

DIREITO ADQUIRIDO CONTRA AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Mariana Almeida de Sousa

Estudante de Graduação em Direito (UFC)

Sumário:

1. Considerações introdutórias
2. Há direito adquirido contra a Constituição?
3. O que é direito adquirido?
4. Algumas considerações sobre as emendas constitucionais
5. A polêmica da subsistência de direitos adquiridos frente apenas às leis ordinárias
6. A questão da consideração expressa quanto à situação das leis e das emendas
7. Conclusão
8. Bibliografia

1. Considerações introdutórias

Valmir Pontes Filho afirma que não há direito adquirido contra a Constituição.

Tal afirmação corresponde à realidade ou pelo menos ao que deveria ser a realidade?

Segundo Hans Kelsen, a Constituição é “o começo lógico de toda a normatividade jurídico-positiva de um Estado soberano”. Concordo com tal afirmação, mas devemos atentar para a questão de ser a Carta Magna o ponto de partida da normatividade positivada, não de princípios gerais intrínsecos na escala axiológica humana.

2. Há direito adquirido contra a Constituição?

Mas, analisando essa afirmação: “não existe adquirido contra a Constituição”, é interessante levar em conta a sua relatividade, segundo Hugo de Brito Machado Segundo. De plano porque só deve cogitar de direito adquirido em face de referência expressa à produção de efeitos retroativos, por parte da norma examinada. Se a norma, mesmo constitucional, nada afirma quanto à sua eficácia retro-operante, subtende-se que sua incidência ocorrerá apenas em face de fatos ocorridos após o início de sua vigência. Tal afirmação não precisa estar consignada de modo expresso e lugar algum. A Constituição pode simplesmente silenciar, ou manifestar-se expressamente pelo respeito ao direito adquirido, como fez, por exemplo, o § 2º do artigo 41 do ADCT, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Além disso, deve-se distinguir a norma constitucional produto do poder constituinte originário, da norma constitucional oriunda do labor do poder reformador, também conhecido como Poder Constituinte Derivado. A primeira, quando afirmar de modo expresso sua própria retroação, não respeita direitos adquiridos, até porque não existem normas de hierarquia superior em face das quais sua validade pudesse ser cotejada. Já a segunda espécie de norma constitucional, elaborada conforme a Carta Política posta, submete-se às limitações formais e materiais estabelecidas pelo constituinte originário, regramentos que lhe antecedem, e que lhe são superiores. Entre esses regramentos, no caso da Constituição Brasileira de 1988, está o respeito aos direitos fundamentais, entre os quais está arrolado o direito adquirido.

Assim, e em suma, não existe direito adquirido

contra a Constituição, mas apenas se se estiver cogitando de norma nela introduzida pelo poder constituinte originário, e que afirme expressamente a inoponibilidade de direitos adquiridos às suas disposições. Em todas as demais hipóteses, especialmente em se tratando de norma veiculada pela atuação do Poder Constituinte Derivado, o respeito ao direito adquirido é medida que se impõe como condição para sua validade.

Mas nosso estudo vai tratar da questão: direito adquirido contra as emendas constitucionais, muito embora o tema mais adequado fosse “emendas constitucionais contra direitos adquiridos”, uma vez que estas, não esporadicamente, não observam direitos fundamentais, já outrora garantidos constitucionalmente. Tal fato ocasiona paradoxos, ou melhor, choques entre a Constituição Federal e suas emendas. Um notável exemplo é a emenda 47, que trata da Reforma Previdenciária.

3. O que é direito adquirido?

Vejamos, então, o que seria o direito adquirido. O artigo 5º, inciso XXXVI da

Constituição Federal prescreve que: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Ou seja, no título que define quais os direitos e garantias fundamentais, nós temos o direito adquirido, sendo ele, portanto, um direito fundamental, alcançado constitucionalmente.

Ainda, no § 2º do artigo 6º da LICC, lemos o seguinte: “Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição

preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem”.

O professor Valmir Pontes Filho assevera que todo direito que não está de acordo com a Constituição não vigora ou deixa de vigorar como norma jurídica. Sendo assim, as emendas constitucionais que não estiverem em harmonia com as normas constitucionais não podem entrar em vigor e não devem ter um mínimo de eficácia. Dr Reynaldo Porchat, em sua obra “ Da retroatividade das leis civis”, afirma:

“Direitos adquiridos são conseqüências de fatos jurídicos passados, mas conseqüências ainda não realizadas, que ainda não se tornaram de todo efetivas. Direito adquirido é, pois, todo direito fundado sobre um fato jurídico que já sucedeu, mas que ainda não foi feito valer”.

Conforme assevera Alexandre de Moraes, não se pode desconhecer, porém, que em nosso ordenamento positivo, inexistente definição constitucional de direito adquirido. Na realidade, o conceito de direito adquirido ajusta-se à concepção que lhe dá o próprio legislador ordinário, a quem assiste a prerrogativa de definir, normativamente, o conteúdo evidenciador da idéia de situação jurídica definitivamente consolidada.

Assim, o direito adquirido pode ser definido como um dos instrumentos dos quais a Constituição se utiliza com o intuito de limitar a retroatividade da lei. Ademais, a Constituição modifica-se constantemente à medida que o Estado cumpre seu papel atualizando as leis do nosso ordenamento jurídico. No entanto, utilizar a lei em caráter retroativo, não esporadicamente, pode ser deveras prejudicial porque fere situações jurídicas que já haviam sido consolidadas pelo tempo e é exatamente isso que caracteriza a segurança jurídica que favorece o indivíduo enquanto cidadão.

4. Algumas considerações sobre emendas constitucionais

Consideremos agora, de forma breve, alguns aspectos quanto às emendas Constitucionais.

Enquanto a Constituição é dotada de um órgão de elaboração que “norma sem ser normado” (Assembléia Nacional Constituinte), o órgão de elaboração da emenda constitucional é derivado daquele que elabora a Constituição, qual seja um poder reformador (Poder Constituinte Derivado).

Dessa forma, só pode normar nos termos em que pela Constituição Federal mesma já se encontra normado. Deve-se, então, atentar para a existência na própria Constituição, de um regime específico para o direito adquirido, imune à incidência das próprias emendas.

O poder de revisão por emendas é expressamente limitado, à luz do § 4º do artigo 60, da nossa Carta Magna. Assim, o poder das emendas limita-se, primordialmente, ao respeito às garantias que foram conquistadas pelos cidadãos, graças às lutas em favor do lema “Egalité, Liberté et Fraternité”. A questão não é obrigar à atual geração de perpetuar todos os ideais das gerações passadas, mas o respeito ao direito adquirido deve ser visto como uma manifestação de cidadania, como forma de garantir o respeito aos direitos individuais e coletivos, resultado do conhecimento das necessidades da sociedade, podendo esta ser representada por indivíduos que garantam a certeza do direito.

5. A polêmica da subsistência do direito adquirido frente apenas às leis ordinárias

A questão da subsistência do direito adquirido frente apenas às leis ordinárias é

Uma questão um tanto polêmica. O professor Paulo Modesto, da UFBA, afirma que o direito adquirido não é uma garantia dirigida ao poder constituinte originário ou reformador, mas garantia do cidadão frente ao legislador infraconstitucional.

Todavia, mesmo tendo as emendas constitucionais força impositiva superior a da lei, elas não estão liberadas da vedação constitucional da imposição de prejuízo já adquirido pelo respectivo titular. Dessa forma, como lei maior e suprema de um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal não se pode proclamar inferior às leis infraconstitucionais e nem às emendas, uma vez que estão submissas a ela.

6. A questão da consideração expressa quanto à situação das leis e das emendas

Um outro ponto importante a ser ressaltado é o seguinte: mesmo não tendo a

Constituição proibido explicitamente as emendas de retroagirem, interditando ofensa de direito adquirido. Bem, uma vez que a Carta Magna convocou expressamente a lei ordinária para criar direitos subjetivos, não quer dizer que autorizou as emendas constitucionais de ampliar a pauta de direitos já constitucionalmente adquiridos.

As emendas são caracterizadas não pelo que

a elas é concedido legislar, mas o que há de ser considerado é a questão do que a elas é vedado, como, por exemplo, não poderem legislar sobre cláusulas pétreas, entre elas, o direito adquirido.

Assim, não é porque a Constituição faz menção às leis como fontes de obrigações que por não ter citado nada com relação às emendas que estas têm zero ou cem por cento de liberdade para legislar. Tanto é que a nossa Constituição colocou óbices ou dificuldades no processo de aprovação das emendas constitucionais, muito embora tenha este fato transformado-se em algo tão costumeiro, em especial no governo atual.

7. Conclusão

Devemos ter em mente que imutabilidade constitucional é uma tese absurda e colide com a dinâmica da sociedade. Com a abertura do conceito jurídico de reforma constitucional, dada por Rousseau, passou-se a permitir que leis fosse revogadas, desde que fosse feito com a mesma solenidade com a qual foram estabelecidas no ordenamento.

Estamos cômicos da crise política na qual se encontra a nossa Nação. Conforme o Professor Paulo Bonavides, em sua obra “Curso de Direito Constitucional”, a “tragédia da organização constitucional dos países do Terceiro Mundo decorre grandemente da impossibilidade de fazer estáveis as formas democráticas da sociedade, açoitas de problemas sociais, econômicos e financeiros quase insolúveis numa estrutura de poder onde o Estado é tudo e a Nação Civil muito pouco”. Mas não é infringindo e atropelando os direitos fundamentais do cidadão, privando-

o de algo já conquistado, algo com o qual ele conta para sua proteção, que o Estado conseguirá findar ou dirimir dificuldades.

Assim, algumas emendas constitucionais podem ser, indubitavelmente, taxadas de emendas constitucionais inconstitucionais, tal qual a emenda nº41, que violou o princípio da estrita legalidade em sua dupla manifestação de segurança jurídica do contribuinte e certeza do direito ao aumentar tributo sem lei específica anterior. Tais emendas desrespeitam direitos adquiridos e maculam o ordenamento jurídico de forma pretenciosa e infame, cabendo ao Poder Legislativo repensar em formas de se auto-limitar, a fim de evitar que o princípio da confiança seja dissipado para todo o sempre.

8. Bibliografia

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PORCHAT, Reynaldo. Da Retroatividade das Leis Civis. São Paulo: Duprat, 1909.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1998.

Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2005.