila, Pleno, DJU de 03/08/1960;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança nº 26932/DF*, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe de 05/02/2010;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 116.683/RJ*, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJU de 13/03/1992, p. 2927;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 130.213/SP*, rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJU de 23/04/1993, p. 6923;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 136.886/DF*, rel. Min. Paulo Brossard, 2ª Turma, DJU de 30/09/1994, p. 26171;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 15530/BA*, rel. Min. Luiz Gallotti, 1ª Turma, DJU de 30/08/1951, p. 8104;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 178.802/RS*, rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJU de 19/04/1996, p. 12229;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 180.884/DF*, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJU de 08/09/1995, p. 28393;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 192.568/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJU de 13/09/1996;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 204769/RS*, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJU de 14/03/1997, p. 6939;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 20960/DF*, rel. Min. Mário Guimarães, 1ª Turma, DJU de 01/10/1953;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 226.473/SC*, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJU de 25/06/1999, p. 12229;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 242.740/GO*, rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, DJU de 18/05/2001, p. 87

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 24362/DF*, rel. Min. Ribeiro da Costa, 1ª Turma, DJU de 02/12/1954, p. 14907;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 290.346/MG*, rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJU de 29/06/2001;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 318.106/RN*, relª. Minª. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJU de 18/11/2005, p. 25;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 338.436*, rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma, DJe de 21/11/2008;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 486825/RJ*, rel. Min. Ayres Britto, 1ª Turma, DJe de 06/02/2012;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 556.664/RS*, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJe de 14/11/2008;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 564354/SE,* relª. Minª. Carmen Lúcia, Pleno, DJe de 15/02/2011;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 566.621*, relª. Minª. Ellen Gracie, Pleno, DJe de 11/10/2011, com repercussão geral;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 594350/RS*, rel. Min. Celso de Mello, DJe de 11/06/2010;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 598.099*, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe de 03/10/2011, com repercussão geral;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 598.099/MS*, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe de 03/10/2011;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 598.099/MS*, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe de 03/10/2011;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 630.501/RS com repercussão geral*, relª. Minª. Ellen Gracie. Julgamento suspenso por pedido de vista do Ministro Dias Tofolli, em 23/02/2011;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 649154/MG*, rel. Min. Celso de Mello, DJe de 29/11/2011;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 662149/MG*, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 01/02/2012;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.305/CE,* rel. Min. Moreira Alves, 2ª Turma, DJU de 07/04/1978;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 90781/CE,* rel. Min. Leitão de Abreu, 2ª Turma, DJU de 19/12/1980, p. 10944;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 94.020/RJ,* rel. Min. Moreira Alves, 2ª Turma, DJU de 18/12/1981, p. 12943;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 94.531/SC,* rel. Min. Moreira Alves, 2ª Turma, DJU de 21/08/1981;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 99.522/PR,* rel. Min. Moreira Alves, 2ª Turma, DJU de 20/05/1983, p. 7059;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 99.594/SE,* rel. Min. Francisco Rezek, 2ª Turma, DJU de 09/12/1983, p. 19422;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 99.955/RN,* rel. Min. Carlos Madeira, 2ª Turma, DJU de 07/02/1986, p. 935;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 586.068/PR*, relª. Minª. Rosa Weber, DJe de 22/08/2008;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 363.889/DF*, rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJe de 16/12/2011;

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Apelação Cível nº 94.01.27124-0, rel. Juiz Federal Saulo José Casali Bahia (conv.), 1ª Turma Suplementar, DJU de 22/02/2005;

PORTUGAL. Procuradoria Geral. *Parecer nº P000382002*, Fernanda Maçãs, disponível em http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/0/6468d02f7fc8902380256b9f0056dc91?OpenDocument. Acesso em 10 dez. 2010.