

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA - FDV
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

CRHISTIAN MARTINS DE AQUINO

**A CONSTITUIÇÃO, O DIREITO ADQUIRIDO E A
CONTRIBUIÇÃO SOCIAL (PREVIDENCIÁRIA) DOS
SERVIDORES PÚBLICOS INATIVOS**

VITÓRIA
2007

CRHISTIAN MARTINS DE AQUINO

**A CONSTITUIÇÃO, O DIREITO ADQUIRIDO E A
CONTRIBUIÇÃO SOCIAL (PREVIDENCIÁRIA) DOS
SERVIDORES PÚBLICOS INATIVOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daury Cesar Fabriz.

VITÓRIA
2007

CRHISTIAN MARTINS DE AQUINO

**A CONSTITUIÇÃO, O DIREITO ADQUIRIDO E A
CONTRIBUIÇÃO SOCIAL (PREVIDENCIÁRIA) DOS
SERVIDORES PÚBLICOS INATIVOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Aprovada em _____.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Daury Cesar Fabríz
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Manoel Alves Rabelo
Universidade Federal do Espírito Santo

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus, que, onisciente, conhece todas – e não são poucas – as razões dessa gratidão.

À Faculdade de Direito de Vitória – FDV, por proporcionar os meios para que este sonho – a obtenção do título de Mestre – se tornasse realidade.

A todo o corpo docente do Programa de Mestrado, pelos conhecimentos transmitidos, e, particularmente, a dois professores: o Prof. Dr. Daury Cesar Fabriz, pela paciência na orientação e, entre outras coisas, pela formulação da “pergunta fundamental”, e o Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux, pelas necessárias críticas quando da qualificação e ainda por, após essa etapa, ter-se tornado praticamente um co-orientador.

Aos colegas da turma de mestrado que, em tão pouco tempo de convivência, mas talvez pela intensidade desta, tornaram-se todos “velhos amigos”. Em especial, agradeço a duas colegas, companheiras de outras jornadas acadêmicas, e que muito auxiliaram no desenvolvimento desta dissertação: Prof. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinger e Bethânia Silva Belisário.

Ao Sr. Maj PM José Dirceu Pereira, meu superior hierárquico imediato, em cujo nome agradeço ao Comando Geral da PMES pela oportunidade que me foi concedida.

A todos de quem me afastei nesse período, pela compreensão.

Agradeço ainda por viver em um regime democrático, em que vigora a mais ampla liberdade de expressão.

“E horas sem conto passo, mudo,
O olhar atento,
A trabalhar, longe de tudo
O pensamento”.

(Olavo Bilac – Profissão de fé)

RESUMO

Investiga a possibilidade de direitos adquiridos contra a Constituição, tomada esta na dupla acepção de produto do poder constituinte e de produto do poder reformador. A pesquisa se dá tanto no plano das normas abstratas e gerais, quanto no plano concreto e individual do julgamento da ADI 3105-DF, que teve por objeto o art. 4º da EC 041/2003, emenda constitucional que ficou conhecida como a segunda reforma da previdência, e que sujeitou servidores públicos aposentados, mesmo antes de sua entrada em vigor, ao pagamento de contribuição previdenciária incidente sobre seus proventos. O problema pode ser sintetizado na seguinte indagação: o *caput* do art. 4º da EC 041/2003 é compatível com as disposições do inc. XXXVI do art. 5º e do inc. IV do §4º do art. 60, tudo da CF? Para resolvê-lo, utiliza ferramentas próprias da Lógica e da Semiótica. Estuda, nesta ordem, o conflito de normas no tempo, o conteúdo material possível do direito adquirido e a garantia do direito adquirido. Conclui que: a) o conflito de normas é real quando há identidade de antecedentes e incompatibilidade de conseqüentes; b) a imunidade tributária pode ser objeto de direito adquirido, e o é, proibindo a incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de servidores aposentados ao tempo da EC 020/1998; c) a norma de garantia do direito adquirido é do tipo regra e o protege contra a incidência de normas ulteriores, sejam elas veiculadas por leis ou por emendas constitucionais; d) por isso, é possível falar em direitos adquiridos contra normas constitucionais supervenientes, desde que estas sejam oriundas do poder reformador e não do poder constituinte; e) o *caput* do art. 4º da EC 041/2003, ao impor uma exação contra a qual os contribuintes possuem imunidade tributária, objeto de direito adquirido, é inconstitucional por incompatibilidade com as disposições do inc. XXXVI do art. 5º e do inc. IV do § 4º do art. 60, tudo da CF.

Palavras-chave: Contribuição previdenciária dos servidores inativos. Direito adquirido. Emenda Constitucional.

ABSTRACT

Investigates the possibility of acquired rights against the Constitution, the last understood as the product of the constituent power and as the product of the reformer power. The research analyses both the level of the abstract and general norms, and the concrete and individual level of the judgement of the ADI 3105-DF, which object was the art. 4^o of the constitutional amendment 041/2003, known as the second social welfare reform, and that subjected inactive public functionaries, already retired before its validity begin, to the duty of paying social security fund contribution. This problem can be synthetized in the following question: is the *caput* of the art. 4^o of the constitutional amendment 041/2003 compatible with the inc. XXXVI of the art. 5^o and also with the inc. IV, § 4^o, of the art. 60, both of the Federal Constitution? To solve this puzzle, uses Semiotical and Logical tools. Studies, in this sequence, the chronological conflict between juridical norms, the possible substantial content of the acquired rights, and its guarantee. Concludes that: a) the norm's conflict is real when there is antecedent's identity and consequent's incompatibility; b) the contribution immunity can be the object of an acquired right, therefore prohibiting the incidence of social security fund contribution on the salaries of inactive public functionaries, retired under the validity of constitutional amendment 020/1998; c) the acquired right guarantee norm is a rule (not a principle) which protects its integrity against the incidence of later law's or constitutional amendment's norms; d) all that considered, it is possible to convey that acquired rights should prevail against later constitutional norms, as long as these constitutional norms arise from the reformer power, not of the constituent power; e) the *caput* of the art. 4^o of the constitutional amendment 041/2003, that imposes a contribution against which its contributors have immunity, immunity object of acquired right, is unconstitutional due to its incompatibility with the inc. XXXVI, art. 5^o, and with inc. IV, § 4^o, art. 60, both of the Federal Constitution.

Keywords: Inactive public functionaries tax for social security fund. Acquired right. Constitutional amendment.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT – Ato das disposições constitucionais transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AgR – Agravo regimental

AGU – Advocacia Geral da União

AI – Agravo de instrumento

ANPR – Associação Nacional de Procuradores da República

art. – artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público

CPMF – Contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira

EC – Emenda Constitucional

inc. – inciso

LC – Lei Complementar

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

Min. – Ministro

PGR – Procuradoria Geral da República

RE – Recurso Extraordinário

REsp. – Recurso Especial

RISTF – Regimento interno do STF

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJES – Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 LÓGICA APLICADA À ANÁLISE DA ADI 3105-DF	18
1.1 FALÁCIAS, RACIOCÍNIO E ARGUMENTAÇÃO	20
1.1.1 Falácias não-formais	22
1.2 A LÓGICA E O ROTEIRO DA DISSERTAÇÃO	31
2 DIREITO ADQUIRIDO: EM BUSCA DE UM CONTEÚDO	33
2.1 O CONFLITO DE LEIS NO TEMPO	39
2.1.1 O conflito e o antecedente normativo	41
2.1.2 O conflito e o conseqüente normativo	43
2.2 O CONFLITO DE NORMAS JURÍDICAS NO TEMPO	45
2.3 O CONTEÚDO MATERIAL DO DIREITO ADQUIRIDO	48
2.3.1 O §2º do art. 6º da LICC	54
2.3.1.1 O §2º do art. 6º da LICC – primeira parte	55
2.3.1.2 O §2º do art. 6º da LICC – segunda parte	61
2.3.2 Duas categorias vizinhas: as expectativas de direito e as faculdades	65
2.4 A ZONA DE INCERTEZA DO DIREITO ADQUIRIDO	69
2.4.1 Os efeitos futuros, posteriores ao início de vigência da lei nova, derivados de fatos jurídicos a ela anteriores	70
2.4.2 O regime jurídico dos direitos, individualmente considerados	72
2.5 IMUNIDADE TRIBUTÁRIA	76
2.6 A ADI 3105-DF E O CONTEÚDO DO DIREITO ADQUIRIDO	79
3 DIREITO ADQUIRIDO: EM BUSCA DE UMA GARANTIA	92
3.1 O PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE E O PRINCÍPIO DO DIREITO ADQUIRIDO	95
3.2 AINDA O “PRINCÍPIO” DO DIREITO ADQUIRIDO	107
3.3 A ADI 3105-DF E A GARANTIA DO DIREITO ADQUIRIDO	116
CONCLUSÃO	122
REFERÊNCIAS	126

INTRODUÇÃO

Às vésperas do dia 18/08/2004 grave celeuma se instaurou no País. É que, naquela data, o pleno do STF concluiria o julgamento acerca da constitucionalidade do art. 4º da EC 041/2003, emenda constitucional que ficou conhecida como a segunda reforma da previdência. Um dos pontos de maior controvérsia, não só nos meios jurídicos como na sociedade em geral, foi a cobrança de contribuição previdenciária aos servidores públicos inativos e aos pensionistas, e o cerne da disputa residia em resolver se tal exação era ou não compatível com o regime constitucional dos direitos adquiridos.

De um lado, as razões do Estado. A exposição de motivos (ADI 3105-DF, 2005, p.144) que acompanhou a proposta governamental de que resultou a EC 041/2003 revela que a cobrança de contribuição previdenciária aos servidores públicos inativos e pensionistas visa a corrigir políticas inadequadas adotadas no passado (e suas conseqüências), quando muitos dos atuais beneficiários não contribuíram ou contribuíram por pouco tempo, e com alíquotas módicas, o que conduziu ao desequilíbrio financeiro hoje existente.

Do outro lado, a resistência do contribuinte. Todas as pessoas ou são aposentadas ou aspiram a tal condição. Sônia Racy, prefaciando obra do economista Fabio Giambiagi (2007, p. IX) sobre a reforma da previdência, explica que todos “[...] sonhamos com uma espécie de prêmio a quem, de um modo ou de outro, completou seu ciclo dentro da sociedade e agora merece o direito de desfrutar uma situação de maior tranqüilidade”. Tal situação englobaria a percepção de benefícios dignos, independentemente de qualquer outra condição ou, mais especificamente, de qualquer nova contribuição de índole previdenciária.

O autor prefaciado (2007, p. 4) sintetiza as duas posições com a seguinte comparação:

O país está na situação de uma família de classe média na qual, para melhorar as finanças do avô, o pai decide ajudá-lo financeiramente e, para compensar o custo financeiro, tira o filho da escola de bom nível para poupar mensalidade colocando-o na escola pública. Reconhecer isso implica aceitar uma realidade dolorosa: a de que o problema mora em casa, e nós o amamos.

O art. 4º da EC 041/2003¹ foi alvo de duas ações diretas de inconstitucionalidade, a ADI 3105-DF, proposta pela CONAMP, e a ADI 3128-DF, ajuizada pela ANPR. Foram elas conjuntamente decididas, oportunidade em que o STF, por maioria², assentou que a cobrança de contribuição previdenciária aos servidores públicos inativos e aos pensionistas não viola qualquer direito eventualmente adquirido no momento da aposentação ou da passagem à situação de pensionista³.

Os acórdãos proferidos nas ADI 3105-DF e ADI 3128-DF, se não se pode dizer fossem esperados, também não deveriam ter causado surpresa, uma vez que o STF, em outras oportunidades, ainda que em sede de cognição sumária, admitira tanto a constitucionalidade (ADI 1430-BA e ADI 1441-DF) quanto a inconstitucionalidade (ADI 2010-DF e ADI 2062-DF) da cobrança de contribuição previdenciária aos servidores públicos inativos. As decisões pela inconstitucionalidade, diferentemente das que concluíram pela constitucionalidade, foram ulteriores à EC 20/1998. Nenhum dos precedentes mencionados teve o mérito julgado: em todos os casos foi decretada a extinção das ações diretas pela perda superveniente dos respectivos objetos, decorrente de alteração substancial nestes ou nos paradigmas constitucionais de confronto.

Necessário registrar que as decisões das ações diretas concernentes à EC 041/2003 cuidaram de várias questões jurídicas relevantes que, todavia, não são de interesse direto neste trabalho, cujo objetivo é investigar a possibilidade de direitos adquiridos contra a Constituição, tomando-se o acórdão proferido na ADI 3105-DF,

¹ “Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o *caput* incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere: I - cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II - sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União”.

² Vencidos, julgando procedentes as ações diretas de inconstitucionalidade, no ponto relativo à cobrança de contribuição previdenciária aos servidores inativos e pensionistas (art. 4º, *caput*, da EC 041/2003) os Ministros: Ellen Gracie Northfleet (relatora), Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, Marco Aurélio Mendes de Farias Mello e José Celso de Mello Filho.

³ A partir deste ponto, afora citações, foram abandonadas as referências aos pensionistas, porque desnecessárias. Sua relação com o Estado, quanto à sujeição passiva de contribuição previdenciária, é idêntica à dos servidores públicos inativos – art. 4º, *caput*, da EC 041/2003. Portanto, as conclusões a que se pode chegar estudando a situação destes podem perfeitamente ser estendidas àqueles.

no ponto assinalado, ao mesmo tempo, como fonte de subsídios e objeto de análise e crítica.

A opção pela ADI 3105-DF (e não pela ADI 3128-DF) se deve à necessidade de um sistema único de referências e citação. Dela não decorre nenhuma indevida redução do objeto de estudo, uma vez que as duas ações diretas foram julgadas conjuntamente, tendo sido proferidas decisões no mesmo sentido e calcadas nas mesmas razões de decidir.

Como dito, o acórdão enfrentou várias questões jurídicas relevantes, dentre as quais importam as discussões sobre a possibilidade de se oporem direitos adquiridos à Constituição. É esse o fio de Ariadne⁴ da dissertação, a guiar a leitura do acórdão.

As demais teses enfrentadas quando do julgamento foram: a) afronta ao princípio da irredutibilidade de vencimentos; b) malferimento do princípio do não-confisco; c) propriedades (contributiva/retributiva, distributiva, solidária) do regime previdenciário dos servidores públicos; d) “natureza” jurídica (tributária, securitária) da contribuição previdenciária; e) ruptura do equilíbrio atuarial e; f) violação ao princípio da isonomia, em face das distintas alíquotas impostas aos servidores inativos federais e estaduais, bem como àqueles que tenham-se aposentado ou ingressado no serviço público antes ou depois da entrada em vigor da EC 041/2003. São todas questões de mais alta relevância, mas exteriores ao objeto da dissertação, que não serão invocadas senão quando estritamente necessário.

Acerca da relevância – não exclusivamente jurídica – do tema objeto da ADI 3105-DF, vale transcrever representativas passagens dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio. O primeiro (ADI 3105-DF, 2005, p. 284) reconhece que “[...] a corte está novamente diante de questão bastante sensível e que tem gerado debates acalorados na sociedade brasileira”, e a premissa que adota para tal asserção se refere ao “[...] impacto de tal medida no orçamento individual dos pensionistas e inativos”. O segundo (ADI 3105-DF, 2005, p. 324), qualifica a cobrança de contribuição previdenciária aos servidores inativos e pensionistas de “[...] um pesadelo, em si, para aqueles que, nos respectivos lares, pensavam que o Estado preservaria a conjuntura existente”.

⁴ Na mitologia grega, Ariadne, filha do rei Minos, entregou a Teseu um novelo, cujo fio deveria desenrolar a fim de não se perder no labirinto onde vivia o Minotauro, para, após matá-lo, encontrar o caminho de volta (BULFINCH, 1999, p.188).

Sabe-se que as ciências em geral, e a Ciência do Direito em particular, postulam, entre outros requisitos, a coerência (não-contradição) de suas teses (GUIBOURG; GHIGLIANI; GUARINONI, 2000, p. 89-91), a univocidade e a definição de sentido de seus conceitos e que seu discurso funcione descritiva ou informativamente sobre seu objeto de conhecimento (GUIBOURG; GHIGLIANI; GUARINONI, 2000, p. 144-147). Essas foram preocupações que nortearam todo o desenvolvimento da dissertação e, por isso, o primeiro é um capítulo preliminar, que cuida das falácias, erros lógicos de argumentação que corrompem o processo do raciocínio, conduzindo a conclusões ilegítimas ou inválidas. Esse capítulo foi desenvolvido, em relação: a) às falácias formais, com esboço em Delia Teresa Echave, María Eugênia Urquijo e Ricardo A. Guibourg (1999), “Lógica, proposición y norma”; b) às falácias não-formais, a partir de Irving Copi (1978), “Introdução à Lógica” e; c) ao funcionamento informativo ou descritivo do discurso científico, com base em Genaro R. Carrió (2001), “Sobre los límites del lenguaje normativo”.

O título da dissertação foi concebido de forma propositadamente ambígua. Não no que se refere ao direito adquirido, objeto de específicas disposições normativas (CF, art. 5º, inc. XXXVI⁵ e LICC, art. 6º, §2º⁶). A ambigüidade reside na “Constituição”, porque com tal palavra pretendeu-se abranger não só a Constituição (originária) como também as emendas à Constituição.

O que se objetivou responder foi o seguinte: é possível falar em direitos adquiridos contra a Constituição, tomada esta na dupla acepção de produto do poder constituinte e de produto do poder reformador?

O ponto em exame aparece claramente quando se está em face de uma sucessão temporal de normas constitucionais, na possibilidade de a norma constitucional posterior retroagir, incidindo sobre os fatos ocorridos na vigência de sua predecessora, e modificando os efeitos jurídicos por esta determinados, protraíam-se eles no tempo ou não.

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

⁶ “Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

Questionar se a contribuição previdenciária, instituída a partir da EC 041/2003 (art. 4º, *caput*)⁷, viola direitos adquiridos, é uma pergunta complexa⁸, pois supõe a preexistência desses direitos adquiridos, passíveis de violação. Daí já se podem lobrigar dois ângulos para o estudo do aludido óbice à retroatividade normativa: seu conteúdo e sua garantia.

O conteúdo do direito adquirido é tradicionalmente estudado no plano das leis, ao passo que sua garantia, elevada ao patamar de cláusula pétrea na vigente CF, deve ser investigada no plano constitucional.

A matéria foi objeto de profunda apreciação pelo STF quando do julgamento da ADI 3105-DF. Sob os pontos de vista de interesse para a dissertação, ei-las as teses da CONAMP, da Advocacia-Geral do Senado Federal, da AGU e da PGR.

A Associação autora (ADI 3105-DF, 2005, p.128) defende que

[...] o vocábulo 'lei' constante do citado art. 5º, XXXVI da CF ('a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada') possui significado amplo, a representar qualquer ato normativo editado ou expedido pelos Poderes e agentes estatais, incluindo, neste conceito, a espécie normativa emenda constitucional.

A Advocacia-Geral do Senado Federal (ADI 3105-DF, 2005, p.128) sustenta que, segundo a jurisprudência do STF, não existe direito adquirido a regime jurídico; por isso, contra a opção por um novo regime jurídico previdenciário não se poderiam invocar direitos adquiridos.

A AGU (ADI 3105-DF, 2005, p.129) assevera que

[...] a garantia individual do respeito ao direito adquirido destina-se aos atos normativos infraconstitucionais, pois, em momento algum dispôs a Carta de 1988 que emenda constitucional não prejudicará direito adquirido, aludindo, ao contrário, à expressão lei, contida em seu art. 5º, XXXVI, que teria [...] a noção de norma infraconstitucional de espécie ordinária.

E requer a improcedência da ação valendo-se ainda doutro argumento, segundo o qual só haveria infração ao campo das cláusulas pétreas

⁷ “Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos”.

⁸ Perguntas complexas “[...] pressupõem que já foi dada uma resposta definida a uma pergunta anterior, que nem sequer foi formulada” (COPI, 1978, p. 84-85).

[...] caso fosse promulgada 'emenda tendente a abolir a previsão geral, no rol dos direitos e garantias fundamentais, da garantia do direito adquirido', ou seja, caso alterado o disposto no art. 5º, XXXVI da CF.

A PGR (ADI 3105-DF, 2005, p. 131) entende que, por força do art. 60, §4º, IV da CF, as emendas à Constituição devem respeito aos direitos e garantias fundamentais, dentre eles, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Aduz ainda que “[...] é irrelevante a questão atinente à amplitude semântica da expressão 'lei', contida no art. 5º, XXXVI da CF [...]”, uma vez que a garantia do direito adquirido e do ato jurídico perfeito provém diretamente da Constituição (em sentido originário), escapando, destarte, ao alcance das emendas constitucionais.

Antes de opinar pela procedência do pedido, a PGR rechaça a idéia da AGU de que a garantia do direito adquirido se restrinja à previsão geral do art. 5º, XXXVI da CF, porque se assim fosse, nenhuma utilidade teria a proteção genérica dos direitos adquiridos, já que cada um deles, individualmente considerados, poderia ser alvo da ação do poder de reforma constitucional.

As posições anteriores podem ser combinadas na seguinte pergunta: o *caput* do art. 4º da EC 041/2003 é compatível com as disposições do inc. XXXVI do art. 5º e do inc. IV do §4º do art. 60, tudo da CF?

Para se chegar à resposta ao problema proposto, foi necessário estudar os conceitos de direito adquirido (conteúdo e garantia) e de Constituição (originária e emendas) e, alfim, relacioná-los.

A empresa não é simples. José Augusto Delgado (1999, p. 16-18), após colacionar a opinião de vários autores de nomeada sobre as dificuldades inerentes ao conceito de direito adquirido, assim conclui seu raciocínio: “O certo é que, ainda hoje, continuam sólidas as preocupações dos doutrinadores sobre como conceituar satisfatoriamente direito adquirido [...]”.

Se o conceito de direito adquirido em si é objeto de sólidas preocupações doutrinárias, relacioná-lo com a Constituição e com as emendas à Constituição é ainda mais tormentoso, assunto que provoca acirradas polêmicas, dividindo a jurisprudência (como no caso do acórdão examinado) e ocasionando famosas porfias entre doutrinadores como, por exemplo, a que contrapôs, de um lado, Carlos Britto e Valmir Pontes Filho (1995, p. 75-80) e, de outro, Paulo Modesto (1999, p. 15-44).

O ordenamento jurídico dispõe sobre o direito adquirido, e isso constitui inegável verdade⁹. Não se trata, porém, de categoria que tenha nascido sozinha; ao contrário, sua gênese ocorre dentro de uma das classes de teorias que procuram resolver o conflito de leis no tempo. E mais, nem tudo que existe no universo jurídico pode ser objeto de aquisição, na forma de direito (subjeto). Por isso, definir o conteúdo material possível para o direito adquirido é o objetivo do segundo capítulo da dissertação, que pode ser dividido em dois momentos: a) o primeiro, concernente ao conflito temporal de normas, que teve por suporte teórico: 1) pelo plano sintático, Lourival Vilanova (1997), “Causalidade e Relação no Direito”, e Eurico Marcos Diniz de Santi (1996), “Lançamento Tributário” e; 2) pelo ângulo semântico, José de Oliveira Ascensão (2001), “O direito: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira”, e Norberto Bobbio (1999), “Teoria do Ordenamento Jurídico” e; b) o segundo, atinente ao conteúdo propriamente dito do direito adquirido, lastreado em Hans Kelsen (2006), “Teoria Pura do Direito”; Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho (1995), “A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro” e; Rubens Limongi França (1968), “Direito Intertemporal Brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido”.

No terceiro capítulo, para determinar-se a garantia do direito adquirido, foi preciso analisar: a) os conceitos de retroatividade e de irretroatividade, que tiveram marco teórico Rubens Limongi França (1968), “Direito Intertemporal Brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido” e; b) as características da Constituição, das emendas constitucionais, e das leis, quanto à sucessão temporal e quanto a suas origens: o poder constituinte e o poder constituído pelo, ou derivado do, constituinte, cujos subsídios vieram de: c) Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1997), “Poder Constituinte e direito adquirido”; d) Paulo Modesto (1999, p. 15-44), “Reforma administrativa e direito adquirido” e; e) Carlos Britto (2006), “Teoria da Constituição”. Quando se fala na garantia do direito adquirido, trata-se de garantia contra uma ameaça específica, qual seja, a incidência de outras normas jurídicas. Resta saber, porém, qual o grau de resistência ou de eficácia dessa garantia: se suporta apenas o confronto com normas ulteriores infraconstitucionais, ou se resiste

⁹ Art. 5º, XXXVI da CF – “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Art. 6º, § 2º da LICC – “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-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

inclusive à ação de normas constitucionais, e, neste caso, se a garantia se restringe às derivadas ou se estende inclusive às originárias. Se a força dessa garantia for eficaz pelo menos contra normas constitucionais derivadas, um outro passo deve ser dado: apurar se a norma que a institui é uma regra ou um princípio e, nesta hipótese, se sua incidência, no contexto da ADI 3105-DF, pode ser afastada em razão de uma colisão com o princípio da solidariedade, o que foi feito a partir de Robert Alexy (2002), “Teoría de los Derechos Fundamentales”.

Após todo esse desenvolvimento é possível finalizar a dissertação, conjugando as conclusões do segundo e do terceiro capítulos e enfim, responder à indagação sobre a (in)constitucionalidade do *caput* art. 4º da EC 041/2003, formulando juízo crítico sobre a decisão proferida no julgamento da ADI 3105-DF.

Uma última delimitação do tema é necessária: a análise do citado acórdão limitou-se ao aspecto da oponibilidade de direitos adquiridos contra a Constituição; não houve qualquer juízo sobre o mérito da reforma da previdência, sobre sua aptidão para alcançar os resultados a que se propôs, e nem mesmo sobre a legitimidade de tais resultados, para o que se remete ao interessante e já mencionado estudo de Fabio Giambiagi (2007).

1 LÓGICA APLICADA À ANÁLISE DA ADI 3105-DF

Neste capítulo serão apresentadas algumas preocupações lógicas que nortearam todo o desenvolvimento do trabalho.

A ênfase na análise lógica do discurso é típica de uma corrente filosófica chamada Neopositivismo Lógico. Entretanto, aqui não se trata de adesão à citada escola, recorrente em autores tidos por juspositivistas. Cuida-se apenas do reconhecimento de que a análise lógica do discurso constitui uma poderosa ferramenta, que não é própria ou exclusiva dessa ou daquela corrente filosófica ou jurídica, mas que pode e deve ser empregada ali onde houver linguagem.

E esse é o caso do direito. O direito não se resume à linguagem, mas guarda com ela indissociável relação, porque invariavelmente expresso ou comunicado por seu intermédio. Essa relação é aqui afirmada, com Tércio Sampaio Ferraz Jr., não num plano ontológico, mas sim epistemológico. Uma relação ontológica entre direito e linguagem sugeriria a redução do jurídico ao lingüístico, hipótese já negada, além de exterior ao objeto da dissertação. Essa mesma relação, epistemologicamente considerada, representa, nas palavras do aludido autor, “uma necessidade operacional, sem fazer-se, com isso, qualquer afirmação sobre a essência do direito” (FERRAZ JR., 2000, p. 7).

Por esse prisma, avaliar a constitucionalidade do *caput* do art. 4º da EC 041/2003 demanda o cotejo deste enunciado com aqueles que lhe servem de fundamento de validade. Trata-se de exame de compatibilidade entre textos normativos, que, como visto, são expressos por meio de linguagem. Por isso, pode-se dizer que o caso é de investigação lingüística, hipótese em que, lembra Martyniuk (1994, p.1), os instrumentos apropriados de análise são a Semiótica e a Lógica.

Não se olvida que a decisão na ADIN 3105-DF já foi proferida, e por meio desta dissertação não se pretende reformá-la. A reforma de um acórdão exige seja produzida norma nova, a alterar a anterior. Normas jurídicas são constituídas por linguagem na função diretiva ou prescritiva de conduta humana; aqui não se há de falar em verdade ou falsidade, normas não são verdadeiras ou falsas, são válidas ou inválidas, e a lógica que as rege é a lógica deôntica, que opera com os valores obrigado (O), permitido (P), ou proibido (V).

Não se objetiva, e nem se pode, por meio de trabalho acadêmico, reformar norma jurídica, mas nem por isso ela, uma vez produzida, goza de imunidade contra análise e crítica. Aquele que comenta normas jurídicas, no caso, a norma de decisão da ADI 3105-DF, o faz não em linguagem diretiva ou prescritiva, mas com finalidade informativa ou descritiva, apta à formulação de juízos apofânticos¹⁰ e governada, portanto, pela lógica formal ou clássica, que opera com os valores verdadeiro (V) e falso (F).

Esta, pois, a espécie de Lógica a ser utilizada.

Agora bem, deve-se ter em mira que a Lógica não é a panacéia, mitológico vegetal com propriedades curativas universais, indicada para todas as doenças. A Lógica não diz nada sobre o mundo empírico, sobre questões de fato. Permite, apenas, afirmar (ou infirmar) a validade formal das inferências, a legitimidade das relações entre premissas e conclusões (TELLES JUNIOR, 2003, p. 75).

Assim, as análises procedidas na dissertação não se esgotarão no plano da Lógica; esta constituirá apenas o crivo preliminar, ou a banca de qualificação, a que serão submetidos raciocínios. Uma vez reprovados neste teste, desnecessária a continuidade de seu exame. A aprovação, todavia, é condição necessária, mas não suficiente, ao reconhecimento de sua compatibilidade com a ordem jurídica, título que não prescinde do exame extralógico das normas pertinentes do sistema do direito positivo.

Diante do exposto, pode-se dizer que o objeto do estudo encontra-se delimitado horizontal (corte epistemológico) e verticalmente (corte metodológico). Horizontalmente, restringindo-se ao exame da constitucionalidade do *caput* art. 4º da EC 041/2003, máxime em relação à possível violação de direitos adquiridos. Verticalmente, estipulando-se os níveis de concreção (e abstração) em que o estudo será procedido. Do mais concreto para o mais abstrato: o direito positivo, a Ciência do Direito, a Teoria Geral do Direito, a Filosofia do Direito¹¹ e a Lógica. Por outro lado, estão fora do corte metodológico indagações pertinentes à Teoria do

¹⁰ Aristóteles denominou apofântico o “enunciado que pode ser considerado verdadeiro ou falso e considerou que esse tipo de enunciado é o único objeto da lógica: da qual, portanto, são excluídas as orações, as ordens, etc., cujo estudo pertence à retórica ou à poética” (ABBAGNANO, 2003, p. 73).

¹¹ Ciência do Direito, Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito empregadas no sentido que lhes empresta Miguel Reale (1990, p. 13-18), respectivamente, de menor para maior grau de abstração.

Conhecimento, notadamente as relativas à distinção kantiana entre númeno e fenômeno¹². Sobre o ponto, e sobre suas circunstâncias, não haverá discussões, apenas afirmações para o assentamento de premissas.

Inicialmente serão apresentados alguns conceitos básicos para, em seguida, apontar-se-lhes a específica importância para a dissertação.

1.1 FALÁCIAS, RACIOCÍNIO E ARGUMENTAÇÃO

Para Irving M. Copi (1978, p. 1), o “[...] estudo da lógica é o estudo dos métodos e princípios usados para distinguir o raciocínio correto do incorreto”. Fala-se em raciocínio quando idéias são relacionadas na forma de premissas e conclusões. Se estas decorrem daquelas, o raciocínio é correto ou lógico; caso contrário, a hipótese é de falácia.

As falácias, entre outras distinções, são classificadas em formais e não-formais.

As falácias formais estão ligadas a erros de raciocínio quando da passagem das premissas às conclusões. Os raciocínios, quaisquer que sejam os seus conteúdos, não são formados por proposições “abandonadas” umas próximas às outras. Trata-se, sim, de uma série de proposições (premissas e conclusões) interligadas, inter-relacionadas. Na linguagem dos gramáticos, os elementos que interligam as orações ou períodos, propiciando-lhes condição de sentido, são as conjunções (BUENO, 1976, p. 340). A Lógica também tem as suas “conjunções”. São os ‘conectivos’, elementos sintáticos que vinculam as premissas umas às outras e às conclusões, conferindo-lhes a forma de raciocínios.

Sob um certo aspecto, pode-se dizer que a Lógica é normativa¹³, na medida em que prescreve leis ou regras para os raciocínios, que, inobservadas, determinam a sua invalidade. Essas leis ou regras, já foi dito, independem do conteúdo das premissas e conclusões; estão, antes, ligadas ao funcionamento dos conectivos, dentre os

¹² Na filosofia de Kant, númeno “[...] designa a realidade considerada em si mesma – a coisa em si (*Ding-ansich*), independentemente da relação de conhecimento, podendo ser apenas pensada, sem ser conhecida. Opõe-se a fenômeno, que designa o objeto sensível precisamente como objeto da experiência” (JAPIASSÚ; MARCONDES, 1996, p. 198).

¹³ Nesse sentido a assertiva de Goffredo Telles Junior (2003, p. 53): “A ciência do dever das ações intelectuais chama-se Lógica”.

quais destacam-se, no âmbito da Lógica Clássica¹⁴: a) a negação ('não'); b) a conjunção ('e'); c) a disjunção ('ou', includente ou excludente); d) o condicional ('se, então') e; e) o bicondicional ('se e somente se') (ECHAVE; URQUIJO; GUIBOURG, 1999, p. 51-66).

Os conectivos não são invenções da Lógica Clássica; esta apenas se apropria das conjunções e a elas dispensa tratamento lingüístico rigoroso. Os limites deste trabalho não comportam uma ampla discussão acerca do funcionamento dos conectivos; compete, aqui, apenas informar que eles se definem segundo suas tabelas-verdade¹⁵, que podem ser assim resumidas: a) a negação inverte o valor de verdade do objeto (lingüístico) a que aplicada; b) a conjunção resulta verdadeira se todos os seus termos são verdadeiros; c) a disjunção excludente é verdadeira se pelo menos um de seus termos, mas não todos, for verdadeiro; d) a disjunção includente conclui-se verdadeira se pelo menos um de seus termos também for, incluída a alternativa de veracidade de todos; e) o condicional não admite a hipótese de, sendo verdadeiro seu primeiro termo, ser falso o segundo, de modo que o antecedente é condição suficiente do conseqüente, e o conseqüente é condição necessária do antecedente e; f) o bicondicional infere-se verdadeiro se seus termos tiverem ambos o mesmo valor, V ou F, de forma que antecedente e conseqüente, são, simultaneamente, condições necessárias e suficientes um do outro¹⁶ (ECHAVE; URQUIJO; GUIBOURG, 1999, p. 51-66).

Com tais leis ou regras, a Lógica “[...] busca formular e sistematizar as relações admissíveis entre as proposições [premissas e conclusões] e se preocupa em

¹⁴ As traduções em linguagem ordinária dos conectivos estão à frente dos respectivos nomes, entre parênteses.

¹⁵ Esse método de abordagem dos conectivos não é irreverente e nem mesmo incomum. Echave, Urquijo e Guibourg (1999, p. 58), em observação relativa ao condicional – mas que pode sem prejuízo ser estendida para todos os conectivos, informam, numa analogia com a medicina, que há duas maneiras de se lhes trabalhar o funcionamento: a cirúrgica e a clínica. O tratamento cirúrgico, “[...] é rápido e doloroso: consiste em não explicar nada e recordar que os conectivos se definem estipulativamente por suas tabelas de verdade, de forma que não há lugar para debate algum: a tabela do condicional é esta e basta”. Tradução livre do original: “El tratamiento quirúrgico es rápido y doloroso: consiste en no explicar nada y recordar que las conectivas se definen estipulativamente por sus tablas de verdad, de modo que no hay lugar para debate alguno: la tabla del condicional es ésa y basta”. Sobre o outro método, o clínico, interessa apenas registrar a opinião dos autores: “[...] não é melhor que o primeiro, apenas mais facilmente aceitável [...]”. Tradução livre do original: “[...] no es mejor que el primero pero si más fácilmente aceptable [...]”

¹⁶ A palavra ‘termo’ emprega-se, aqui, genericamente, em substituição a ‘premissas’ e ‘conclusões’, denotando os objetos lingüísticos inter-relacionados pelos conectivos.

estabelecer métodos para decidir se uma proposição se desprende ou não de outras através de um raciocínio válido”¹⁷ (ECHAVE; URQUIJO; GUIBOURG, 1999, p. 26).

No desenvolvimento da dissertação, o zelo com o respeito às regras de estruturação dos raciocínios foi constante, objetivando-se, destarte, evitar as falácias formais. Isso, contudo, no mais das vezes, é transparente para o leitor¹⁸, e não há como fazê-lo de modo diverso. Entretanto, essa mesma transparência já não se verifica em relação aos cuidados com as falácias não-formais, presentes tanto na construção de raciocínios, quanto no exame de raciocínios dados, prontos, oriundos principalmente de doutrina e do julgamento da ADI 3105-DF, a fim de averiguar-lhes a validade.

Por isso, as falácias não-formais receberão análise mais detalhada, cabendo apenas, a esta altura, acrescentar que elas, as falácias não-formais, decorrem da “[...] inadvertência ou falta de atenção ao nosso tema, ou quando somos iludidos por alguma ambigüidade na linguagem usada para formular nosso argumento” (COPI, p. 74), e podem ser divididas em falácias de relevância e falácias de ambigüidade ou de clareza (COPI, p. 91). As falácias de relevância estão ligadas ao uso expressivo da linguagem e à carga emotiva das palavras; as falácias de ambigüidade ou de clareza, como o próprio nome sugere, à ambigüidade e à vagueza (falta de clareza) dos vocábulos.

Enfim, conhecer as causas das falácias permite evitá-las e identificá-las. Evitá-las nas análises levadas a termo na dissertação, e identificá-las, acaso existentes, nos argumentos expendidos no processamento da ADI 3105-DF.

1.1.1 Falácias não-formais

A forma de transmissão do conhecimento é a comunicação, cujo instrumento é a linguagem. A propósito, uma das distinções que fazem os estudiosos entre conhecimento científico e conhecimento vulgar reside no rigor lingüístico (WARAT,

¹⁷ Tradução livre do original: “[...] busca formular y sistematizar las relaciones admisibles entre las proposiciones, y se preocupa por establecer métodos para decidir si una proposición se desprende o no de otras a traves de un razonamiento válido”.

¹⁸ Exceto em algumas passagens, como, por exemplo, no tópico relativo aos conflitos temporais entre normas jurídicas, e na aplicação de operações de negação a alguns conceitos, dentre eles o de ‘direito adquirido’.

1995, p. 37), com o qual procura-se afastar os vícios da linguagem ordinária, como a ambigüidade, a vagueza e a carga emotiva das palavras. Na verdade, o problema (das ciências com a linguagem ordinária), antes de ser epistemológico, é lógico, porquanto os indigitados vícios lingüísticos ensejam as falácias não-formais.

A linguagem do direito constitui-se principalmente pelo texto escrito, cuja mínima parte dotada de sentido é a palavra. Os enunciados e as normas são formados por grupos de palavras, e portanto os vícios lingüísticos que atingem a estas decerto maculam, igualmente ou em grau ainda maior, aqueles. Por isso, será suficiente a apresentação dos vícios da linguagem ordinária no nível dos vocábulos individualmente considerados.

Palavras ambíguas são aquelas que possuem mais de um campo denotativo, como por exemplo 'manga', termo que pode designar uma parte de uma camisa ou uma fruta. Ou 'direito', que pode significar, segundo os usos quotidianos, por exemplo, o direito positivo, a Ciência do Direito ou um direito subjetivo. Não se deve olvidar que cada um desses sentidos possíveis pode também, por sua vez, padecer do mesmo ou de outros vícios.

Palavras vagas são aquelas cujo campo denotativo não é bem definido, por exemplo, 'grisalho'. Qual percentual dos cabelos de um homem deve ser branco para que se lhe aplique o adjetivo grisalho? basta um fio ou são necessários mais de 50% deles? não há resposta exata a tal indagação, pelo menos no plano da linguagem ordinária. Com Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 29) é possível afirmar que, quanto à aplicabilidade, por conta de sua vagueza, as palavras¹⁹ apresentam zonas de certeza positiva (se 75% dos fios de cabelo são brancos, o homem é grisalho), zonas de certeza negativa (se apenas 1 fio de cabelo é branco, o homem não é grisalho) e zonas de incerteza. A propósito, se o leitor eventualmente discordar de algum dos percentuais capilares sugeridos, a dissidência apenas reforça a importância que deve ser reconhecida ao conceito de vagueza.

Outro exemplo de vaguidade: a palavra 'direito' (tomada, no exemplo, na acepção direito positivo). Divergem os juristas sobre se o direito se resume ao conjunto de normas jurídicas válidas (positivistas), ou se a este conjunto se deve agregar um

¹⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello cuida especificamente dos conceitos jurídicos indeterminados.

fundamento de validade transcendental ou metapositivo, como os princípios ou valores morais vigentes em dada sociedade num certo tempo (jusnaturalistas), ou ainda, como na teoria tridimensional de Miguel Reale, se direito é, além de norma e valor, um fato, dialeticamente relacionados os três elementos. Há dúvidas legítimas sobre a qual das três classes de objetos (e seria possível listar outras) se pode aplicar, no sentido indicado, a palavra direito. Enfim, palavras vagas são aquelas para as quais não existe um critério seguro de aplicação²⁰.

Antes de comentar sobre o terceiro vício anteriormente aludido - a carga emotiva das palavras, necessário aprofundar um pouco mais o olhar sobre a linguagem.

Já foi dito que a forma de transmissão do conhecimento é a comunicação, cujo instrumento é a linguagem. Esta é formada por signos, entidades portadoras de significação, ou seja, que representam outras entidades (lingüísticas ou não), representação essa voltada para um intérprete. Martyniuk (1994, p. 2), abreviando signo por “S”, designado por “D”, e intérprete por “I”, assim descreve a relação entre o três elementos, o processo de semiose: “S é signo de D para I, se I pensa em D, ou é remetido a D cada vez que está na presença de S”²¹.

Uma das classificações mais usuais dos signos toma por critério a relação signo-designado (S-D), e os distribui entre as espécies índice, ícone e símbolo. Fala-se em índice quando entre o signo e aquilo que significam há relação de causa e efeito, por exemplo, fumaça e fogo, afinal, ensina a sabedoria popular, onde há fumaça, há fogo. Os ícones representam, por simulação ou analogia, seus designados: uma estátua de Cristo crucificado representa o bíblico episódio daquele que foi sacrificado para expiar os pecados dos homens; um mapa político do Brasil denota o território nacional e suas divisões. Nessas duas espécies, ícones e índices, existe uma conexão, um vínculo entre os signos e seus significados. O que já não sucede com os símbolos, espécies de signos arbitrários e convencionais, que não guardam qualquer relação com os objetos que representam. O exemplo de Cláudio Eduardo Martyniuk (1994, p. 4) é esclarecedor: não há nenhuma ligação natural ou essencial entre a luz vermelha do semáforo e a obrigação do motorista de parar o seu veículo

²⁰ Não é objetivo do trabalho analisar as diversas teorias do direito, apenas, aqui, demonstrar alguns dos possíveis campos denotativos da palavra.

²¹ Tradução livre do original: “S es signo de D para I, si I piensa en D, o es remitido a D cada vez que está en presencia de S”.

antes da faixa de retenção; outra cor poderia ter sido convencionalizada. As palavras também são símbolos, e igualmente não guardam nenhuma relação com seus significados; são arbitrariamente escolhidas pela comunidade lingüística para designarem os objetos a que se referem, seus denotados. Assim, não se descobre o significado das palavras ou expressões (direito adquirido e retroatividade, por exemplo), estipula-se; não há palavras corretas ou incorretas para as coisas (HOSPERS, 1964, p. 13).

A ciência que estuda os signos é a Semiótica (ou Semiologia). E os estuda por três planos: o sintático, o semântico e o pragmático. O plano sintático cuida das relações entre os signos. O plano semântico se preocupa com a vinculação entre os signos e seus significados. O plano pragmático investiga os liames entre os signos e os utentes da linguagem, abrangendo a intenção do enunciador ao produzir um ato de fala, isto é, as funções da linguagem.

No plano pragmático, Irving M. Copi (1978, p. 47-50) sintetiza os vários usos e funções da linguagem em três: a informativa, a diretiva e a expressiva. A primeira finalidade se destina à transmissão de informações (por exemplo, o discurso científico); a segunda, à expedição de comandos ou ordens (por exemplo, o direito positivo) e; a terceira, à comunicação ou suscitação de sentimentos ou emoções (por exemplo, as interjeições). Ocorre que os atos de fala raramente encerram apenas uma das funções básicas apresentadas (COPI, 1978, p. 50); comumente a linguagem é utilizada, consciente ou inconscientemente, de forma mista, ou seja, com mais de uma função. Assim, melhor seria pensar em uso ou função predominante da linguagem.

GUIBOURG, GHIGLIANI e GUARINONI (2000, p. 73) ilustram essa dificuldade com a anedota do sujeito que, tendo passado uma temporada na cadeia pela prática do delito de furto, ao ouvir a palavra 'polícia', além de compreender-lhe o significado lingüístico, fica emocionalmente perturbado. Isso ocorre porque as pessoas tendem a transferir a carga emotiva dos episódios vividos, e os próprios conteúdos existenciais desses episódios, para as palavras que os nomeiam ou que com eles se relacionam. Por isso, concluem os autores, "[...] determinados vocábulos costumam vir acompanhados de reações favoráveis ou desfavoráveis dos membros da comunidade lingüística".

Nesse passo, a personagem da anedota deveria temer e ficar emocionalmente perturbada não em face da palavra 'polícia' ou de sua definição lingüística, mas sim diante de seu conteúdo existencial: no evento, a autoridade que impôs a prisão em flagrante e os decorrentes sentimentos experimentados.

Então, ainda que as palavras sejam utilizadas com função predominantemente informativa ou diretiva, geralmente haverá a expressão ou a suscitação de emoções ou de sentimentos. Trata-se de contaminação semântica que faz com que o usuário da linguagem prefira, consciente ou inconscientemente, um dos possíveis sentidos das palavras ou expressões em detrimento dos demais (ambigüidade), ou tome um deles de forma mais ampla ou mais restrita (vagueza), conforme pretenda incluir ou excluir dado objeto no rol denotado, segundo sua valoração emotiva seja, respectivamente, mais ou menos favorável (NINO, 2003, p. 16).

A esse vício da linguagem ordinária subjaz uma outra tese, já analiticamente apresentada quando da classificação dos signos em índices, ícones e símbolos, que relaciona a linguagem e a realidade.

Duas teorias principais relacionam linguagem e realidade, as nominalistas e as essencialistas (ou ontologistas). Para as primeiras, a linguagem é absolutamente independente da realidade, "o produto de uma convenção arbitrária ou da função simbólica peculiar à psique humana" (FIORIN, 2005, p. 53). Para as segundas, a linguagem é o reflexo da realidade, e entre as palavras e seus significados existe uma relação ou conexão essencial, necessária, verdadeira. Noutros termos, para as primeiras a linguagem condiciona a realidade enquanto objeto cultural, passível de conhecimento; para as segundas, ao contrário, é a realidade que condiciona a linguagem.

Carlos Santiago Nino (2003, p. 248-251) adverte que o pensamento essencialista, ao afirmar a existência de uma relação necessária entre as palavras e as coisas, fundada na natureza ou essência destas, confunde os símbolos com os ícones ou com os índices. Diz ainda o mesmo autor que, em consequência dessa confusão, acirra-se a tendência dos juristas de se lançarem na aventura pela descoberta da recôndita natureza jurídica dos institutos, do significado essencial e verdadeiro dos conceitos. Ocorre que essa essência, situando-se num platônico *topos uranos*, não é integral e nem igualmente acessível aos sujeitos cognoscentes, que dela apreendem

apenas frações, que, além de não inteiramente coincidentes, quanto às partes comuns, diferem em relação aos graus de relevância reconhecidos a estas ou àquelas particularidades.

Numa disputa, se as palavras não estiverem sendo empregadas com o mesmo significado, há pseudoproblema, por pretenderem os interlocutores estar tratando do mesmo quando na verdade falam de objetos cognoscitivos diversos (só faz sentido perguntar se a contribuição previdenciária dos servidores inativos viola direitos adquiridos se perguntador e perguntado estão de acordo sobre o sentido e o alcance da expressão 'direitos adquiridos')²².

O nominalismo (em oposição ao essencialismo), ao sustentar a independência entre linguagem e realidade, desloca a ênfase de uma relação ontológica entre vocábulos e significados para um acordo ou convenção sobre seus usos. Esse deslocamento deve retirar às palavras sua carga emotiva, facilitando a concordância sobre seu emprego. Com efeito, se não se acredita numa relação ou conexão necessária entre os vocábulos e as coisas, fundada na natureza ou na essência destas, se não se crê, nessa linha, na existência de um significado verdadeiro (e na falsidade dos demais); se os interlocutores reconhecem o caráter arbitrário do significado dos termos, deixa de fazer sentido a formulação, com espeque em fundamentos ontologistas ou essencialistas, de juízos veritativos em questões semânticas. A verdade (semântica) está não na essência ou natureza das coisas, mas na adequação do emprego da palavra ao jogo lingüístico correspondente.

Até este ponto foram apresentados alguns vícios da linguagem ordinária que podem dar causa às falácias não-formais: a vaguidade, a ambigüidade e a carga emotiva das palavras. Ocorre que a Lógica não pára por aí, ela não se limita a inventariar dificuldades. Oferece, também, métodos pelos quais se podem detectá-las e preveni-las.

Em relação à vaguidade e ambigüidade, devem-se utilizar nomes distintos para cada um dos significados da palavra, bem como recorrer às definições ou pactos

²² Essa preocupação não é estranha a alguns dos magistrados que participaram do julgamento da ADI 3105-DF, cabendo transcrever trecho do (primeiro) voto do Ministro Nelson Jobim: "Na verdade, estamos discutindo regra de uso de palavras" (ADI 3105-DF, 2005, p. 160), e do voto do Ministro Marco Aurélio: "Não podemos, sob pena de grassar a babel, confundir expressões e partir para o significado dessas expressões segundo, como aponteí, a política governamental em curso, a quadra vivida" (ADI 3105-DF, 2005, p. 335).

semânticos²³, técnicas segundo as quais o usuário da linguagem decide e comunica o que pretende representar com determinado vocábulo.

A definição é um procedimento por intermédio do qual um termo (*definiendum*) tem seu significado indicado, explicado por outros termos (*definens*). Para que o procedimento resulte eficaz, Irving M. Copi (1978, p. 130-134) recomenda sejam observadas cinco regras, as regras da definição.

Primeira regra: “Uma definição deve indicar os atributos essenciais da espécie”, aqueles que a caracterizam e permitem distingui-la das demais, não segundo sua essência ou natureza, mas de acordo com os usos da comunidade de linguagem. Interessante registrar a observação de Irving M. Copi (1978, p. 131) no sentido de que essas características “essenciais” do *definiendum* não têm que ser necessariamente intrínsecas às coisas denotadas, podendo referir-se “[...] igualmente à origem dessas coisas, às relações que têm com outras coisas ou os usos que lhe são dados”.

Segunda regra: “Uma definição não deve ser circular”, ou seja, o mesmo termo não deve figurar no *definiendum* e no *definens*, sob pena de a definição poder corromper-se em outra espécie de falácia não-formal: a petição de princípio²⁴. Alaôr Caffé Alves (2003, p. 225) traz interessante exemplo de violação a esta regra: “‘Norma jurídica’ é a ‘norma dotada de coatividade’: ‘norma’, aqui, aparece no termo a ser definido (*definiendum*) e na definição (*definens*)”. O exemplo é especialmente interessante porque semelhante à definição de ‘direito adquirido’ constante do enunciado do §2º do art. 6º da LICC: “Consideram-se [direitos] adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo comêço do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”. Observa-se que a palavra ‘direitos’ está presente no *definiendum*, de forma implícita, colocada entre colchetes, e no *definens*, de forma explícita.

²³ Essa sugestão se coaduna com a lição de Goffredo Telles Junior (2003, p. 297), que assevera: “De grande valor, pois, é a definição na investigação científica: ela demarca o objeto a estudar, impossibilitando o risco de se tomar um objeto por outro”. Não descabe mencionar aqui que as definições estipulativas representam apenas uma das várias espécies de definições.

²⁴ Há petição de princípio quando se adota, como premissa, a hipótese que se pretende demonstrar.

Terceira regra: “Uma definição não deve ser excessivamente ampla nem excessivamente estreita”, casos em que o *definens* denotará, respectivamente, mais ou menos coisas que o *definiendum*. Aqui poderia ocorrer também uma violação à primeira regra, em função de o autor da definição estar usando o *definens* em desacordo com o jogo lingüístico da comunidade a que pertence.

Quarta regra: “A definição não deve ser expressa em linguagem ambígua, obscura ou figurada”. Ora, se o que se pretende com as definições é detectar e superar as dificuldades decorrentes dos vícios da linguagem ordinária, evidente que o *definens* deve ser mais claro que o *definiendum*, não comportando palavras vagas, ambíguas e metafóricas. Sobre metáforas, emprego das palavras em sentido figurado, costumam ser elas portadoras de intensa carga emotiva e, em consequência, instrumentos, por excelência, do uso expressivo da linguagem. Bastante elucidativo o exemplo do autor (COPI, 1978, p. 133), que define ‘anel de noivado’ como o “[...] torniquete matrimonial destinado a paralisar a circulação”.

Quinta regra: “Uma definição não deve ser negativa quando pode ser afirmativa”, afinal, o que se pretende é “[...] explicar o que o termo significa, e não o que ele não significa” (COPI, 1978, p. 133). O autor ressalva, contudo, a reserva do possível (“quando pode ser afirmativa”), pois que há “[...] muitos termos que são essencialmente negativos em seu significado e que requerem uma definição negativa. [...] A palavra ‘calvo’ indica o estado caracterizado pela ausência de cabelos na cabeça etc”. Esta regra é particularmente relevante para a dissertação porque, na classe formada pela definição negativa de direito adquirido, não-direito adquirido, localizam-se categorias importantes como as faculdades e as expectativas de direito.

Contra o último vício da linguagem ordinária apontado, o uso expressivo da linguagem derivado da carga emotiva das palavras, o que a Lógica prescreve é a atenção a que não se extraiam conclusões fundadas em premissas logicamente irrelevantes e, no caso do discurso científico, a que a linguagem tenha a finalidade informativa, descritiva do seu objeto de estudo.

Genaro R. Carrió (2001, p. 14-15) afirma que a linguagem normativa possui limites, e que, portanto, existe a possibilidade de violá-los, hipótese em que ocorrem os sem-sentidos: o absurdo, a irrelevância ridícula ou o uso de uma série de palavras

que não transmite informação alguma. Segundo o autor (2001, p. 20), é útil explorar o sem-sentido porque tal tarefa ajuda a

[...] delimitar, desde o lado de fora, a área dentro da qual a linguagem normativa pode ser usada, por assim dizer, “a sério” e com eficácia, e fora da qual, para repetir uma metáfora conhecida, sai de férias e começa a operar loucamente como uma turbina que girasse no ar fora de suas engrenagens²⁵.

Segundo Genaro R. Carrió (2001, p. 66-68), a linguagem normativa possui limites internos e externos. Infrações às fronteiras interiores seriam como usar uma ferramenta (lingüística), apropriada a certos fins, para um outro, ao qual ela é inidônea, algo parecido com, na figura do autor (2001, p. 21), comer sopa com garfo. Um dos exemplos jurídicos apresentados está na ultrapassagem da linha divisória entre isenção e transgressão, ilustrada pela anedota da senhora que explica com satisfação aos vizinhos que seu filho livrou-se do serviço militar, por meio da deserção (2001, p. 22-23). Nas infrações aos limites internos, de um ou de outro lado da fronteira violada, ainda se estará no interior da linguagem normativa, apesar de os objetos e as ferramentas válidas em um dos lados serem ineptos no outro. Nas violações aos limites exteriores, ao contrário, do outro lado da fronteira está o que não faz nenhum sentido em qualquer das searas da linguagem normativa. O exemplo apresentado é o de poder constituinte originário, cujo conceito, em expressões jurídico-normativas, carece de qualquer significado, por não se enquadrar no esquema geral (formal) de funcionamento do direito, em que uma norma confere poder a uma pessoa de produzir outras normas (2001, p. 55-58).

Não se está a negar a possibilidade do trânsito por diferentes jogos lingüísticos. Contudo, o discurso deve ser adequadamente controlado, de modo que essas ultrapassagens de fronteiras sejam conscientes e suas conseqüências não constituam sem-sentidos. É nesse contexto que o autor (2001, p. 57-58), embora negando qualquer utilidade teórica ao conceito de poder constituinte originário – do ponto de vista jurídico-normativo, reconhece-lhe “vital importância prática” na promoção da ideologia democrática e no estímulo à defesa desse regime político.

²⁵ Tradução livre do original: “[...] delimitar, desde afuera, el área dentro de la cual el lenguaje normativo puede usarse, por decirlo así, ‘em serio’ y con eficacia, y fuera de la cual, para repetir una metáfora conocida, se va de vacaciones y empieza a operar locamente como una turbina que girase en el aire fuera de sus engranajes”.

1.2 A Lógica e o roteiro da dissertação

Essas as preocupações que, aludidas no início do capítulo, nortearam todo o desenvolvimento do trabalho.

Os capítulos 2 e 3 se chamam, respectivamente, “Direito adquirido: em busca de um conteúdo” e “Direito adquirido: em busca de uma garantia”. Neles, o vocábulo ‘um’ foi deliberadamente empregado, e duas são as razões para tanto.

Primeira, a referência ao numeral, com vistas à univocidade de sentido, afastando-se assim a ambigüidade, vício da linguagem ordinária de que podem derivar as falácias não-formais.

Segunda, a opção pelas correntes filosóficas que negam conexão entre linguagem e realidade, no sentido de que os conceitos não foram construídos tendo-se em conta a natureza ou a essência dos institutos em exame, mas sim os vários usos de seus respectivos nomes e significados.

O que se pretende é analisar o uso das expressões e suas circunstâncias, na doutrina e no direito positivo, definindo-se, com isso, os respectivos conceitos. A definição dos conceitos põe-lhes claros os limites e previne contra a vagueza, vício da linguagem ordinária que, igualmente à ambigüidade, pode dar azo às falácias não-formais.

Agora bem, pretende-se chegar a um conceito de cada objeto de estudo (dentre seus vários usos lingüísticos). Pode parecer, pelo até aqui exposto, que basta sejam eles estremes de ambigüidades e de vagueza. Não é apenas disso que se trata: esses são predicados necessários, mas não suficientes. O estudo dos usos jurídicos das locuções tem o desiderato de se chegar, em cada caso, a um conceito útil, que do ponto de vista teórico dê conta dos fenômenos que pretende explicar. No caso deste trabalho, a utilidade que se tem em mira é responder sobre a constitucionalidade do *caput* do art. 4º da EC 041/2003, formulando juízo crítico sobre o acórdão proferido pelo STF quando do julgamento da ADI 3105-DF.

Univocidade, definição e utilidade são, pois, os objetivos.

E mais, o discurso científico postula que sua linguagem funcione informativamente, que seja descritiva de seu objeto de estudo, afastando o prejuízo cognitivo

decorrente de outros usos lingüísticos. Assim, na análise normativa de cada instituto, o ponto de partida foi o jogo lingüístico da Teoria Pura do Direito, sempre com a preocupação sobre se faz sentido, para dita teoria, falar nos referidos conceitos, ou, por outro giro, como controle do discurso, de modo que não aconteçam violações aos limites internos ou externos do referido jogo de linguagem.

Importante frisar que não se trata de um trabalho de Lógica ou de Semiótica. Este capítulo não analisa nem critica as várias teorias relativas a essas disciplinas; apenas expõe o ferramental teórico empregado no curso da dissertação.

2 DIREITO ADQUIRIDO: EM BUSCA DE UM CONTEÚDO

O objetivo deste capítulo é o de responder se o direito adquirido comporta, como conteúdo material, a não incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria percebidos por servidores públicos. Dito de outra forma: responder se existe um direito adquirido à imunidade tributária, imunidade relativa à incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria²⁶ de servidores públicos. No julgamento da ADI 3105-DF (2005, p. 123) o STF respondeu negativamente a tais indagações, relevando transcrever trechos da primeira ementa do respectivo acórdão:

Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato da aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. [...]. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.

Relacionados ao direito adquirido, pesquisando-se, no plano infraconstitucional, o ordenamento jurídico, importa transcrever, da LICC, o art. 2º e trechos do art. 6º.

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

[...]

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

[...]

²⁶ Abstraindo, e pressupondo, o preenchimento dos requisitos do art. 195, § 6º da CF: “As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, ‘b’”.

§ 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 pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

À vista dos dispositivos transcritos, infere-se que: a) seus enunciados tratam do conflito de leis no tempo; b) a regra é a irretroatividade da lei nova – dotada de efeito imediato e; c) apesar dessa regra, a retroatividade é-lhe permitida, sendo-lhe invencíveis, porém, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada²⁷.

Com esses dados, colhidos literalmente do próprio ordenamento jurídico, é possível trabalhar nas zonas de certeza (positiva e negativa) do ‘direito adquirido’, quando os fatos jurídicos, bem como seus efeitos ou conseqüências, realizam-se e se exaurem sob o pálio da mesma lei. Contudo, essas zonas de certeza revelam-se insuficientes para o exame da discutida constitucionalidade do *caput* do art. 4º da EC 041/2003, cuja resposta demanda a nítida demarcação das fronteiras do direito adquirido, o que pressupõe o avanço por sua zona de incerteza.

O Ministro Cezar Peluso (ADI 3105-DF, 2005, p. 233), redator do acórdão, resume que, em relação à EC 041/2003, podem-se distinguir três grupos de servidores por ela alcançados: a) os aposentados até a sua entrada em vigor; b) os que ingressaram no serviço público antes, mas se aposentarão depois do início de sua vigência e; c) os que foram e serão admitidos ao serviço público, e se aposentarão, tudo após sua edição.

O segundo grupo foi tratado de forma ambígua pelo magistrado, podendo-se ali distinguir dois subgrupos. Isso porque entre os que ingressaram no serviço público antes, mas se aposentarão depois da entrada em vigor da EC 041/2003, há quem, ao tempo de sua edição: 1) já preenchia os requisitos para aposentadoria e; 2) não reunia tais requisitos.

O comentário à classificação proposta pelo relator da ADI sugere um questionamento sobre a necessidade de manifestação volitiva do titular do direito subjetivo, como requisito para sua convalidação em direito adquirido (os servidores já preenchiam os requisitos, mas ainda não estavam aposentados). Esse é um ponto que, embora se localize numa zona de incerteza – pois sua resposta escapa à

²⁷ Em matéria criminal ou tributária/previdenciária necessário considerar também: no primeiro caso, o inc. XL do art. 5º, e no segundo, o inc. III do art. 150, e o § 6º do art. 195, tudo da CF.

literalidade do § 2º do art. 6º da LICC, não será objeto de maior desenvolvimento²⁸, porque seu estudo demanda o exame não só de questões próprias do direito intertemporal, mas também de indagações típicas do direito transitório, que não constituem o objeto da dissertação. Noutros termos: desde o ponto de vista subjetivo, interessam para o trabalho as pessoas classificadas no grupo “a”, mas não as do grupo “b.1”, ainda que estas, sob alguns aspectos, sejam equiparadas àquelas, por força da própria EC 041/2003.

Alegam²⁹ os servidores públicos classificados no grupo “a” que a cobrança de contribuição previdenciária lhes viola direitos, adquiridos no ato³⁰ da aposentadoria. O Estado tem visão diametralmente oposta, tanto é que instituiu a exação. E o próprio pleno do STF, ao apreciar a questão – e declarar a constitucionalidade do *caput* do art. 4º da EC 041/2003 – não foi unânime, ficando vencidos quatro de seus componentes.

O caso é de efeitos futuros de fatos jurídicos ocorridos sob a égide de arcabouço normativo anterior. Os fatos jurídicos são a aposentadoria, e seus efeitos futuros são os proventos, cuja possibilidade de tributação via contribuição previdenciária é ora objeto de exame. Efeitos futuros mensalmente renovados, caracterizando aquilo que se denomina prestação de trato sucessivo. Efeitos futuros que se tornarão fatos jurídicos de outras normas, impositivas ou impeditivas (é o que se pretende responder) da incidência de contribuição previdenciária.

²⁸ Além do expressamente exigido pela LICC para a configuração do direito adquirido, o STF, no caso específico da aposentadoria voluntária dos servidores públicos, já entendeu imprescindível o requerimento do interessado. Nesse sentido foi, inclusive, editada a súmula nº 359: “Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária”. Essa orientação vigorou até o julgamento dos embargos no RE 72509/73, oportunidade em que a aludida súmula foi modificada, retirando-se-lhe o trecho “inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária”. O mencionado Recurso Extraordinário restou assim ementado: “Aposentadoria. Direito adquirido. Se, na vigência da lei anterior, o funcionário preencher todos os requisitos exigidos, o fato de, na sua vigência, não haver requerido a sua aposentadoria não o faz perder o seu direito, que já havia adquirido. Embargos recebidos. Alteração da súmula 359, para se suprimirem as palavras 'inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária’”.

²⁹ Quanto à locução “alegam os servidores públicos”, trata-se de força de expressão, pois não se olvida que as ações diretas são processos de caráter objetivo, nos quais não se há de falar em partes.

³⁰ Interessante antecipar um registro acerca de uma particular relação de causalidade normativa, assunto a que adiante se voltará: no caso em exame, os direitos adquiridos (os proventos) têm por “causa” um ato jurídico perfeito (a aposentação). Art. 6º, § 1º da LICC: “Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

Persistindo no avanço pela zona de incerteza, depara-se com as classes de servidores “c” e “b.2”. No momento da entrada em vigor da EC 041/2003, aqueles servidores ainda não reuniam as condições para a aposentadoria e, portanto, ausentes os requisitos do § 2º do art. 6 da LICC: a possibilidade de exercício do direito e a inalterabilidade do termo inicial ou condição (para seu exercício) ao arbítrio de outrem. Por isso, não há que se falar em direito adquirido. As regras a incidir são, indubitavelmente, as da EC 041/2003. Apesar de essa ser uma zona de certeza negativa, nem por isso se deixa de lobrigar pontos de incerteza, porque, conforme o citado dispositivo da LICC, diferem as condições relativas ao: a) regime jurídico de aquisição de direitos (referidas no § 2º do art. 6º) e; b) regime jurídico dos direitos já adquiridos ou passíveis de aquisição, individualmente considerados (sobre o que silente a LICC).

Retomando a questão do direito adquirido, para a investigação sobre seu conteúdo possível, necessário trabalhar-lhe, na zona de incerteza, os pontos levantados: a) efeitos futuros, posteriores ao início da vigência da lei nova, derivados de fatos jurídicos a ela anteriores e; b) regime jurídico dos direitos, individualmente considerados. Esses os elementos a serem laborados para, alfim, verificar-se se o direito adquirido comporta como conteúdo uma imunidade tributária relativa à incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de servidores públicos inativos.

Todavia, conforme já mencionado na introdução, não se trata o direito adquirido de categoria que tenha nascido sozinha; ao contrário, sua gênese ocorre dentro de uma das classes de teorias que procuram resolver o conflito de leis no tempo, notadamente por meio do princípio da irretroatividade.

A maioria dos autores concorda que o ponto de partida para o estudo do direito adquirido deve ser a idéia de irretroatividade das leis. Para Caio Mário da Silva Pereira (2005, p. 140), “[...] o princípio da não-retroatividade das leis é o ponto de partida para a fixação dos conceitos fundamentais de direito intertemporal [...]”. De acordo com Geovany Cardoso Jevaux (2003, p. 104), “[...] durante toda a Antigüidade o tema dos direitos adquiridos esteve atrelado ao conceito de irretroatividade da lei, e talvez por isso uma teoria mais sistemática não tenha sido levada a efeito pelos autores [...]”. No mesmo sentido se posiciona José Augusto Delgado (1999, p. 18), para quem: “[...] o exame do conceito de direito adquirido,

através dos tempos, não pode ser levado a efeito sem se focar o seu relacionamento com a teoria da irretroatividade da lei [...]”.

Essa postura, entretanto, é recomendável quando a análise do direito adquirido é desenvolvida, a um só tempo, de forma global, vale dizer, envolvendo seu conteúdo e a garantia ou proteção desse seu conteúdo. Não é esse o caso desta dissertação, que cuida, em um capítulo, dos problemas relativos ao conteúdo, e em outro, das questões atinentes à garantia.

Para justificar falar-se no conteúdo do direito adquirido é suficiente a constatação da existência de um conflito temporal de leis. Por isso, o capítulo apresentará, em primeiro lugar, o conceito de conflito de leis no tempo, tópico ultimado com a construção das normas conflitantes relativas à exação em estudo. Em seguida, será trabalhado o conteúdo material do direito adquirido, verificando-se-lhe a aptidão a comportar, por objeto, uma imunidade tributária relativa às contribuições previdenciárias, nos moldes já expostos.

A teoria (ou princípio, ou idéia ou conceito, por ora não importa distinguir) da irretroatividade das leis, ponto de partida indicado para o estudo pelos autores anteriormente mencionados, não será olvidada, apenas postergada. É que a irretroatividade, bem como a retroatividade, ambas representam propostas de solução do conflito de leis no tempo, e, portanto, devem ser examinadas no capítulo relativo à garantia (contra a retroatividade) do direito adquirido.

Essa cisão metodológica no estudo do direito adquirido, separando-se conteúdo e garantia, contém pelo menos três virtudes: a) obediência ao segundo mandamento cartesiano³¹, de decomposição dos objetos cognoscitivos em suas unidades fundamentais, enunciado desde o ano 1637; b) conformidade à jurisprudência do STF e do STJ – assunto a que logo adiante se volverá e; c) resolver ainda um outro problema: é que poderia ser impugnada, a esta altura, a validade do estudo do conflito de leis no tempo, uma vez que no confronto em exame estão envolvidas normas de nível hierárquico constitucional.

³¹ Nas palavras do autor: “Segundo, o de repartir cada dificuldade que eu analisasse em tantas parcelas quantas fossem possíveis e necessárias a fim de melhor solucioná-las” (DESCARTES, 2004, p. 49). Importante registrar que se trata de uso pontual do pensamento do autor, sem comprometimento com o conjunto de sua obra, especialmente no que tange ao conceito de ‘ciência’.

Especificamente sobre este último problema, João Baptista Machado (2004, p. 31), cuidando de normas relativas ao conflito temporal de leis, localizadas no Código Civil Português, adverte:

Não se esqueça que estamos num sector de normas sobre normas (ou normas de segundo grau) enquadrado numa teoria geral da lei. Assim se entende que o princípio da não retroactividade, como princípio geral (universal) de direito – e bem assim a sua expressão no art. 12º do Código Civil³² – seja aplicável às próprias normas constitucionais.

No mesmo sentido se posiciona José de Oliveira Ascensão (2001, p. 581), ao analisar conjuntamente o art. 12º do Código Civil lusitano e o art. 6º da LICC: “Mais uma vez deparamos com preceitos que não são específicos do Direito Civil, antes se estendem tendencialmente a toda a ordem jurídica”.

No direito pátrio é igualmente consagrado o entendimento de que a LICC, incluídos, evidentemente, seus arts. 2º e 6º, aplica-se a todas as espécies normativas listadas no art. 59 da CF. Por exemplo, vejam-se as opiniões de: a) Maria Helena Diniz (1998, p. 3-4), para quem a LICC veicula um conjunto de normas sobre normas, “[...] preliminares à totalidade do ordenamento jurídico nacional”, e; b) Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho (1995, p. 8), consoante os quais a LICC é introdutória não apenas ao Código Civil, “[...] mas a todos os atos do poder público que tenham o carácter de preceitos obrigatórios para todos os cidadãos”.

Ou seja, as conclusões obtidas no estudo do conflito de leis no tempo poderão ser estendidas, com as devidas cautelas, às normas constitucionais.

Além disso, já foi suscitado que indagar se a contribuição previdenciária, instituída a partir da EC 041/2003 (art. 4º, *caput*), viola direitos adquiridos, consiste numa pergunta complexa, por supor a preexistência desses direitos adquiridos, passíveis de violação. Daí se poderem vislumbrar os dois apontados ângulos para o estudo do direito adquirido: seu conteúdo e sua garantia.

Essa nuance não passou despercebida pela jurisprudência. O STJ vem entendendo que a “[...] decisão que proclama direito adquirido tem duplo fundamento: legal e

³² “Art. 12º (Aplicação das leis no tempo. Princípio geral). 1. A lei só dispõe para o futuro; ainda que lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular. 2. Quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos; mas, quando dispuser directamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor”.

constitucional [...]” (REsp. 627841-RJ), e que a partir da entrada em vigor da atual Constituição, em 1988, “[...] a discussão acerca da contrariedade a este dispositivo adquiriu contorno constitucional, inviabilizando-se sua análise através da via do Recurso Especial” (REsp. 710957-RJ). Noutras palavras: declinou o STJ da competência para conhecer de alegações de ofensa à garantia dos direitos adquiridos.

No mesmo sentido, o STF demarcou os limites de sua competência, explicitando que a garantia do direito adquirido se reveste de caráter imediatamente constitucional, ao passo que seu conteúdo é objeto da legislação ordinária, cuja afronta não atinge a Constituição senão por via reflexa ou indireta. Nas palavras da mais alta corte judiciária do país:

[...] o conceito dos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada não se encontram 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-AgR 463940-RS e RE-AgR 461286-MS).

Por essas razões, o conteúdo material do direito adquirido será estudado, neste capítulo, sem discriminação quanto à posição hierárquica do veículo introdutor de normas, enquanto a força de sua garantia será examinada, adiante, à luz imediata do texto constitucional.

2.1 O CONFLITO DE LEIS NO TEMPO

Antes de qualquer avanço, importante esteja claramente definido um conceito que constitui pressuposto da dissertação: o significado da expressão ‘conflito de leis no tempo’. É que, inexistindo o conflito, não há razão para se falar em direito adquirido, muito menos em sua violação.

O conflito temporal de leis pressupõe a existência de leis sucessivas no tempo, e de dúvida sobre qual delas é de ser aplicada a determinado fato concreto. Mas não basta, à caracterização de um conflito real, que as duas leis sejam sucessivas, necessário possuam os mesmos âmbitos fáticos de incidência ou de aplicabilidade, e que a eles sejam imputados efeitos jurídicos incompatíveis entre si, ou seja, mister constituam genuínas antinomias. Ressalte-se que não se trata, aqui, de resolver

qual das leis conflitantes continua (ou deve continuar) válida ou vigente, ou mesmo se alguma delas deve ter sua validade ou vigência cassada; a disputa é pela aplicabilidade aos já mencionados pontos de incerteza: a) efeitos futuros, posteriores ao início da vigência da lei nova, derivados de fatos jurídicos a ela anteriores e; b) regime jurídico dos direitos, individualmente considerados.

A terminologia ‘conflito de leis no tempo’, apesar de clássica, revela-se inapropriada. É difícil até mesmo pensar o cotejo das áreas fáticas de aplicabilidade e dos efeitos jurídicos de leis inteiras, principalmente quando estas, não sendo específicas³³, dispõem sobre os mais variados assuntos. Por exemplo: seria possível afirmar, de chofre, a existência de conflito real entre o Código Civil de 1916³⁴ e o vigente³⁵? a resposta é negativa.

A apontada perplexidade decorre do uso descuidado (ambíguo e vago), apesar de tradicional, da palavra ‘lei’ na locução ‘conflito de leis no tempo’. Para melhor esclarecimento, pense-se numa lei, novamente o Código Civil, considerando-o como signo. Sua referência sugere (sem prejuízo de outras possíveis significações): a) um livro, as folhas de papel com marcas de tinta; b) um conjunto de enunciados com função prescritiva – artigos, parágrafos, incisos e alíneas e; c) normas jurídicas³⁶, o resultado da interpretação procedida sobre esses (e outros, se calhar) enunciados prescritivos.

Ora, os remédios contra vagueza e ambigüidade já foram apontados no capítulo 2, item 2. Se a palavra ‘lei’ na expressão ‘conflito de leis no tempo’ padece daqueles

³³ Leis específicas são aquelas que tratam de temas determinados. Podem ser específicas por obra espontânea do legislador ou por mandamento constitucional. Eis algumas matérias para cuja disposição a CF exige leis específicas: a) direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII); b) remuneração de servidores públicos (art. 37, X); c) criação de autarquia e autorização da instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e de fundação (art. 37, XIX); d) regime jurídico dos pensionistas dos militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios (art. 42, § 2º); e) concessão de subsídio, isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a tributos (art. 150, § 6º); f) regime jurídico municipal de aproveitamento do solo urbano (art. 182, § 4º); g) disciplina dos meios de comunicação social eletrônica (art. 222, § 3º) e; h) definição de outras fontes de receita para o Fundo Social de Emergência (art. 72 dos ADCT).

³⁴ Lei nº 3.701, de 01/01/1916.

³⁵ Lei nº 10.406, de 10/01/2002.

³⁶ Nesse sentido a lição de Alaôr Caffé Alves (2003, p. 178), que afirma: “Por isso pode-se dizer que a norma jurídica não é lida diretamente, ela é obtida mediante interpretação do texto normativo. Daí porque é equivocado dizer-se que se interpreta a norma jurídica; o que se interpreta, na verdade, é o texto normativo, precisamente para extrair o sentido normativo, ou seja, a norma jurídica, que nada mais é do que um, e somente um, dos possíveis sentidos daquele texto, erigido como sentido vinculante pelo intérprete autêntico (aquele órgão que tem autoridade para impor a norma)”.

vícios lingüísticos, necessário elucidar-lhe o sentido, por meio de definição, ou eleger outra palavra para a designação do objeto pretendido.

A opção é pela segunda alternativa. A estrutura apta à análise de âmbitos fáticos de incidência e de conseqüências jurídicas é a norma. E isso se deve a sua estrutura sintática, que, superficialmente observada, assemelha-se a uma estrutura ou associação de estruturas baseadas no conectivo lógico condicional, que liga por meio de um vínculo de implicação, de dever-ser, um descritor fático (antecedente ou hipótese) a um efeito jurídico (conseqüente ou tese). Eurico Marcos Diniz de Santi (1996, p. 33), sinteticamente e em linguagem formalizada, assim retrata a estrutura sintática da norma jurídica: “D [h -> R (Sa, Sp)]”, após o que ensina como deve ser feita a sua leitura: “se se dá um fato h qualquer, então o sujeito Sa deve fazer ou deve omitir ou pode fazer ou pode omitir conduta C ante outro sujeito Sp”. Importa destacar que o fato h localiza-se no antecedente ou hipótese, e a relação entre os sujeitos Sa e Sp, no conseqüente ou tese.

A solução, portanto, é o concerto não de leis, mas de normas jurídicas individualmente consideradas, verificando-se-lhes a identidade de antecedentes e a incompatibilidade de conseqüentes, ou seja, a ocorrência de antinomias.

Assim, apesar da consagrada denominação, verifica-se que o conflito não se dá entre leis ou entre emendas constitucionais (que podem veicular várias e variadas normas), mas entre as normas jurídicas propriamente ditas. Entretanto, sem prejuízo dessa conclusão, continuará a ser empregada a fórmula ‘conflito de leis no tempo’ quando em alusão ao pensamento de autores que a utilizem, mas desde que desse uso não decorra nenhum prejuízo ao desenvolvimento do raciocínio.

2.1.1 O conflito e o antecedente normativo

João Baptista Machado (2004, p. 231) destaca que o conflito legítimo

[...] envolve um problema de definição do âmbito de aplicabilidade de cada uma das leis ou sistemas jurídicos (o sistema antigo e o novo), e não directamente um problema de aplicação de normas, isto é, de determinação dos fatos a abranger nas hipóteses das normas.

José de Oliveira Ascensão avança, e acrescenta que há de se distinguir ainda entre os conflitos reais e os conflitos aparentes. Explica o autor (2001, p. 570) que “[...] a

questão é saber se essa pluralidade [de normas incidentes] é aparente, ou se pelo contrário as várias fontes³⁷ são realmente aplicáveis”. O conflito é aparente – prossegue – quando entre as normas houver relação de especialidade, subsidiariedade ou consunção, categorias costumeiramente estudadas no âmbito do Direito Penal.

Segundo o criminalista Cezar Roberto Bitencourt (2003, p. 133), há relação de especialidade quando a hipótese de incidência da norma especial contempla todos os elementos contidos no antecedente da norma geral, e a estes agrega ainda outros, ditos “especializantes”. Sua utilidade é a de determinar “[...] a prevalência da norma especial em comparação com a geral”. O autor cita como exemplos de especialidade as figuras qualificadas ou privilegiadas em relação aos tipos penais simples.

Igualmente ao que sucede na especialidade, na subsidiariedade a hipótese de incidência de uma norma também está contida na da outra, todavia, não em relação de gênero-espécie, mas protegendo o mesmo bem jurídico em fases distintas de ofensa. Nas palavras do autor (BITENCOURT 2003, p. 134-135): “[...] há relação de primariedade e subsidiariedade entre duas normas quando descrevem graus de violação de um mesmo bem jurídico, de forma que a norma subsidiária é afastada pela aplicabilidade da norma principal”. Como exemplo o tratadista compara o crime de dano ao de furto com rompimento de obstáculo, e conclui ser aquele subsidiário deste.

Muito semelhante aos da especialidade e da subsidiariedade é o critério da consunção, em que o antecedente de uma norma consunta é pressuposto constitutivo da hipótese de incidência da norma consuntiva, dotada esta do poder de excluir a aplicação daquela. Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2003, p. 135-136), a relação entre ambas não é “de gênero e espécie, mas de *minus* e *plus*”, o que exemplifica aduzindo que “as lesões corporais que determinam a morte são absorvidas pela tipificação do homicídio”.

Uma última distinção entre os critérios para identificação do conflito aparente de normas é trazida por Cezar Roberto Bitencourt (2003, p. 132-136): a especialidade

³⁷ No contexto da dissertação, ‘fontes’ poderia ser substituída por ‘normas’.

(de uma norma em relação a outra) pode ser detectada em abstrato, enquanto a subsidiariedade e a consunção, somente no caso concreto.

O próprio penalista invocado (2003, p. 136) admite que o critério principal é o da especialidade, e que os da subsidiariedade e da consunção carecem de maior rigor científico. Com razão a crítica. Por exemplo, enquanto o escritor em tela (2003, p. 135) assevera ser o crime de violação de domicílio subsidiário do de “[...] furto ou roubo, com entrada em casa alheia”, Julio Fabbrini Mirabete (2002, p. 121) aponta a mesma hipótese não como caso de subsidiariedade, mas de consunção. Verifica-se que entre esses critérios, um tanto quanto vagos, ocorrem faixas de superposição que, não fosse a incidência de uma só das normas e a não revogação da outra, reclamariam a construção de metacritérios, critérios para a solução de um outro conflito, agora um conflito de segundo grau: aquele que se dá entre os próprios critérios para solução de conflitos aparentes de normas.

O que importa é verificar que no conflito aparente, a rigor, as hipóteses de incidência das normas não são as mesmas. Ainda que o evento se amolde ou se subsuma, com maior ou menor adequação, aos antecedentes das normas aparentemente conflitantes, há notas distintivas entre um e outro.

Recapitulando: para que se possa falar no conflito real, as normas conflitantes devem possuir a mesma hipótese fática de incidência, descartadas inclusive as coincidências parciais, como ocorre nos casos de conflito aparente por especialidade, subsidiariedade e consunção.

Essas, contudo, são condições necessárias, mas não suficientes, à caracterização do conflito real. Indispensável também a incompatibilidade entre os conseqüentes das normas (ainda candidatas a) conflitantes.

2.1.2 O conflito e o conseqüente normativo

Resta determinar, então, quando as teses de normas jurídicas são incompatíveis, condição não menos necessária que a identidade de hipóteses para a ocorrência do conflito real. A escolha da palavra ‘incompatibilidade’ não é aleatória. Ela é adequada e preferível ao vocábulo ‘contrariedade’ ou ao termo ‘contraditoriedade’.

Estas duas últimas não se confundem uma com a outra, e têm sentido próprio dentro da lógica, o que tenderia a mascarar a possibilidade de investigação da incompatibilidade entre normas desde o ponto de vista extralógico do direito positivo. 'Incompatibilidade' tem significação mais ampla, abrangendo 'contrariedade' e 'contraditoriedade' e incluindo, ainda, antagonismos de índole jurídico-positiva³⁸.

Do ponto de vista lógico, há de se constatar que é na tese que ocorre o estabelecimento de relações no universo jurídico, que são definidas em função de três operadores básicos, próprios da lógica deôntica: obrigatório (O), permitido (P) e proibido (V). A partir deles, pois, que se deve iniciar, na tese, a perquirição da (in)compatibilidade entre as normas.

Norberto Bobbio (1999, p. 81-91), tratando da coerência no ordenamento jurídico, partindo dos operadores O, P e V, e aplicando, a eles e às condutas por eles modalizadas, sucessivas operações de negação, assim resume os resultados obtidos quanto à caracterização de antinomias:

Definimos antinomia como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento³⁹.

Enquadrando-se nesses casos, os conseqüentes são logicamente incompatíveis e, por isso, há antinomia ou conflito real entre normas.

Até este ponto ajudou a lógica. Ocorre que, mesmo não sendo as teses logicamente incompatíveis, pode suceder ainda incompatibilidade extralógica, de caráter jurídico-positivo.

Deve-se atentar para que, pelo prisma do direito positivo, a questão vinha, até agora, sendo analisada à luz do Direito Penal. E essa atenção deve ser redobrada, pois a este ramo do ordenamento jurídico, por sua vocação garantista, repugnam as idéias de *bis in idem* e de incerteza. Por isso mesmo, o estudo do conflito entre normas apenas pelos seus pontos de vista tenderia a ocultar a possibilidade, não

³⁸ Duas normas contraditórias não podem ser ambas (logicamente) válidas nem ambas (logicamente) inválidas. Duas contrárias podem ser ambas (logicamente) inválidas, mas não ambas (logicamente) válidas (BOBBIO, 1999, p. 83).

³⁹ Há autores que, diferentemente de Norberto Bobbio, não admitem a absoluta interdefinibilidade entre os operadores O, P e V; excepcionam a permissão (P). Essa divergência, no entanto, é indiferente ao desenvolvimento da dissertação, já que, conforme adiante será demonstrado, as teses das normas conflitantes no caso da contribuição previdenciária em estudo são moduladas pelos operadores O e V (ECHAVE; URQUIJO; GUIBOURG, 1999, p. 123).

incomum quando se observa a ordem jurídica de modo geral, de aplicação concorrente de normas em princípio conflitantes.

Há dois tipos de concorrência: por alternatividade e por cumulatividade. Na concorrência alternativa existe a possibilidade de opção por uma das várias normas aplicáveis ao caso, enquanto na cumulativa somam-se os seus efeitos⁴⁰.

Não sendo logicamente incompatíveis as teses, imprescindível, para que se possa falar em conflito real, que o direito positivo não autorize a aplicação concorrente (conjunta ou alternativa) das normas (ASCENSÃO, 2001, p. 571).

Em síntese, do ponto de vista do conseqüente normativo, para que se possa falar propriamente em conflito entre normas, as teses devem ser logicamente incompatíveis ou, não sendo este o caso, não pode ser autorizada, pelo direito positivo, sua aplicação cumulativa ou alternativa.

2.2 O CONFLITO DE NORMAS JURÍDICAS NO TEMPO

Normas jurídicas são expressas por meio de linguagem, e esta é composta por signos. Daí poderem aquelas ser olhadas através de cada uma das faces do prisma da Semiótica, ou seja, pelos planos sintático, semântico e pragmático. Relembre-se que o plano sintático cuida das relações entre os signos; o semântico, das vinculações entre os signos e seus significados e; o pragmático, dos liames entre os signos e os utentes da linguagem.

⁴⁰ A aplicação cumulativa de normas cujas teses sejam logicamente incompatíveis é impossível. Por exemplo, tomem-se as hipotéticas normas N1 e N2. N1: Se (matou alguém, sem justificativa e ausente qualquer causa de isenção de pena), deve ser (a obrigação do juiz de condenar). N2: Se (matou alguém, sem justificativa e ausente qualquer causa de isenção de pena), deve ser (a proibição do juiz de condenar). Ora, são inconciliáveis as obrigações de condenar e de não condenar; apenas uma das duas, N1 ou N2, pode ser aplicada. Qual delas, essa já é outra questão, a responder-se a partir de critérios extralógicos do direito positivo (Direito Penal). Já a aplicação alternativa de normas cujas teses sejam logicamente incompatíveis é até possível, embora constitua incoerência semântica do ponto de vista do direito positivo. Tomem-se agora as hipotéticas normas N3, N4 e N5. N3: Se (comprou), deve ser (a obrigação do comprador de pagar o preço contratado). N4: Se (comprou), deve ser (a proibição do comprador de pagar o preço contratado). N5: Se (comprou, está num dilema), deve ser (permitido ao comprador optar por cumprir N3 ou N4), ou seja, escolher entre a obrigação de pagar e a proibição de pagar. Ora, o direito visa a regular a conduta humana e, portanto, deve dispor sobre o factualmente não impossível e não necessário. A partir do momento que um mesmo ordenamento prescreva, simultaneamente, uma conduta e a sua oposta, malfez essa exigência de disposição sobre o não necessário. É nesse sentido que Eurico Marcos Diniz de Santi (1996, p. 35) fala em limites semânticos às normas jurídicas e, por conseguinte, ao direito positivo.

Do ponto de vista sintático, concluiu-se que o conflito deve ser pesquisado entre normas jurídicas e não entre leis, por serem aquelas, e não estas, as estruturas aptas à análise de âmbitos fáticos de incidência e de efeitos ou conseqüências jurídicas.

Pelo ângulo semântico, inferiu-se que o conflito temporal de normas jurídicas exige-lhes a identidade de antecedentes e a incompatibilidade de conseqüentes. No antecedente deve-se ter o cuidado de atentar para o fato de que a identidade aparente (por especialidade, subsidiariedade ou consunção) afasta a possibilidade de antinomia real. O mesmo efeito tem, no conseqüente, a não incompatibilidade lógica das teses, ou, se logicamente compatíveis, a autorização, pelo direito positivo, de aplicação concorrente, por alternatividade ou por cumulatividade.

As perspectivas sintática e semântica são bastantes para que se atinjam os objetivos do capítulo: a conceituação de conflito de normas no tempo e a construção das normas conflitantes relativas à exação em estudo. Essa etapa é condição necessária e suficiente para que se possa investigar o conteúdo material possível do direito adquirido, verificando-se-lhe a aptidão a comportar, por objeto, uma imunidade tributária relativa às contribuições previdenciárias, nos moldes já expostos.

A visão pragmática do conflito de normas no tempo de alguma forma se liga à garantia do direito adquirido. Isso porque o conflito exige do jurista (utente da linguagem normativa) uma resposta e, ao responder, ele aplica uma das normas conflitantes (ou a que vai de encontro à garantia do direito adquirido, ou a que o protege), e rejeita a incidência da outra. Entretanto, como se trata de assunto relativo à garantia e não ao conteúdo do direito adquirido, será discutido no próximo capítulo.

Retomando, falta averiguar a possibilidade de falar-se em conflito real de normas, anteriores e ulteriores à EC 041/2003 (em particular no que tange ao seu art. 4º, abaixo-transcrito), relativas à obrigatoriedade de contribuição previdenciária por parte dos servidores inativos.

Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o *caput* incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:

I - cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.

Pode-se pensar em duas normas, N1 e N2, concernentes à incidência de contribuição previdenciária, respectivamente sob os sistemas da EC 020/1998 e da EC 041/2003. Para que exista conflito real, N1 e N2 devem apresentar antecedentes idênticos e conseqüentes incompatíveis.

Se N1 e N2 possuírem por antecedentes a percepção de proventos de aposentadoria⁴¹, as conseqüências jurídicas dessas idênticas hipóteses são distintas e incompatíveis sob os regimes da EC 020/1998 e da EC 041/2003.

Em N1, a conseqüência seria a proibição da incidência de contribuição previdenciária, em razão da ausência da necessária matriz constitucional autorizativa. Primeiro, porque o art. 40 da CF⁴², base do regime de inativação dos servidores públicos, em particular o seu *caput*, aludia apenas aos titulares de cargos efetivos, e os aposentados definitivamente não o são. Segundo, pois a imunidade que, por força do art. 195, II, da CF⁴³, beneficiava os estípidios dos aposentados pelo regime geral, favorecia também, por conta do §12 do art. 40 da CF⁴⁴, os proventos dos servidores públicos jubilados segundo seus regimes próprios de previdência. Terceiro, porquanto uma tal exação violaria §5º do art. 195 da CF, ao criar mais uma fonte de custeio – a contribuição dos inativos – sem o

⁴¹ Benefício decorrente, frise-se, de aposentadoria anterior à vigência da EC 041/2003.

⁴² "Art. 40. 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, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo". Este dispositivo não teve sua redação alterada no ponto em comento ("Aos servidores titulares de cargos efetivos [...]") pela EC 041/2003.

⁴³ "Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...]; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201". A redação deste dispositivo não foi alterada pela EC 041/2003.

⁴⁴ "Art. 40 [...] § 12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social". A redação deste dispositivo não foi alterada pela EC 041/2003.

correspondente novo benefício previdenciário – os servidores já estariam aposentados ao tempo da instituição do tributo⁴⁵. E quarto, tal hipótese de incidência foi expressamente rejeitada pelo Poder Legislativo, valendo transcrever, a esse respeito, trecho do acórdão proferido no julgamento da ADI 2010-DF:

O registro histórico dos debates parlamentares, em torno da proposta que resultou na Emenda Constitucional nº 20/98 (PEC 33/95), revela-se extremamente importante na contestação de que a única base constitucional – que poderia viabilizar a cobrança, relativamente aos inativos e aos pensionistas da União, da contribuição de seguridade social – foi conscientemente excluída do texto, por iniciativa dos próprios Líderes dos Partidos Políticos que dão sustentação parlamentar ao Governo, na Câmara dos Deputados (Comunicado Parlamentar publicado no Diário da Câmara dos Deputados, p. 04110, edição de 12/2/98).

O destaque supressivo, patrocinado por esses Líderes partidários, excluiu, do Substitutivo aprovado pelo Senado Federal (PEC nº 33/95), a cláusula destinada a introduzir, no texto da Constituição, a necessária previsão de cobrança, aos pensionistas e aos servidores inativos, da contribuição de seguridade social.

Em N2, a consequência seria a obrigação da incidência de contribuição previdenciária, por força do disposto no *caput* art. 4º da EC 041/2003.

Constata-se, assim, que entre N1 e N2 há: a) identidade de antecedentes em sentido estrito (mesma hipótese fática de incidência, não sendo o caso de especialidade, subsidiariedade ou consunção) e; b) incompatibilidade (lógica, e, por isso, também jurídica) de consequentes (proibição e obrigação da incidência de contribuição previdenciária). Caracterizado o conflito real entre normas, pode-se partir para o próximo passo: o estudo do direito adquirido, neste momento, especificamente, de seu conteúdo material.

2.3 O CONTEÚDO MATERIAL DO DIREITO ADQUIRIDO

Tradicionalmente o direito adquirido é estudado dentro de um capítulo jurídico que tem por objetos os conflitos (reais) de normas no tempo e as suas soluções, capítulo

⁴⁵ Após lembrar que o art. 195, §5º da Constituição é aplicável ao regime previdenciário dos servidores por força do art. 40, §12 da CF, releva transcrever trecho da decisão proferida no julgamento da ADI 2010-DF (1999, p. 89): “Se é certo, portanto, que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total (Constituição Federal, art. 195, parágrafo 5º), não é menos exato também que não será lícito, sob uma perspectiva estritamente constitucional, instituir ou majorar contribuição para custear a seguridade social sem que assista àquele que é compelido a contribuir, o direito de acesso a novos benefícios ou a novos serviços”.

denominado 'direito intertemporal', nomenclatura fortemente defendida por Caio Mario da Silva Pereira. O advento da lei nova, em relação aos fatos ocorridos sob a vigência da anterior e aos seus efeitos, põe o intérprete num dilema: aplicar ou a lei posterior, ou a anterior. Ocorre que, segundo o autor (2005, p. 139), essas possíveis soluções não são absolutas; não se pode afirmar, *a priori*, para todos os conflitos que se apresentem, nem a incidência da mais recente, nem a da mais antiga. A resposta dependerá inapelavelmente das circunstâncias do conflito.

Os que defendem a aplicação retroativa da lei nova professam a teoria da retroatividade das leis. Aqueles que, ao revés, apregoam a aplicabilidade da lei anterior, são partidários da doutrina da irretroatividade, ou da não retroatividade, da lei (nova). Esses termos, 'retroatividade' e 'irretroatividade', entretanto, sugerem algo de maniqueísta, posições extremadas, o tudo ou nada, o que não corresponde ao que efetivamente sucede: nem sempre se aplica a lei nova, nem sempre a antiga. Por essas razões é que Caio Mário da Silva Pereira (2005, p. 139) prefere denominar o estudo do conflito de leis no tempo, e de suas soluções, de 'direito intertemporal', e não de 'teoria da retroatividade' ou de 'teoria da irretroatividade das leis'.

Aliás, fossem absolutas e incondicionadas as posições quanto à retroatividade ou à irretroatividade, desnecessário seria o estudo e até mesmo a existência de uma categoria como a dos direitos adquiridos, que não funciona senão como obstáculo à retroatividade das normas veiculadas por leis ulteriores.

Interessante registrar como a falta de univocidade e de clareza de sentido, especialmente no que tange ao conceito de "retroação", faz com que grupos adversários, pelo menos assim considerados em função dos nomes das teses que difundem – retroatividade e irretroatividade – terminam por preconizar idênticas soluções⁴⁶ para o conflito de leis no tempo. Nesses casos o que se tem é aquilo a que Irving M. Copi (1978, p. 63-67) chama 'desacordo puramente verbal', quando ao mesmo fenômeno são dadas denominações distintas pelos contendores. Essa, entretanto, é matéria relativa à garantia do direito adquirido e, portanto, será objeto do próximo capítulo.

⁴⁶ A possibilidade de a norma conflitante ulterior incidir tanto sobre fatos a ela posteriores como anteriores, desde que, em qualquer caso, não atinja direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Ainda em defesa do 'direito intertemporal', Caio Mario da Silva Pereira (2005, p. 138-139) rechaça duas outras designações, a saber: 'direito transitório' e 'teoria dos direitos adquiridos'.

A primeira, por padecer de "[...] imprecisão semântica, pois que dá a idéia de que se trataria de princípios que, eles próprios, seriam efêmeros e passageiros"⁴⁷. 'Direito transitório' e 'direito intertemporal' são expressões distintas que denotam objetos diversos: aquela, relacionada a disposições casuísticas, para solução de conflitos entre normas veiculadas por leis determinadas, leis elas mesmas portadoras das regras para solução dos conflitos gerados por sua entrada em vigor. Esta, 'direito intertemporal', de atuação supletiva, referindo-se aos conflitos em geral, para os quais não existam disposições particulares.

A segunda denominação, 'teoria dos direitos adquiridos', é criticada por relacionar-se com apenas uma das classes de teorias que se propõem a estudar o conflito de leis no tempo e sua soluções, teoria que não é aquela pela qual o autor nutre maior simpatia:

O nome teoria dos direitos adquiridos sofre a condenação em nome da tendência moderna de que deve ter predominância a proteção das relações jurídicas criadas, sobre a noção tradicional dos direitos subjetivos individuais.

Superada a discussão tecnológica⁴⁸, viu-se que tradicionalmente o direito adquirido tem sido examinado no capítulo do direito intertemporal, disciplina que estuda o

⁴⁷ É preciso prudência na interpretação do caráter, realçado por Caio Mario da Silva (2005, p. 138-139), passageiro e efêmero do direito transitório. Uadi Lammego Bulos (2005, p. 1447), reportando-se ao direito transitório constitucional (ADCT), anota: "[...] Consigna mandamentos que se extinguirão por terem cumprido sua tarefa no tempo e no espaço. [...]. A efemeridade desses preceitos não lhes subtrai a força das disposições permanentes, no que tange à aplicabilidade e cogência, embora localizadas e fixadas em um determinado lapso de tempo, ou até que ocorrida certa condição de exigibilidade fática". Diante da ênfase dada, pelo primeiro autor, ao caráter efêmero e passageiro do direito transitório, caráter esse entendido, pelo segundo autor, como sua extinção após o cumprimento de sua tarefa no tempo e no espaço, convém ressaltar que: a) a efemeridade e o caráter passageiro se apresentam apenas (e como possibilidade) no plano da eficácia, após o período de transição entre o sistema normativo anterior e o posterior, uma vez resolvidos os casos fronteiriços, com o que desapareceria a utilidade dessas disposições de direito transitório e; b) não há que se falar em extinção porquanto essas disposições transitórias continuam válidas e vigentes, e não raro são modificadas por normas posteriores que lhes restauram a eficácia eventualmente perdida. Exemplo fácil, que pode ser colhido do próprio ADCT, é a CPMF: essa contribuição foi instituída a partir da EC 12/96, para ser cobrada por um prazo máximo de dois anos (art. 74); com a EC 21/99, esse período inicial de dois anos foi prorrogado por mais trinta e seis meses (art. 75); a EC 37/02 estendeu a exação até 31/12/2004 (art. 84); no que foi secundada pela EC 42/03, que protelou o termo final para 31/12/2007 (art. 90).

⁴⁸ A respeito das denominações comentadas, não vai nenhuma reflexão acerca do caráter normativo ou descritivo de seus conteúdos, apenas a reprodução da análise procedida por Caio Mario da Silva Pereira. O registro é importante porque o normativo e o descritivo residem, respectivamente, em

conflito de leis no tempo e suas soluções: irretroatividade, retroatividade, e seus limites. Rubens Limongi França (1968, p. 16-18), em sua obra “Direito Intertemporal Brasileiro”, antes de adentrar a formação e a dogmática do direito intertemporal brasileiro, divide seu estudo em três grandes fases: a embrionária, a pré-científica, e a 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 de respeito ao *Direito Adquirido*.

A fase embrionária abrange “[...] todo o direito arcaico, desde os Sistemas Egípcio e Mesopotâmico, até o Direito Romano imediatamente posterior à Lei da XII Tábuas”.

A fase pré-científica engloba o Direito Romano, o Direito Intermédio e o Direito Moderno. O Direito Romano “[...] desta fase inicia-se com os *Veteres*, e com a Legislação Republicana dos séculos III e II a.C., e termina com a morte de Justiniano em 565 d. C”. Do Direito Intermédio enfatizam-se a *Lex Antiqua Wisigothorum*, publicada entre 466 e 484, a contribuição do Direito Canônico e a doutrina de Felinus Sanadeus. Quanto ao Direito Moderno, destacam-se a legislação civil do período de países da Europa Continental e dos EUA, além da doutrina mais relevante dos séculos XVI, XVII e XVIII.

A fase científica cuida da consolidação da doutrina clássica, a doutrina do direito adquirido, das críticas que lhe são opostas, e das razões de sua sobrevivência na legislação e na doutrina, sobressaindo, nesse processo dialético, como tese, a obra de Gabba e, como antítese, a de Roubier⁴⁹.

Esse é somente um resumo do roteiro de parte do “Direito Intertemporal Brasileiro”, de Rubens Limongi França (1968, p. 16-18), do qual se verifica que as preocupações com o problema do conflito de leis no tempo são milenares, e apesar disso minuciosamente descritas na obra em comento, cuja grandiosidade

termos kelsenianos, nos mundos do “dever-ser” e do “ser”, universos que não se tocam desde, pelo menos, o Tratado da Natureza Humana, de David Hume (1739). Localizando-se em planos distintos, não podem ser comparados, por falta de unidade de sistema de referências. O que se pode é, no máximo, verificar a correspondência entre a descrição e o objeto descrito, entre a metalinguagem e a linguagem-objeto.

⁴⁹ Gabba e Roubier, respectivamente os próceres das doutrinas subjetivistas e objetivistas sobre o conflito temporal de normas, não terão suas obras primariamente utilizadas; todavia, suas lições, hauridas dos trabalhos de outros autores, notadamente Rubens Limongi França (1968) e Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho (1995), serão de grande utilidade no desenvolvimento da dissertação.

impressiona ainda mais quando se consideram as dificuldades relativas à tecnologia disponível, e à acessibilidade ao material de investigação, no já distante ano de 1968, época da segunda edição.

Esta dissertação, no entanto, é bem menos ambiciosa: este capítulo pretende, apenas, deslindar as fronteiras do conteúdo material possível do direito adquirido no ordenamento jurídico nacional vigente, e em seguida verificar a compatibilidade das conclusões obtidas com a imunidade tributária relativa à contribuição previdenciária, nos moldes já expostos.

Para tanto, o ponto de partida será o que dispõe sobre a matéria a LICC, invocando-se, daqueles milênios de antecedentes, sejam eles doutrinários ou legislativos, não mais que o necessário ao esclarecimento das questões já levantadas, principalmente os pontos de incerteza sobre o conteúdo material do direito adquirido, indicados no início do capítulo: a) efeitos futuros, posteriores ao início da vigência da lei nova, derivados de fatos jurídicos a ela anteriores e; b) regime jurídico dos direitos, individualmente considerados.

Várias classificações tentam sistematizar todo esse conteúdo histórico-investigativo, dentre elas a que o divide em dois grupos de teorias: subjetivistas, onde se inserem os direitos adquiridos, e objetivistas, em que se enquadram os fatos consumados ou as situações jurídicas definitivamente constituídas. As teorias subjetivistas tacham a retroatividade de ilegítima quando esta malfere direitos adquiridos sob a vigência da lei anterior. As teorias objetivistas, fruto da crítica às subjetivistas, defendem que a lei nova possui efeito imediato e geral, e consideram espúria a retroatividade que atinge fatos consumados ou situações jurídicas definitivamente constituídas.

Há quem diga comporem esses dois grupos de teorias “[...] sistemas fechados e não comunicantes” (ASCENSÃO, 2001, p. 595). Outros afirmam não divergirem elas, nem em método, nem em resultados. Caio Mario da Silva Pereira (2005, p. 157), sem negar maior rigor técnico e científico às concepções objetivistas, conclui que, “[...] embora encarando o problema de ângulos diferentes, as teorias subjetivistas e objetivistas não diferem fundamentalmente nos resultados”. No mesmo sentido se posiciona Geovany Cardoso Jevaux (2003, p. 117), que enxerga nessas correntes a alusão a “[...] determinado direito cujo exercício é colocado em dúvida no momento da passagem de uma lei velha para uma lei nova”. O fato é que ambos os grupos de

teorias partem de uma preocupação comum: a retroatividade das leis, a que tratam de impor obstáculos. Os subjetivistas engendraram a noção de direito adquirido; os objetivistas, a de fato consumado ou de situação jurídica definitivamente constituída.

Nesse contexto, da leitura do *caput* do art. 6º da LICC⁵⁰, percebe-se que o direito nacional vigente positivou soluções que mesclam aspectos tanto das teorias subjetivistas quanto das objetivistas: das primeiras, o conceito de direito adquirido, atualmente definido no §2º do art. 6º da LICC⁵¹ e garantido no inciso XXXVI do art. 5º⁵², e no inciso IV do §4º do art. 60, ambos da CF⁵³ e; das segundas, a regra do efeito imediato e geral das leis, contida na primeira parte do *caput* do art. 6º da LICC. Dessa opção legislativa eclética, contudo, não decorre que as teorias subjetivistas e objetivistas sejam integralmente intercambiáveis; deriva apenas aquilo que nela estritamente se contém: que à tradição subjetivista⁵⁴ brasileira somou-se, das doutrinas objetivistas, apenas a regra do efeito imediato e geral. O registro é relevante porque cada teoria, ou grupo de teorias, possui seus pressupostos próprios, que não podem ser desconsiderados.

2.3.1 O § 2º do art. 6º da LICC

O dispositivo a partir do qual o ordenamento jurídico se refere ao conceito ‘direito adquirido’ é o § 2º do art. 6º da LICC, cuja redação é a seguinte: “Consideram-se

⁵⁰ “Art. 6º. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

⁵¹ “Art. 6º [...] § 2º. Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aquêles cujo comêço do exercício tenha têrmo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

⁵² “Art. 5º [...] XXXVI - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

⁵³ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais”.

⁵⁴ Exceção feita ao período compreendido entre os anos 1942 e 1957, quando o art. 6º da LICC vigorou com a seguinte redação: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito”.

adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo comêço do exercício tenha têrmo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

Da leitura do enunciado, percebe-se seu objetivo de indicar o significado de uma expressão, a expressão ‘direito adquirido’. Ou seja, trata-se de uma definição. E, tratando-se de uma definição, há regras que devem ser observadas, sob cuja presidência será procedida a investigação acerca do conteúdo material possível para o direito adquirido. Relembrando, ei-las as regras da definição: a) “Uma definição deve indicar os atributos essenciais da espécie”; b) “Uma definição não deve ser circular”; c) “Uma definição não deve ser excessivamente ampla nem excessivamente estreita”; d) “A definição não deve ser expressa em linguagem ambígua, obscura ou figurada” e; e) “Uma definição não deve ser negativa quando pode ser afirmativa”.

De pronto a segunda regra mostra-se malferida pela definição do ‘direito adquirido’. É que o semema ‘direitos’ está presente no *definiendum*, de forma implícita, e no *definens*, de maneira explícita. A primeira etapa, pois, será trabalhar o ambíguo, vago, e portador de forte carga emotiva sema ‘direito’.

A fase seguinte reclamará a intervenção da quinta regra da definição. Paradoxalmente, ao contrário do que por ela preconizado, interessa aqui justamente a definição pela negativa⁵⁵ do direito adquirido, o não-direito adquirido, classe em que se localizam as faculdades e as expectativas de direito, categorias lindeiras ao objeto deste capítulo e que, por isso mesmo, consubstanciam as ferramentas ideais para a demarcação das fronteiras do conteúdo material do direito adquirido, aclarando-lhe os pontos localizados na zona de incerteza.

E por falar em pontos de incerteza, após as considerações acerca daqueles já levantados: a) efeitos futuros, posteriores ao início da vigência da lei nova, derivados de fatos jurídicos a ela anteriores e; b) regime jurídico dos direitos, individualmente considerados, o capítulo será finalizado com a resposta à pergunta sobre se o direito

⁵⁵ Cabe interessante analogia entre esta quinta regra da definição (lógica), em particular entre seu trecho que diz “quando pode ser afirmativa”, e o conceito (jurídico) de ‘princípio’ de Alexy (2002, p. 87). É que ambos os casos, ao ressaltarem a reserva do possível, caracterizam-se como mandados de otimização: “[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades [...] existentes” (ALEXY, 2002, p. 87). O texto entre aspas é tradução livre do original: “[...] normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades [...] existentes”.

adquirido comporta, como conteúdo material, a não incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria. Ou, dito de outra forma: responder se existe, por parte das pessoas pertencentes à classe mencionada, um direito adquirido à imunidade tributária, imunidade relativa à incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria.

2.3.1.1 O § 2º do art. 6º da LICC – primeira parte – “Consideram-se [direitos] adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer [...]”

Irving M. Copi (1978, p. 116) ensina que o uso das palavras, notadamente as polissêmicas, é uma questão estatística, e que uma definição deve sempre partir do exame de seus vários sentidos na linguagem corrente.

Sem olvidar o ponto inicial estipulado para o exame normativo de cada instituto, o jogo lingüístico da Teoria Pura do Direito⁵⁶, devem ser colecionados, em consonância com a lição de Irving M. Copi, os vários sentidos com que na linguagem corrente é utilizado o vocábulo ‘direito’⁵⁷, que, para Carlos Santiago Nino (2003, p. 14), são três: a) direito objetivo (como em “O direito brasileiro proíbe o trabalho escravo”); b) direito subjetivo (como em “Tenho direito de não ser submetido a trabalho escravo”) e; c) ciência⁵⁸ que tem por objeto cognoscitivo o direito nos dois sentidos anteriores⁵⁹.

⁵⁶ Essa escolha revela-se particularmente útil porque o Ministro Cezar Peluso (ADI 3105-DF, 2005, p. 202-203), redator do acórdão, ao aderir ao conceito de ‘direito subjetivo’ de Lourival Vilanova (1997, p. 219-230), indiretamente filiou-se ao pensamento de Kelsen, uma vez que são coincidentes as teses destes dois autores sobre o tema. Observe-se que, na linha das teorias nominalistas da linguagem, o critério para a referida opção não foi ser o conceito em exame, na Teoria Pura, mais verdadeiro ou mais representativo de sua essência ou de sua natureza jurídica do que nas demais teorias; o critério considerado foi, principalmente, o da sua utilidade.

⁵⁷ No § 2º do art. 6º da LICC a palavra ‘direitos’ encontra-se grafada no plural, indicando estar empregada no sentido de direitos subjetivos. Entretanto, para a Teoria Pura, como os direitos subjetivos são leituras do direito objetivo, e ambos – direito objetivo e direitos subjetivos – são ligados às normas jurídicas, necessário averiguar as relações entre essas três categorias para mais bem compreender-lhes o significado e o alcance.

⁵⁸ Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1980, p. 15-16) adverte que não é pacífico o *status* científico das doutrinas que versam sobre o direito positivo, em especial a Dogmática Jurídica, e que a resposta a essa indagação deve partir de uma investigação acerca dos vários usos da palavra ‘ciência’ (1980, p. 9-11).

⁵⁹ Os exemplos são igualmente inspirados naqueles fornecidos pelo autor.

Desde esta última acepção, Hans Kelsen, declaradamente (2006, p. XI) preocupado com a autonomia científica e com a especificidade da “Jurisprudência”, desenvolve a Teoria Pura do Direito, afirmando que seu objeto deve ser formado pelos direitos positivos em geral, reais, empíricos, daí expungidas quaisquer variáveis metafísicas, ideológicas ou que a confundam, ciência cultural que é, com as ciências naturais. Para ele (2006, p. 1), a Ciência do Direito visa a responder o que é e como é o direito positivo, pouco importando como ele deve ser, ou como ele deve ser feito, indagações cujos legítimos destinatários seriam, entre outros, o direito natural, o direito ideal, a justiça, a Política ou a Sociologia do Direito.

Quando se refere ao direito positivo, Hans Kelsen tem em mente apenas o direito objetivo, ao qual, para ele, os direitos subjetivos podem ser reduzidos. Nas suas palavras (2006, p. 213):

A Teoria Pura do Direito afasta este dualismo ao analisar o conceito de pessoa como a personificação de um complexo de normas jurídicas, ao reduzir o dever e o direito subjetivo (em sentido técnico) à norma jurídica, que liga uma sanção a determinada conduta de um indivíduo e ao tornar a execução da sanção dependente de uma ação judicial a tal fim dirigida; quer dizer: reconduzindo o chamado direito em sentido subjetivo ao Direito objetivo.

Nessa linha, conclui Carlos Santiago Nino (2003, p. 198), falar-se em direitos subjetivos não seria mais que descrever as relações entre pessoas determinadas, seus titulares, e o ordenamento jurídico.

Há de se definir, então, o conceito ‘direito positivo’, locução para a qual, como sói suceder a várias outras, cada autor costuma apresentar seu próprio significado. Ao se tomar partido de correntes filosóficas que negam conexão ontológica entre os símbolos e seus significados, deixa de fazer sentido escolher uma ou outra definição por ser ela a mais verdadeira ou a que mais bem descreve a essência do objeto denotado. Nessa escolha, além dos critérios de univocidade e delimitação de sentido, deve ser considerada a sua utilidade teórica, tudo de acordo com o jogo lingüístico correspondente. Sendo este um estudo sobre o direito adquirido, está pressuposto um conflito temporal de normas, o que indica que se as há de cotejar. Além disso, os resultados até agora obtidos na investigação do significado da palavra ‘direitos’ no §2º do art. 6º da LICC levaram a constatar-se a imbricação entre ‘direito objetivo’ e ‘direito subjetivo’, e entre esta locução e ‘dever jurídico’. Pois bem, útil seria o conceito que relacionasse todos esses elementos, requisito satisfeito, imediata ou mediatamente, pela definição de ‘direito positivo’ apresentada por Paulo

de Barros Carvalho (1998, p. 45) em seu Curso de Direito Tributário: “[...] conjunto de todas as normas jurídicas válidas num determinado intervalo de tempo e sobre específico espaço territorial, inter-relacionadas sintática e semanticamente, segundo um princípio unificador”.

Retomando, resumidamente, as teses de Hans Kelsen (2006, p. 25-60), verifica-se que ele parte de considerar o direito positivo uma ordem coativa e uma ordem social.

Do ponto de vista do direito positivo como ordem coativa, a argumentação é iniciada com o conceito de sanção (KELSEN, 2006, p. 121-124), ato coercitivo, dirigido contra o autor ou omitente de uma conduta, ou contra alguém com este juridicamente relacionado, e que tem por objeto privá-lo de algum bem, impondo-lhe determinada prescrição. O comportamento humano, comissivo ou omissivo, vinculado pela norma jurídica à sanção, é o ato antijurídico ou ilícito (KELSEN, 2006, p. 124-128). E a conduta oposta⁶⁰ ao ato antijurídico ou ilícito é a prescrita pela norma, é o dever jurídico (KELSEN, 2006, p. 128-131). Ressalte-se que esses três conceitos se referem ao de norma jurídica.

Do ponto de vista do direito positivo como ordem social, o dever jurídico de um indivíduo sempre se coloca em face de outro indivíduo. Assim, na linguagem ordinária, quando se diz que A tem um dever jurídico em face de B, isto equivale a dizer que B possui um direito subjetivo em face de A, ou seja, um direito subjetivo que é reflexo ou corolário do dever jurídico (KELSEN, 2006, p. 140-142). Nesse sentido, dever jurídico e direito subjetivo poderiam ser reconduzidos um ao outro e, por isso mesmo, do ponto de vista científico, supérflua a coexistência dessas duas categorias, recomendando-se a aplicação da navalha de Ockham (JAPIASSÚ; MARCONDES, 1996, p. 200), que prescreve a não multiplicação dos entes existentes além do necessário.

Segundo Hans Kelsen (2006, p. 150-154), entretanto, esse é um daqueles casos em que a linguagem ordinária mascara os objetos e fenômenos que pretende representar. Ele nega essa perfeita correlação entre dever jurídico e direito subjetivo (reflexo), e sustenta seu posicionamento aduzindo que, inadimplido aquele, este não

⁶⁰ Interessante a observação de Carlos Santiago Nino acerca do significado de ‘oposto’, que não se confunde com o de ‘contrário’. O autor (2003, p. 192) ilustra a distinção explicando que uma conduta contrária à de destruir um objeto poderia ser consertá-lo, enquanto sua oposta seria a de não destruí-lo.

se impõe por si só ou por qualquer outra razão natural ou metafísica; dependerá ainda de uma outra norma jurídica, que confira, àquele em face de quem existe o dever jurídico, o poder de invocar a tutela jurisdicional para ver aplicada a sanção (direito processual de ação). Mais uma vez é de verificar-se a ênfase no conceito de norma jurídica, ao qual agora foi reconduzido o direito de ação, com o que ficam refutadas as posições – acusadas por Hans Kelsen de ideológicas – segundo as quais a possibilidade de fazer valer a sanção seria algo imanente ao indivíduo ou ao direito reflexo violado.

Antes de prosseguir, é preciso esclarecer por que esse direito de ação difere dos demais direitos reflexos de deveres jurídicos e, portanto, a estes não pode ser reconduzido. Hans Kelsen se justifica: a) nem sempre o titular de um direito reflexo de um dever jurídico detém o poder de invocar a tutela jurisdicional, por exemplo, a vítima de um homicídio tentado não pode juridicamente proceder, ela mesma, contra seu agressor⁶¹ e; b) bem mais polêmica esta segunda razão: não há, em último grau, um dever jurídico de decidir por parte do Estado-Juiz, em razão de inexistência de sanção para a conduta oposta (não decidir)⁶².

Assim, para Hans Kelsen (2006, p. 152), o direito subjetivo, em sentido técnico ou restrito, deve envolver, num mesmo e determinado sujeito ou grupo de sujeitos, dois elementos: o direito reflexo do dever jurídico e o direito de ação.

Atingido o objetivo do tópico – investigar o sentido da primeira parte do § 2º do art. 6º da LICC, é possível avançar ainda um pouco e concluir o projeto de Hans Kelsen

⁶¹ Uma analítica desse exemplo de Kelsen (2006, p. 152-153), transposta para o direito nacional positivo, conteria os seguintes elementos: a) a sanção vinculada por uma norma jurídica à conduta identificada como homicídio (tentado), que é o ato ilícito ou antijurídico; b) o dever jurídico, o dever de não matar, a conduta oposta ao ato ilícito; c) o direito reflexo desse dever jurídico, o direito à vida e; d) o direito de ação processual para fazer valer a sanção, que não está concentrado no titular do direito reflexo. O homicídio, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, é um crime de ação penal pública incondicionada, o que demonstra que o direito processual de ação não é imanente ao direito reflexo do dever jurídico, nem ao seu titular; ao revés, esse direito processual de ação é apenas o objeto de uma outra norma jurídica. A possibilidade de ação penal privada subsidiária da pública não infirma a tese; é apenas, ela também, outra contingência do direito nacional positivo.

⁶² Carlos Santiago Nino (2003, p. 193) explica: “[...] para cada norma que estipula sanções, não pode haver sempre outra que estipule sanções por não aplicar as sanções da primeira norma, já que isto implicaria uma seqüência infinita de normas”. Tradução livre do original: “[...] por cada norma que estipula sanciones, no puede haber siempre otra que estipule sanciones por no aplicar las sanciones de la primera norma, ya que esto implicaría una secuencia infinita de normas”. Talvez seja nesse sentido que o Ministro Marco Aurélio costume afirmar ser o Poder Judiciário a última trincheira do cidadão, e o STF, a última trincheira do cidadão dentro do Poder Judiciário.

de recondução do direito subjetivo e do dever jurídico à norma jurídica, o que será feito a partir da estrutura sintática desta.

Lourival Vilanova (2000, p. 219) ensina que o direito subjetivo reside no conseqüente das normas jurídicas: “O direito subjetivo é efeito de fato jurídico, ou de fato que se juridicizou: situa-se no lado da relação, que é efeito”. A observação é relevante e coerente com o conceito de direito adquirido previsto no § 2º do art. 6º da LICC, especialmente no ponto em que este se refere a direito que já pode ser exercitado, vale dizer, cuja observância pode ser exigida mediante o exercício do direito de ação.

No item 2 do capítulo 2 da dissertação foi apresentada a fórmula lógica parcial e sintética da norma jurídica: “D [h -> R (Sa, Sp)]”, cuja leitura, recorde-se, deve ser assim procedida: “se se dá um fato h qualquer, então o sujeito Sa deve fazer ou deve omitir ou pode fazer ou pode omitir conduta C ante outro sujeito Sp” (SANTI, 1996, p. 33).

Para Cristiane Mendonça (2004, p. 80-86), as normas jurídicas podem ser classificadas tomando-se por critérios seus antecedentes e seus conseqüentes. Da perspectiva do antecedente, as normas jurídicas podem ser abstratas ou concretas, conforme se refiram, respectivamente, a fatos abstratamente previstos, ou a fatos especificados no tempo e no espaço. Da óptica do conseqüente, as normas jurídicas podem ser gerais e individuais, segundo se dirijam, respectivamente, a uma classe indefinida de pessoas, ou a pessoas determinadas.

O primeiro passo da recondução do direito subjetivo e do dever jurídico à norma jurídica é tomar o dever jurídico geral inobservado como o fato (h), como fato jurídico, como antecedente da norma. O segundo passo principia por tomar a relação jurídica em sentido estrito [R (Sa, Sp)], implicada pelo fato jurídico (h), como conseqüente da norma. Essa etapa é ultimada quando se observa que a relação jurídica implicada vincula seus termos-sujeito conferindo-lhes posições relativas uns em face dos outros, de sujeição ativa ou de sujeição passiva (ou ambas). As posições de sujeição passiva caracterizam o dever jurídico individualizado⁶³; as posições de sujeição ativa representam os direitos subjetivos.

⁶³ A expressão ‘dever jurídico’ é ambígua, pelo que se deve atentar para não confundir este – o dever jurídico individual prescrito pela relação jurídica localizada no conseqüente da norma, com aquele – o

Aí está, pois, realizado o propósito de Hans Kelsen: deveres jurídicos e direitos subjetivos reconduzidos à norma jurídica⁶⁴. Em particular, e aplicando-se os critérios de classificação, propostos por Cristiane Mendonça, anteriormente apresentados, é possível concluir que só há direitos subjetivos em normas individuais, independentemente de serem, conforme seu antecedente, abstratas ou concretas, se bem que a hipótese de normas concretas e individuais, o exemplo utilizado, seja muito mais comum relativamente aos direitos subjetivos.

Fazendo-se um balanço do estudo parcial §2º do art. 6º da LICC, pode-se liquidar que sua primeira parte equipara os direitos adquiridos aos direitos subjetivos, direitos, reflexos de deveres jurídicos, que podem ser feitos valer, pelo seu titular, por meio de ação judicial, com vistas à aplicação da sanção.

2.3.1.2 O § 2º do art. 6º da LICC – segunda parte - “[...] como aqueles cujo comêço do exercício tenha têrmo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”⁶⁵

dever jurídico geral, cuja violação foi tomada como fato jurídico, situado no antecedente da norma (KELSEN, 2006, p. 129).

⁶⁴ Não se desconhece que: a) a norma jurídica completa apresenta estrutura sintática bimembre: norma primária e norma secundária; b) a norma primária tem por antecedente uma hipótese fática que verificada implica uma relação jurídica de direito material (deveres jurídicos e os correlatos direitos reflexos) e; c) a norma secundária toma por hipótese o descumprimento do que previsto no conseqüente da norma primária, que, a seu turno, “[...] funciona como fato jurídico (ilícito, antijurídico) fundante de outra pretensão, a de exigir coativamente perante órgão estatal a efetivação do dever constituído na norma primária”, vale dizer, o fato jurídico da norma secundária implica a relação jurídica processual (de que participa ainda um outro termo-sujeito, o Estado-juiz). Apesar de serem – as normas primária e secundária – proposições logicamente distintas, costumam ser, por conveniência lingüística, formuladas como unidade (VILANOVA, 2000, p. 189). Por isso, muito embora seja o direito subjetivo formado por elementos das relações jurídicas localizadas nas teses das normas primária (direito reflexo) e secundária (direito de ação), sua conceituação pode sem qualquer dificuldade ser representada com a utilização da fórmula lógica condensada da norma jurídica.

⁶⁵ Neste item vale lembrar a observação anteriormente feita sobre ser a LICC introdutória não unicamente ao Código Civil, mas a todas as espécies normativas listadas no art. 59 da CF. Essa mesma observação vale para algumas disposições do próprio CC, referentes a matérias típicas da Lei de Introdução, interessando, no caso, os termos e as condições e seus efeitos sobre a aquisição de direitos.

A segunda parte do §2º do art. 6º da LICC, ao iniciar-se com a palavra ‘como’, aparentemente sugere apenas denotar propriedades ou exemplos de direitos adquiridos, sem nada acrescentar àquilo que já estabelecido: sua identificação com os direitos subjetivos em sentido estrito. Apenas aparentemente; aqui as aparências enganam. A primeira parte do enunciado – concluiu-se no tópico anterior, identifica os direitos adquiridos aos direitos subjetivos, que já podem ser exercidos. Não assim na segunda parte: ali a possibilidade de exercício está subordinada à verificação de determinados eventos previamente estipulados, inalteráveis ao arbítrio de outrem, apesar do quê a atenção não deve ser desviada do objetivo: a aquisição dos direitos, e não o seu exercício.

Essa inalterabilidade ao arbítrio de outrem pode ser sindicada sob dois aspectos: a) o da identidade desse outrem impotente para alterar termo prefixado ou condição preestabelecida e; b) o da possível existência de termos ou condições suficientemente fortes para impedir a aquisição de um direito, ou melhor, a constituição de um direito adquirido.

As alternativas em torno do primeiro aspecto levam a pensar em dois grupos de pessoas: as que fazem e as que não fazem parte da relação jurídica. A primeira interpretação constitui um problema de conteúdo do direito adquirido, e se resolve na análise dos direitos subordinados a termo e a condição, ou seja, no exame das questões relativas ao segundo aspecto. A segunda interpretação, mais ampla, remete ao legislador ordinário, ao constituinte derivado e ao constituinte originário; esta, todavia, é uma questão relativa à garantia do direito adquirido e, portanto, alvo do próximo capítulo da dissertação.

O segundo aspecto demanda a perquirição do efeito dos termos e das condições sobre a aquisição de direitos, e suscita as categorias dos termos iniciais e finais e das condições suspensivas e resolutivas.

Reiterando a advertência de que o exercício e a aquisição de direitos são fenômenos que, apesar de eventuais zonas de superposição, não se confundem, deve-se agora partir para o exame dos direitos a termo e condicionais.

Termos e condições funcionam como marcos temporais, de início e de fim. Os primeiros são eventos futuros e certos, e costumam ser designados pelas expressões latinas *a quo* ou *ad quem* quando, respectivamente, inaugurais ou

terminativos. As segundas⁶⁶ são eventos futuros e incertos, e podem ser suspensivas ou resolutivas, conforme se relacionem, respectivamente, com o princípio ou com a cessação da possibilidade de exercício de um direito.

Voltando à redação do §2º do art. 6º da LICC: “Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo comêço do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”, tem-se que sua segunda parte associa a aquisição de direitos, literalmente, aos termos e condições iniciais subordinantes do seu exercício, exigindo-lhes ainda a inalterabilidade ao arbítrio de outrem.

Em primeiro lugar, vejam-se os termos. O inicial impede apenas o exercício do direito, não a sua aquisição, segundo expressa disposição legal⁶⁷. Os termos finais igualmente em nada prejudicam a aquisição do direito, que já pode ser exercido, enquadrando-se assim na primeira parte do §2º do art. 6º da LICC.

As relações entre direitos adquiridos e condições suspensivas são mais controvertidas e, portanto, requerem exame mais aprofundado⁶⁸. De plano parece haver conflito entre: a) o art. 125 do CC, que estabelece impedirem as condições suspensivas não só o exercício, como também a aquisição dos direitos⁶⁹ e; b) o §2º do art. 6º da LICC, que admite, nesta hipótese, a aquisição de direito, desde que a condição suspensiva seja inalterável ao arbítrio de outrem.

Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho (1995, p. 272) consideram “irrecusável a contradição” entre o Código Civil (1916) e a Lei de Introdução (modificada, no ponto,

⁶⁶ Art. 121 do CC: “Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”.

⁶⁷ Além do §2º do art. 6º da LICC, o art. 131 do CC: “O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito”.

⁶⁸ Espinola e Espinola Filho (1995, p. 272) anotam que, para Roubier, este é um dos pontos mais críticos da teoria dos direitos adquiridos: “ROUBIER, na sua crítica à doutrina subjetiva, faz ver que a noção do direito adquirido não pode assegurar a proteção dos direitos condicionais; porquanto, por definição, o direito condicional não é direito adquirido, uma vez que está suspenso, dependendo de um acontecimento cuja realização é incerta. Essa consideração, ao seu ver, constitui um dos pontos mais vulneráveis da teoria dos direitos adquiridos; entre estes e as simples expectativas, distinção já por si de difícil delimitação, apresenta-se ainda outra classe de direitos, que a nova lei deve respeitar”.

⁶⁹ Art. 125 do CC: “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”. O enunciado é idêntico ao do art. 118 do Código Civil de 1916.

em 1957), conflito que solucionam em favor desta – a mais recente, nos termos seguintes:

O que daí se poderá deduzir é que o legislador, simplesmente para os efeitos do princípio da irretroatividade das leis, equiparou a condição suspensiva ao termo inicial; considerando-se, tão-somente para esses efeitos, como adquirido o direito dependente de uma condição suspensiva insuscetível de alteração a arbítrio de outrem.

Rubens Limongi França (1968, p. 456-458), entretanto, entende inexistir o conflito, propondo uma interpretação harmônica: para ele o direito condicional não é direito adquirido entre as partes da relação jurídica, e é direito adquirido para fins de incidência da lei nova. Esse seu posicionamento é lastreado em quatro premissas. As três primeiras dizem sobre o caráter patrimonial, próprio do direito adquirido, inerente aos direitos condicionais, que poderiam, em princípio, inclusive, ser objeto de cessão. Contudo, decisiva para sua conclusão parece ser a última premissa que adota, relativa aos usos da expressão ‘direito adquirido’:

[...] é preciso não confundir *aquisição* de direito em relação às partes contratantes, e *Direito Adquirido*, para fins de *incidência da lei nova*. No primeiro caso, predomina o interesse particular; no segundo, o social. Naquele, a questão fundamental é saber a que patrimônio pertence o direito; neste, o problema que se coloca é o da *estabilidade das relações jurídicas* [...]. Nada impede pois que, sem contradição, o legislador tenha um determinado conceito de *aquisição de direitos* para a primeira hipótese, e outro de *Direito Adquirido*, relativamente à segunda.

Essa conclusão, todavia, não passaria pelo crivo da navalha invertida de Ockham (ECO, 2003, p. XI), que recomenda multiplicar os entes em caso de necessidade. É que Rubens Limongi França parece utilizar a mesma expressão ‘direito adquirido’, ou variações próximas, de forma ambígua, para representar objetos ou fenômenos distintos. Quando ele fala em “aquisição de direito em relação às partes contratantes”, trata de um problema de conteúdo do direito adquirido; quando se refere ao “direito adquirido, para fins de incidência da lei nova”, sem qualquer alusão às partes da relação jurídica, cuida de questão atinente à garantia do direito adquirido. Note-se que a constatação dessa ambigüidade é coerente com o dualismo do primeiro aspecto proposto, no início do tópico, para o estudo da segunda parte do §2º do art. 6º da LICC – a identidade do outrem impotente para alterar termo prefixado ou condição preestabelecida, aspecto ao redor do qual foram vislumbradas duas alternativas: as pessoas que fazem e as que não fazem parte da relação jurídica.

Ocorre que, como já foi visto, a questão do conteúdo do direito adquirido é logicamente anterior e prejudicial à da sua garantia: se não houver direito adquirido entre as partes, não faz sentido perquirir sobre sua garantia, sobre a garantia do que não existe. Nesse passo, parece assistir razão a Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho, que afirmaram o conflito e o resolveram em favor da norma posterior, à época a veiculada pela segunda parte do §2º do art. 6º da LICC, com redação de 1957.

Mas, a partir de 2003, com a vigência da Lei nº 10.406/02, o novo Código Civil, a segunda parte do §2º do art. 6º da LICC, que era posterior (ao art. 118 do Código Civil de 1916), passou a ser anterior (ao art. 125 do Código Civil vigente). Assim, admitido o conflito entre normas de igual hierarquia e sem relação de generalidade/especialidade uma em face da outra, a solução cronológica há de prevalecer, resolvendo-se o conflito em favor da mais nova: “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”. A essa mesma conclusão chegou o Ministro Eros Roberto Grau (ADI 3105-DF, 2005, p. 256-257).

Sobre as condições resolutivas pode-se fazer a mesma observação referente aos termos finais: em nada prejudicam a aquisição do direito, que já pode ser exercido, enquadrando-se assim na primeira parte do §2º do art. 6º da LICC.

De forma sinóptica: o direito adquirido é aquele que já pode ser imediatamente exercido, ou, não podendo ser exercitado, que o impedimento a tanto seja um termo inicial.

2.3.2 Duas categorias vizinhas: as expectativas de direito e as faculdades

Para a individuação de um objeto qualquer, necessário realçar-lhe as fronteiras, sendo aconselhável a identificação de seus vizinhos. A Lei de Registros Públicos⁷⁰, por exemplo, acata essa sugestão: um dos critérios de que se utiliza para a matrícula de um imóvel é o apontamento dos seus confrontantes (art. 176, § 1º, 3,

⁷⁰ Lei nº 6.015, de 31/12/1973.

alíneas “a” e “b”). Essa recomendação vale também para objetos cognoscitivos: no caso, o direito adquirido. Por isso é que a doutrina tradicional se empenha no estudo de suas categorias vizinhas mais importantes.

Para Rubens Limongi França (1968, p. 416), ao redor das fronteiras do direito adquirido estão, ainda que em planos diferentes, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, as expectativas de direito e as faculdades.

Do ponto de vista do conteúdo do direito adquirido, interessam apenas as expectativas de direito e as faculdades. O ato jurídico perfeito e a coisa julgada podem ser causas ou desenvolvimentos, próximos ou remotos, dos direitos adquiridos, mas com eles não se confundem (ADI 3105-DF, 2005, p. 180, 256-257), e, por isso, não compõem o objeto da dissertação.

Essas três categorias – direitos adquiridos, expectativas de direito e faculdades – sob a perspectiva da garantia contra a retroatividade de normas posteriores, apresentam comportamentos distintos. Enquanto a primeira é protegida, as duas últimas não são. Princípios o estudo por esse aspecto, todavia, induziria grave erro. Essa forma de raciocínio esconde uma inversão na relação de causa e consequência: o objeto não é um direito adquirido porque protegido contra a retroatividade de normas posteriores; ele contará com essa salvaguarda se for um direito adquirido. Primeiro é preciso saber, investigando-se-lhe o conteúdo, se se trata de um direito adquirido, para, ao depois, e como consequência, predicar-lhe o grau de resistência contra a retroatividade das normas posteriores⁷¹.

As relações entre o direito adquirido e as expectativas e faculdades, fundamentais para as doutrinas subjetivistas, foram objeto de crítica acerba por parte das teorias objetivistas, que aí denunciam a insuficiência de proteção e a falta de clareza, crítica registrada por Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho (1995, p. 275):

Também a escola objetiva reconhece que onde há simples esperança de direito, faculdades abstratas da lei, não pode deixar de exercer todo seu império a lei nova. É de notar que a escola objetiva se insurge contra a distinção fundamental da teoria subjetiva em – direitos adquiridos e expectativas de direitos –, porque não é possível estabelecer um critério capaz de delimitar as duas classes, de onde as incertezas e dúvidas e, não raro, as contradições e divergências entre os subjetivistas.

⁷¹ José de Oliveira Ascensão (2001, p. 589), em comentário à ordem jurídica brasileira, assim retratou as causas dessa inversão: “[...] porque a distinção entre direito adquirido e mera expectativa é na prática difícil de traçar, os autores acabam por chamar expectativas a umas situações e direitos a outras consoante pretendem ou não a aplicação da nova lei, o que representa a inversão do método”.

Essa crítica, contudo, em particular quanto à “distinção fundamental” entre direito adquirido e expectativa de direito, não é unânime, razão por que se justifica a continuidade da transcrição anterior (1995, p. 275):

FAGELLA, entretanto, acredita que não são tão graves as dificuldades para distinguir dos direitos adquiridos as expectativas de direito: 'admitido o seu caráter de simples esperanças, que podem, ou não, tornar-se verdadeiros e próprios bens garantidos por uma norma jurídica, e que são subordinados à existência e à duração da lei que lhes serve de base, é fácil distinguir, em qualquer caso, as simples esperanças e os direitos adquiridos.

Ao lado dessas duas e antagônicas posições – arrematam esses comentaristas da LICC (1995, p. 275), existe ainda uma terceira:

[...] é inútil qualquer investigação a respeito, porque as expectativas, não representando nenhuma vantagem, e não sendo tuteladas pelo direito objetivo, como geralmente se sustenta, não são compreendidas entre os efeitos juridicamente apreciáveis; assim, se o novo legislador entende de tomá-las em considerações e conservá-las, no todo ou em parte, deve declará-lo expressamente.

No plano puramente teórico a discussão é válida, mas o fato é que o direito positivo brasileiro, apesar da incorporação da regra objetivista do efeito imediato e geral, fez opção predominantemente subjetivista, razão por que é necessário o enfrentamento da matéria.

Um aspecto decisivo a ser lembrado no estudo das expectativas de direito e das faculdades é o caráter patrimonialista do direito adquirido, categoria a partir da qual, por meio de alternadas operações de negação, é possível aproximar-se de suas vizinhas, objetos deste tópico.

Aplicada a negação antes da palavra 'direito' na expressão 'direito adquirido', resulta o não-direito adquirido, o não-direito (em sentido subjetivo). Se o direito é um dos efeitos do fato jurídico, no não-direito esse efeito não se verifica, porque o fato jurídico não se realizou, ou não se realizou por inteiro. Nessa hipótese, o que se tem é expectativa de direito, sem que nada se incorpore ao patrimônio da pessoa.

Incidindo a negação entre as palavras 'direito' e 'adquirido', resulta o direito não-adquirido, direito não-adquirível, aquele não pode ser definitivamente incorporado ao patrimônio de alguém.

Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho (1995, p. 276) definem as faculdades, em contraposição aos direitos, como “[...] os poderes ou possibilidades decorrentes da lei, que habilitam o indivíduo à constituição de relações jurídicas, por meio de ato ou negócio apropriado”. Verificado este fato (ato ou negócio) que lhes constitui o

objeto, “[...] a *faculdade de lei* se torna uma *faculdade apropriada* [...], e deixa de receber aplicação a lei nova”.

Rubens Limongi França (1995, p. 449-450) chega às mesmas conclusões, e avança ainda um pouco mais, reduzindo as faculdades às expectativas ou aos direitos adquiridos: “[...] faculdades de direito positivo são *as correspondentes normas previstas no Sistema Jurídico, principalmente na Lei*. São de modo geral, as *facultates agendi*, definidas pelo complexo das *normae agendi*”, e podem ser classificadas em abstratas e concretas. As primeiras correspondem às expectativas de direito; as segundas, ao direito adquirido.

Essas conclusões podem ser reescritas, em outros termos: aquilo que usualmente é conhecido por faculdades (abstratas) está no conseqüente de normas jurídicas gerais, e por isso não pode ser confundido com o direito adquirido, que se coloca no conseqüente de normas individuais.

A possibilidade de redução das: a) faculdades às b) expectativas de direito ou aos c) direitos adquiridos, demonstra serem estas duas últimas as categorias fundamentais das doutrinas subjetivistas referentes ao conflito temporal de normas, e, as primeiras, não mais que uma outra forma de leitura, pelo ângulo subjetivo, do conseqüente das normas jurídicas gerais.

A categoria das faculdades é normalmente esgrimida pelas teorias objetivistas como denúncia contra o parco grau de proteção fornecido pelas teorias subjetivistas, que se baseiam nos direitos adquiridos. José de Oliveira Ascensão (2001, p. 596-597) chega mesmo a afirmar, exemplificativamente, que o direito de propriedade é um direito subjetivo que não se pode tornar adquirido, porquanto uma lei posterior pode subtrair ao proprietário um poder que anteriormente lhe era conferido, como o de construir um canal em seu imóvel. Efetivamente, as faculdades relacionadas ao direito de propriedade são os exemplos clássicos daquilo que não se convola em direito adquirido, senão quando já exercitado.

A resposta a críticas desse jaez parte de autores como Karl Olivecrona e Carlos Santiago Nino. O primeiro (2005, p. 53-59) explica que há palavras desprovidas de qualquer referência semântica empírica, física ou psicológica, como por exemplo ‘direito (subjetivo)’ e ‘propriedade’, palavras que adjetiva de ocas. O segundo (2003, p. 209-216), assumindo ‘propriedade’ como palavra oca, reconhece-lhe importante

função comunicativa de economia de vocábulos, uma vez que com o seu emprego evita-se a necessidade de repetição das várias formas de aquisição da propriedade ou dos variados poderes dela decorrentes, onde se inserem as limitações ao poder de construir⁷².

Tomando-se por base essas considerações, é possível pensar a propriedade e os variados poderes que dela decorrem para o seu titular de forma análoga à análise das palavras 'leis' e 'normas' nas expressões 'conflitos', 'de leis' ou 'de normas', 'no tempo'. Assim, tomando-se a aquisição da propriedade por fato jurídico – o antecedente, pode-se-lhe predicar, por efeito, separadamente, relações jurídicas acerca de cada um dos poderes dela decorrentes – o conseqüente. Com isso, a questão deve ser analisada não do ponto de vista de uma palavra oca, de um direito "geral" de propriedade, mas de cada um dos poderes dela decorrentes que, estes sim, podem ser direitos adquiridos ou expectativas de direito.

2.4 A ZONA DE INCERTEZA DO 'DIREITO ADQUIRIDO'

Foi visto no item 2.2.1 que, quanto à aplicabilidade, por conta de sua vagueza, as palavras ou expressões apresentam zonas de certeza positiva, zonas de certeza negativa e zonas de incerteza. Nestas, localizam-se aqueles objetos aos quais não se podem aplicar, com segurança, as referidas palavras ou expressões.

Com 'direito adquirido' não é diferente. Sobre esse conceito, no item 3.1, quando do exame da classificação proposta pelo Ministro Cezar Peluso para os grupos de

⁷² Segundo Carlos Santiago Nino (2003, p. 211-214) a palavra 'propriedade' pode aparecer no conseqüente e no antecedente de proposições que lhe prediquem, respectivamente, os modos de aquisição e os poderes derivados. Exemplos: a) no conseqüente – "se uma pessoa recebeu uma coisa por herança, então é sua proprietária" ou, "se uma pessoa tem uma coisa em seu poder por 20 anos, então é sua proprietária"; b) no antecedente – "se uma pessoa é proprietária de uma coisa, então pode vendê-la" ou, "se uma pessoa é proprietária de um imóvel, então pode desalojar eventuais intrusos". O autor explica que a palavra 'propriedade' pode, sem prejuízo, ser substituída em tais enunciados, mas que, em conseqüência, no seu lugar, teria de ser empregado, por extenso, no mínimo um de seus modos de aquisição ou dos poderes de que gozam seus titulares, quando não a conjugação de vários desses – inclusive os aqui não mencionados, o que causaria certo incômodo ou desconforto comunicativo.

servidores alcançados pela EC 041/2003, dois pontos de incerteza foram levantados: a) efeitos futuros, posteriores ao início da vigência da lei nova, derivados de fatos jurídicos a ela anteriores e; b) regime jurídico dos direitos, individualmente considerados.

O primeiro deles é considerado “um dos mais escabrosos argumentos da jurisprudência transitória, senão o mais escabroso de todos” (Espinola; Espinola Filho, 1995, p. 276).

O seguinte, parece consistir numa opinião acriticamente aceita (WARAT, 1995, p. 75), baseada em um conjunto de generalizações não rigorosas e culturalmente institucionalizadas, segundo a qual inexistente direito adquirido ao regime jurídico, lugar comum repetido sem maiores preocupações quanto à ambigüidade e à vagueza da expressão ‘regime jurídico’. O caso ganha foros ainda mais graves quando se considera que uma das principais fontes de tal enunciado – que pela irrefletida repetição acaba por corromper-se, goza do poder da autoridade, do poder da jurisdição, e que o público destinatário muitas vezes não lê senão as ementas das decisões, que contêm fórmulas sintéticas, necessariamente lacônicas, como por exemplo “Direito adquirido. Regime jurídico. Inexistência”⁷³.

Esse fenômeno das opiniões generalizadas foi também alvo de Alfredo Augusto Becker (1998, p. 11), que o batizou de “sistema dos fundamentos óbvios”, verificado quando as premissas dos raciocínios costumam ser aceitas como demasiadamente “óbvias” para merecerem análise crítica.

2.4.1 Os efeitos futuros, posteriores ao início da vigência da lei nova, derivados de fatos jurídicos a ela anteriores

O primeiro passo para o enfrentamento deste problema é a sua colocação em termos apropriados e já sedimentados. Deve-se recordar que o direito positivo foi definido, grosso modo, como o conjunto de normas jurídicas válidas, e que a estrutura sintática destas se baseia no conectivo lógico condicional, que liga por

⁷³ Por exemplo, o recentemente julgado, em 02/05/2007, pelo STF, AI-AgR 644887 / DF.

meio de um vínculo de implicação, de dever-ser, um descritor fático (antecedente ou hipótese) a um efeito jurídico (conseqüente ou tese).

A norma jurídica incide sobre o suporte fático, jurisdicizando-o, tornando-o fato jurídico, hipótese cuja tese é a relação jurídica, que vincula seus termos-sujeito conferindo-lhes posições relativas uns em face dos outros, de sujeição ativa ou de sujeição passiva (ou ambas). As posições de sujeição passiva caracterizam o dever jurídico; as posições de sujeição ativa representam os direitos subjetivos.

Duas conclusões podem ser extraídas dessas premissas: a) os efeitos, sejam eles passados, presentes ou futuros, são efeitos de um mesmo fato jurídico, antecedente de ambas as normas conflitantes e; b) o direito adquirido – associado ao direito em sentido subjetivo, é um efeito do fato jurídico; localiza-se no conseqüente da norma.

Assentadas estas bases, é hora de, com Rubens Limongi França e com Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho, iniciar o exame deste ponto de incerteza do conteúdo do direito adquirido.

Rubens Limongi França (1978, p. 471) soluciona o problema a partir da análise da regra do efeito imediato da lei nova.

Preliminarmente, registra (1978, p. 420) que a regra do efeito imediato – cujo desenvolvimento se deve a Roubier – é própria das correntes objetivistas, mas que, apesar disso, o recurso a ela é legítimo, uma vez que adotada pelo *caput* do art. 6º da LICC: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

Uma das conseqüências desse recurso às correntes objetivistas é ter que utilizar aqui, no capítulo do conteúdo do direito adquirido, noções que se relacionam com a sua garantia – como a do efeito imediato ou retroativo da lei nova, o que deve funcionar como um alerta contra os perigos – já apresentados – de duas possíveis confusões: entre as teses objetivistas e subjetivistas, ou, dentro destas, entre o conteúdo e a garantia do direito adquirido.

Assim como para as doutrinas subjetivistas a distinção fundamental é a que se dá entre direito adquirido e expectativa de direito (ESPINOLA; ESPINOLA FILHO, 1995, p. 275), para as objetivistas é a que contrapõe o efeito retroativo e o efeito imediato das leis. Aquele, a aplicação no passado; este, no presente (LIMONGI FRANÇA, 1968, p. 423).

Roubier estuda os efeitos da lei nova em face dos *facta praeterita*, *facta pendentia* e *facta futura*. Em relação aos *facta praeterita*, a lei sempre é retroativa. Quanto aos *facta futura*, a lei nunca será retroativa. Sobre os *facta pendentia*, há que se fazer uma diferenciação entre as partes anteriores e posteriores à vigência da lei nova: se aquelas são alcançadas pela lei nova, o caso é de efeito retroativo; quando estas são colhidas pela lei nova, a hipótese é de efeito imediato (LIMONGI FRANÇA, 1968, p. 423)⁷⁴.

Traduzindo essas idéias do jogo lingüístico objetivista para o subjetivista, o conteúdo do direito adquirido – que não pode ser alcançado pela lei nova – englobaria os efeitos dos: a) *facta praeterita* e; b) *facta pendentia* a ela anteriores; mas não os dos c) *facta pendentia* a ela ulteriores e, d) *facta futura*.

Espinola e Espinola Filho, valorizando o caráter patrimonialista do direito adquirido, utilizando-se puramente do discurso subjetivista, avançam em relação ao ponto a que, baseado na regra do efeito imediato da lei nova de Roubier, chegou Rubens Limongi França.

Inicialmente explicam aqueles autores (1995, p. 277) que os efeitos contemporâneos à aquisição do direito são imunes à ação da lei nova, enquanto os sucessivos provocam dúvidas bastante sérias, pois

[...] se é certo que, muita vez, o direito adquirido se apresenta como unidade simples, também o é que, com maior freqüência, se nos antolham direitos adquiridos, cujos efeitos se desenvolvem repetidas vezes, em momentos sucessivos, indo além do período em que impera lei, que lhes presidiu ao nascimento.

A partir dessa apartação inicial entre efeitos contemporâneos à aquisição do direito e efeitos a ela sucessivos, Espinola e Espinola Filho (1995, p. 278), calcados em Gabba, defendem que as conseqüências dos direitos adquiridos serão também direitos adquiridos quando se manifestarem como desenvolvimentos ou

⁷⁴ Roubier parece empregar a palavra 'facta' de forma ambígua, e em desconformidade com a premissa de que normas jurídicas incidem sobre fatos. Quando se reporta aos *facta praeterita*, cuida daqueles fatos jurídicos cujos efeitos já estão exauridos, localizados, frise-se, no antecedente das normas jurídicas. Quando se dirige aos *facta futura*, refere-se ao suporte fático que ainda não se juridicizou, que ainda não se tornou fato jurídico, e que se situa igualmente, sublinhe-se, no antecedente das normas jurídicas. Quando, todavia, fala em *facta pendentia* e nas suas partes anteriores e ulteriores à lei nova, não trata de fatos jurídicos, não trata do antecedente das normas jurídicas, mas dos seus efeitos, localizados no conseqüente, segundo se tenham realizado antes ou se devam realizar depois da vigência da lei nova. É verdade que esta – a lei nova – pode tomar os *facta pendentia*, anteriores ou ulteriores, como hipótese de incidência de outra norma jurídica, mas, mudando-se uma das normas, desaparecerá o conflito, dissolvendo-se assim a razão para falar no direito adquirido ou nos efeitos retroativo e imediato da lei nova.

transformações do mesmo direito. O desenvolvimento de um direito adquirido “[...] resulta numa eventualidade contemplada, desde o princípio, como fase certa ou provável da relação daquele primeiro direito”, ao passo que a transformação de um direito adquirido “[...] vem a ser outro direito equivalente, resultante de uma eventualidade anormal posterior ao fato aquisitivo do primeiro direito, ou posteriormente descoberta, a qual retarda ou torna impossível a realização visada”. Em ambos os casos – desenvolvimento e transformação – pode-se perceber a relevância, ainda que implicitamente considerada, do caráter patrimonialista do direito adquirido. Porque não fossem também direitos adquiridos os seus desenvolvimentos e as suas transformações, o patrimônio do titular seria diminuído sem uma justa causa.

Por esse ponto de vista, são direitos adquiridos os efeitos dos fatos jurídicos que os produziram, sejam eles imediatos ou mediatos; neste caso, desde que configurem desenvolvimentos ou transformações dos direitos, de modo a ficar preservado o que já incorporado ao patrimônio do titular.

2.4.2 O regime jurídico dos direitos, individualmente considerados

Responder se um regime jurídico pode ser objeto ou conteúdo de direito adquirido pressupõe, necessariamente, o conhecimento do significado dessa expressão – ‘regime jurídico’. Ocorre que ela possui alto grau de indeterminação em sua significação de base, de modo que o lugar comum “não existe direito adquirido a regime jurídico” pode ser verdadeiro em algumas situações e falso em outras, mas nunca um fundamento óbvio, suscitando, ao revés, questões de alta complexidade, que não podem sequer ser restringidas ao âmbito do conteúdo direito adquirido.

Uma das maiores dificuldades produzidas por esse lugar comum decorre de uma outra daquelas mencionadas generalizações não rigorosas, segundo a qual, do enunciado “não existe direito adquirido a regime jurídico”, derivaria a conclusão de que “se algo não pode ser objeto de direito adquirido, então, automaticamente, pode ser modificado”.

Sinalizando a abertura do dissenso em relação a tais entendimentos, ainda que por fundamentos diversos, calha registrar passagens dos votos dos Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto. Para o primeiro (ADI 3105-DF, 2005, p. 327), “[...] não está em jogo situação em curso, regime jurídico – a tese fascista – perdoem-me os que entendem de modo diverso – segundo a qual não há direito adquirido a regime jurídico, mas tão-somente casos legitimados, consoante a carta de 1988 [...]”. O segundo (ADI 3105-DF, 2005, p. 328), temperando o rigor da afirmação antecedente, deduz que “[...] 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”. Diante dos posicionamentos que vão de um a outro extremo (desde negativas até afirmativas da possibilidade de direito adquirido ao regime jurídico), passando por posições intermediárias, não custa repetir: para que não se incorra num debate estéril, acerca de pseudoproblemas, indispensável que todos os contendores estejam de acordo sobre qual é o objeto da disputa, sobe qual o significado da locução ‘regime jurídico’.

As definições lexicográficas de ‘regime jurídico’ caracterizam-se por sua abstração. Celso Antônio Bandeira de Mello, discorrendo sobre a locução no Dicionário Jurídico organizado por Maria Helena Diniz (1998, p. 94-95), localiza-a no âmbito da Teoria Geral do Direito, e a define como “[...] o conjunto de princípios, normas e categorias que regem o funcionamento de determinado instituto jurídico”. Para De Plácido e Silva (1998, p. 690), ‘regime’, no sentido jurídico, significa o “[...] sistema ou modo de regular, por que as coisas, instituições ou pessoas se devam conduzir. E, assim, é indicativo da própria forma por que a administração, o governo, a gestão, ou a direção se cumprem, ou da ordem que se deve seguir”.

Do ponto de vista da dissertação, pode-se pensar ‘regime jurídico’ em três sentidos básicos: o primeiro, relacionado ao conteúdo; o segundo, ao conteúdo e à garantia e; o terceiro, à garantia da garantia do direito adquirido. Os três sentidos básicos são: a) o regime jurídico dos direitos individualmente considerados; b) o regime jurídico do direito adquirido, ou de aquisição dos direitos em geral e; c) o regime jurídico da garantia do direito adquirido.

Cada um desses sentidos básicos, por sua vez, também não se pode dizer unívoco.

Na primeira acepção, há duas possibilidades, conforme se considere normas jurídicas individuais ou gerais. Nas normas individuais pode-se falar em direito no sentido subjetivo, cada um com a sua regulação, com a sua estrutura de funcionamento, com seu regime jurídico, que poderá ser objeto do direito adquirido desde que o respectivo fato jurídico esteja completamente realizado. Nas normas gerais não se pode falar em direito subjetivo, e, portanto, também não em direito adquirido.

Na segunda acepção apresenta-se um problema recursivo ou auto-referente: a possibilidade de direito adquirido ao regime jurídico do direito adquirido, ou de aquisição dos direitos em geral.

Desde logo vêm à mente o §2º do art. 6º da LICC – “Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”, e o inc. XXXVI do art. 5º da CF – “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Pensando o direito adquirido desde a perspectiva da estabilidade das relações (em sentido amplo) e do ordenamento jurídico, verifica-se que seu conceito é objeto da legislação infraconstitucional, e portanto está ao alcance do legislador ordinário, que todavia não lhe pode reduzir o conteúdo a ponto de esvaziar de significação o disposto no inc. XXXVI do art. 5º da CF.

Se a norma do §2º do art. 6º da LICC incidiu sobre algum direito em particular, transformando-o em direito adquirido, o regime jurídico deste específico direito pode ser conteúdo do direito adquirido, na forma descrita para a primeira acepção.

Até este ponto as questões se referem ao conteúdo do direito adquirido. Daqui para adiante, relacionam-se a sua garantia e, portanto, serão objeto do próximo capítulo, sem prejuízo de serem apenas levantadas neste tópico.

Se a norma do §2º do art. 6º da LICC não incidiu, se está em jogo a sua própria estabilidade (norma geral), não se pode falar em direito adquirido ao regime jurídico de aquisição de direitos em geral, não se podendo descurar, porém, de que há um mínimo intangível, um “núcleo duro”, que não pode ser atingido sem ofensa à regra do inc. IV do §4º do art. 60 da CF.

Na terceira acepção tem-se um dos clássicos problemas do direito constitucional, denominado por Miguel Nogueira de Brito (2000, p. 227-276) de paradoxo da revisão, e por José María Sauca Cano (2003, p. 281-326) de paradoxo ou *puzzle* constitucional de Alf Ross, em homenagem ao primeiro autor que o suscitou. O *puzzle* é assim exposto por José María Sauca Cano (2003, p. 281): “A incógnita versa sobre a possibilidade de reformar o preceito que regula a reforma constitucional, mediante o cumprimento dos requisitos estabelecidos por dito preceito e sustentar que se segue tratando do mesmo ordenamento jurídico”⁷⁵. No ordenamento jurídico nacional, o problema consistiria na dúvida sobre a possibilidade de emendar-se as normas que regulam a produção de emendas constitucionais, em particular a conjugação do inc. IV do §4º do art. 60, com o inc. XXXVI do art. 5º, tudo da CF. Este ponto, todavia, porque não suscitado na ADI 3105-DF, não será objeto de maiores desenvolvimentos.

Conclui-se que a resposta sobre se o direito adquirido pode ter por conteúdo um regime jurídico não é apodíctica e, ainda que, no caso concreto, seja negativa, isso não é condição suficiente para que ele – regime jurídico – seja modificável, ou absolutamente modificável.

2.5 IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

O objetivo do capítulo, não do tópico, é o de responder se o direito adquirido comporta, como conteúdo material, a não incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria percebidos por servidores públicos.

Roque Antonio Carrazza (2006, p. 681-683) ensina que a instituição de tributos pressupõe a competência tributária, que é delineada positivamente e negativamente.

⁷⁵ Tradução livre do original: “La incógnita versa sobre la posibilidad de reformar el precepto que regula la reforma constitucional, mediante el cumplimiento de los requisitos exigidos por dicho precepto y sostener que se sigue tratando del mismo ordenamiento jurídico”.

Positivamente, por meio do cometimento, a determinadas pessoas políticas, da competência para criação abstrata dos tributos, competência que se exerce por meio da descrição legislativa das hipóteses de incidência, dos sujeitos ativos e passivos, das bases de cálculo e das alíquotas. Negativamente, pelas limitações a essas mesmas competências. Quando essas limitações decorrem da própria Constituição, são denominadas imunidades tributárias.

Roque Antonio Carrazza (2006, p. 682) cita, de Eduardo Domingos Botallo, que as imunidades tributárias, para como tais se caracterizarem, devem decorrer expressamente do texto constitucional. Essa asserção, porém, parece incorrer no equívoco de confundir o texto com o resultado da interpretação do texto, o enunciado ou dispositivo prescritivo com a norma jurídica, o suporte físico com a significação. Ora, há várias formas de a Constituição dizer que uma dada realidade está fora do alcance da tributação: direta ou indiretamente, na voz ativa ou na voz passiva, expressa ou implicitamente etc. A dicção implícita não desqualifica a imunidade tributária, desde que a ela se possa chegar por meio de interpretação, mormente a sistemática. Nesse sentido, vale lembrar que o direito positivo foi definido, grosso modo, como o conjunto de normas jurídicas válidas, e que a norma jurídica

[...] não é lida diretamente, ela é obtida mediante interpretação do texto normativo. Daí porque é equivocado dizer-se que se interpreta a norma jurídica; o que se interpreta, na verdade, é o texto normativo, precisamente para extrair o sentido normativo, ou seja, a norma jurídica, que nada mais é do que um, e somente um, dos possíveis sentidos daquele texto, erigido como sentido vinculante pelo intérprete autêntico (aquele órgão que tem autoridade para impor a norma) (ALVES, 2003, p. 178).

O próprio Roque Antonio Carrazza admite, páginas adiante (2006, p. 691-692), a imunidade indireta ou implícita, ao sustentar o emprego do termo em duas acepções, uma estrita, denotando as normas constitucionais que expressamente proíbem a tributação de determinadas pessoas, e outra ampla, designando os delineamentos negativos em geral das competências tributárias, derivados da Constituição, como por exemplo os decorrentes do assim chamado “estatuto do contribuinte”.

No julgamento da ADI 3105-DF (2005, p. 123), o reconhecimento da existência de imunidades implícitas ficou patente na referência a duas espécies de normas imunizantes: as expressas e as sistemáticas. Restou assentado também que a

contribuição previdenciária é um tributo⁷⁶. A circunstância de, sob o sistema da EC 20/1998, não haver disposição constitucional que expressamente imunizasse, contra a incidência do aludido tributo, os proventos de aposentadoria de servidores públicos, essa circunstância, ela não infirma a existência da proibição de tributar, que já ficou demonstrada quando da construção das normas N1 e N2 conflitantes relativas à exação em estudo, a primeira, sob a égide da EC 020/1998, a segunda, sob o pálio da EC 041/2003.

Relembrando: se N1 e N2 possuírem por antecedentes a percepção de proventos de aposentadoria⁷⁷, as conseqüências jurídicas dessas idênticas hipóteses são distintas e incompatíveis sob os regimes da EC 020/1998 e da EC 041/2003.

Em N1, a conseqüência seria a proibição da incidência de contribuição previdenciária, em razão da ausência da necessária matriz constitucional autorizativa. Primeiro, porque o art. 40 da CF⁷⁸, base do regime de inativação dos servidores públicos, em particular o seu *caput*, aludia apenas aos titulares de cargos efetivos, e os aposentados definitivamente não o são. Segundo, pois a imunidade que, por força do art. 195, II, da CF⁷⁹, beneficiava os estipêndios dos aposentados pelo regime geral, favorecia também, por conta do §12 do art. 40 da CF⁸⁰, os proventos dos servidores públicos jubilados segundo seus regimes próprios de

⁷⁶ Deve-se registrar o entendimento do Ministro Carlos Britto (ADI 3105-DF, 2005, p.172-173) que, sem desprezar as características tributárias da contribuição previdenciária, fez, ao ponto, a seguinte abordagem: “[...] acho que se instalou uma relação jurídica não ortodoxamente tributária – uma relação jurídica do tipo securitário, perfeitamente definida: suportaria ele – servidor – o pagamento de uma contribuição por um período determinado, considerando um limite de idade específico, visando a obtenção de um prêmio futuro (e a eminente Relatora falou de aposentadoria enquanto prêmio); ou seja, os proventos da aposentadoria, ou da futura pensão dos respectivos dependentes, conforme o caso. E tudo na peculiaridade de se constituírem [...] nos únicos direitos subjetivos para cujo gozo o servidor paga do seu próprio bolso”

⁷⁷ Benefício decorrente, frise-se, de aposentadoria anterior à vigência da EC 041/2003.

⁷⁸ "Art. 40. 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, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo". Este dispositivo não teve sua redação alterada no ponto em comento ("Aos servidores titulares de cargos efetivos [...]") pela EC 041/2003.

⁷⁹ "Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...]; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201". A redação deste dispositivo não foi alterada pela EC 041/2003.

⁸⁰ "Art. 40 [...] § 12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social". A redação deste dispositivo não foi alterada pela EC 041/2003.

previdência. Terceiro, porquanto uma tal exação violaria §5º do art. 195 da CF, ao criar mais uma fonte de custeio – a contribuição dos inativos – sem o correspondente novo benefício previdenciário – os servidores já estariam aposentados ao tempo da instituição do tributo⁸¹. E quarto, tal hipótese de incidência foi expressamente rejeitada pelo Poder Legislativo, valendo transcrever, a esse respeito, trecho do acórdão proferido no julgamento da ADI 2010-DF:

O registro histórico dos debates parlamentares, em torno da proposta que resultou na Emenda Constitucional nº 20/98 (PEC 33/95), revela-se extremamente importante na contestação de que a única base constitucional – que poderia viabilizar a cobrança, relativamente aos inativos e aos pensionistas da União, da contribuição de seguridade social – foi conscientemente excluída do texto, por iniciativa dos próprios Líderes dos Partidos Políticos que dão sustentação parlamentar ao Governo, na Câmara dos Deputados (Comunicado Parlamentar publicado no Diário da Câmara dos Deputados, p. 04110, edição de 12/2/98).

O destaque supressivo, patrocinado por esses Líderes partidários, excluiu, do Substitutivo aprovado pelo Senado Federal (PEC nº 33/95), a cláusula destinada a introduzir, no texto da Constituição, a necessária previsão de cobrança, aos pensionistas e aos servidores inativos, da contribuição de seguridade social.

Em N2, a consequência seria a obrigação da incidência de contribuição previdenciária, por força do disposto no *caput* art. 4º da EC 041/2003.

Enfim, sob o sistema da EC 20/1998, pode-se afirmar a existência de uma imunidade tributária vedando a incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria de servidores públicos.

2.6 A ADI 3105-DF E O CONTEÚDO DO DIREITO ADQUIRIDO

De posse do conceito de direito adquirido, é possível responder sobre sua aptidão a comportar, por conteúdo material, a não incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria de servidores públicos, ou, noutros termos, a correspondente imunidade tributária. Necessário observar que a resposta negativa a esta pergunta é suficiente para, pelo ângulo proposto para o estudo, determinar a

⁸¹ Após lembrar que o art. 195, §5º da Constituição é aplicável ao regime previdenciário dos servidores por força do art. 40, §12 da CF, releva transcrever trecho da decisão proferida no julgamento da ADI 2010-DF (1999, p. 89): “Se é certo, portanto, que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total (Constituição Federal, art. 195, parágrafo 5º), não é menos exato também que não será lícito, sob uma perspectiva estritamente constitucional, instituir ou majorar contribuição para custear a seguridade social sem que assista àquele que é compelido a contribuir, o direito de acesso a novos benefícios ou a novos serviços”.

improcedência da ação, ou melhor, para concordar-se com a conclusão a que, por maioria, chegou o STF. A resposta afirmativa, ao revés, é condição necessária, mas não suficiente, para afirmar-se o acerto do dispositivo dos votos vencidos.

Essa resposta será apresentada em conformidade com as premissas construídas, e, durante sua apresentação, as principais objeções suscitadas no julgamento da ADI 3105-DF serão levantadas e enfrentadas. Cabe lembrar que há repetição de argumentos nos votos proferidos durante o julgamento, motivo por que a análise não será procedida voto a voto, mas a partir dos principais argumentos levantados em antítese à conclusão que ora se apresenta.

Aqui se está a cogitar a possível existência de um direito adquirido a certa imunidade tributária, direito adquirido durante a vigência da EC 020/1998, quando podia-se falar, sem discordância⁸², na ilicitude da imposição de contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria de servidores públicos, ilicitude que, verificada, poderia dar causa à sanção, qual seja, a anulação da norma concreta e individual que determinou a exação e a devolução do que indevidamente tributado. A conduta oposta a esse ato ilícito representa o dever jurídico, o dever de não tributar, do qual decorre o direito reflexo de não ser tributado⁸³. Estando presentes: a) a conduta vinculada a sanção – o ato ilícito; b) a conduta sua oposta – o dever jurídico e; c) o direito corolário do dever jurídico – o direito reflexo, para a caracterização de um direito subjetivo faltaria, apenas, d) o direito de ação processual, concentrado na pessoa do titular do direito reflexo violado. Ora, essa é exatamente a hipótese em exame: os já aposentados puderam, quando tributados

⁸² Exceção feita ao Ministro Gilmar Mendes (ADI 3105-DF, 2005, p. 286), para quem, sob o sistema de EC 020/1998 já era “[...] insuficiente conjugar o disposto no art. 40, §12 com o art. 195, II, numa incorporação mecânica e automática da disciplina do Regime Geral de Previdência Social, em tudo assimétrica, para afastar a possibilidade de cobrança de contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas”. Convém lembrar que esse posicionamento foi manifestado originalmente em 1999, quando da publicação de artigo intitulado “Contribuição dos inativos” na Revista Consulex, época em que o magistrado em epígrafe ocupava o cargo de Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, posto assumido em 1996.

⁸³ Essa conclusão é condizente com a afirmação de Roque Antonio Carraza de que as imunidades são instituídas sempre em favor de pessoas. Nas palavras do autor (2006, p. 683): “Ressaltamos que as imunidades beneficiam, em última análise, pessoas. É certo que a doutrina mais tradicional classifica as imunidades em subjetivas, objetivas e mistas, conforme alcancem pessoas, coisas ou ambas. [...]. Todavia, parece-nos que em termos rigorosamente técnicos, a imunidade é sempre subjetiva, já que invariavelmente beneficia pessoas, quer por sua natureza jurídica, quer pela relação que guardam com determinados fatos, bens ou situações”.

foram, impugnar tal exação – contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria – pela via judicial⁸⁴.

Com isso, demonstra-se a presença de um direito subjetivo em sentido estrito e, portanto, de conformidade com a primeira parte do §2º do art. 6º da LICC, a existência de um direito adquirido. Noutros termos, em relação aos servidores públicos aposentados antes da entrada em vigor da EC 041/2003, pode-se falar num direito adquirido à imunidade de seus proventos contra a incidência de contribuição previdenciária⁸⁵. A essa mesma conclusão, partindo do voto do Ministro Sepúlveda Pertence (ADI 3105-DF, 2005, p. 426-427): “[...] não há direito adquirido a uma hipótese de não-incidência tributária, [...] salvo se há imunidade constitucional a acobertar determinada pessoa [...]”, e reconhecendo a existência de tal imunidade ao tempo da EC 020/1998, chegou Geovany Cardoso Jevaux (2006, p. 111):

[...] 2) há direito adquirido nas relações previdenciárias, inclusive de não incidência tributária em caso de imunidade; 3) a EMC 20 criou uma imunidade aos servidores públicos quanto a não contribuir para a previdência, desde que reunidos os requisitos para o exercício do direito à aposentadoria (tanto mais após a sua consumação) [...]

Para a Ministra Ellen Gracie (ADI 3105-DF, 2005, p. 141), relatora, a única questão relevante é saber se a “[...] instituição de contribuição previdenciária aos servidores inativos e aos pensionistas fere as garantias individuais de resguardo ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito e/ou a inadequada imposição tributária”. Essa questão foi analisada por quatro vertentes, às quais a magistrada apresentou as seguintes respostas: a) negativa de ofensa a direito adquirido, uma vez que “[...] quem já era aposentado permanece em idêntica situação; quem reunia condições para aposentadoria teve o respectivo gozo assegurado” (ADI 3105-DF, 2005, p. 142); b) negativa de violação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos e

⁸⁴ E foi exatamente o que sucedeu: o Judiciário – instado por servidores públicos inativos – unanimemente determinou a cessação da incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria, ordenando, inclusive, a devolução do que indevidamente tributado. Por todos, veja-se, do TJES, a Apelação Cível nº 024.06.901261-5, que restou assim ementada: “APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO ORDINÁRIA - DESCONTO PREVIDENCIÁRIO DE SERVIDOR INATIVO - EXAÇÃO INEXIGÍVEL NA VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20 - VALOR A SER DEVOLVIDO AO SERVIDOR - SENTENÇA MANTIDA - APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA 1 - Pacificou-se o entendimento que a Emenda Constitucional nº 20/98 não admitia a contribuição previdenciária dos inativos, revogando a Lei Complementar Estadual nº 109/97. Assim, a exação era inexigível a partir da vigência da EC 20/98. 2 - Se houve um período onde o desconto foi efetuado de forma indevida, os valores devem ser devolvidos ao servidor, sob pena de enriquecimento ilícito da administração. 3 - Sentença mantida. Conclusão: à unanimidade, negar provimento ao recurso”.

⁸⁵ Mas atenção, afirma-se aqui apenas a existência de um direito adquirido; nada, porém, sobre sua garantia, objeto do próximo capítulo.

proventos, princípio que não se ofende com a tributação das aludidas verbas (ADI 3105-DF, 2005, p. 143); c) afirmativa de inconstitucionalidade por quebra do equilíbrio atuarial com a instituição de nova contribuição sem causa eficiente, malferindo o art. 195, § 5º da CF (ADI 3105-DF, 2005, p. 152-154) e; d) afirmativa de inconstitucionalidade por *bis in idem*⁸⁶, em face da dupla incidência tributária, ambas sem destinação específica, sobre a mesma hipótese – os proventos de aposentadoria dos servidores públicos inativos: d.1) o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza e; d.2) a contribuição previdenciária (que de contribuição só teria o nome, pois sua finalidade – a aposentação – já fora alcançada, transformando-se por isso mesmo em verdadeiro imposto) (ADI 3105-DF, 2005, p. 149).

As respostas apresentadas pela Ministra Ellen Gracie, particularmente a primeira e a terceira, merecem exame mais acurado. Ao negar a ofensa a direito adquirido, ela se justifica (ADI 3105-DF, 2005, p. 142-143) alegando a inexistência de modificação substancial no conteúdo previdenciário em exame, afinal

[...] quem já era aposentado, permanece em idêntica situação; quem reunia as condições para aposentadoria teve o respectivo gozo assegurado. A paridade com os servidores da ativa está mantida pela emenda [EC 041/2003], seja para efeito de revisão na mesma proporção e na mesma data em que a remuneração daqueles for modificada, seja para estender-lhes quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade. Logo, não há aqui ofensa a direito adquirido ou a ato jurídico perfeito [...]

Pois bem, será útil retomar aqui a teoria das palavras ocas, anteriormente utilizada em relação à 'propriedade'. Assim como 'propriedade' pode ser empregada em substituição a uma ou várias das causas e conseqüências da propriedade, 'aposentadoria' pode ser utilizada em substituição a uma ou várias das causas e conseqüências da aposentadoria. Pela perspectiva do conteúdo do direito adquirido, a Ministra Ellen Gracie cuidou de quase todas as causas e conseqüências da aposentadoria, menos de uma (conseqüência), justamente aquela que constitui o cerne da questão: os proventos, dos quais só tratou adiante e por outro prisma, quando do exame da possível ruptura do equilíbrio atuarial com a instituição de nova contribuição sem causa eficiente.

⁸⁶ O *bis in idem* não se confunde com a bitributação porquanto, no primeiro caso, as exações são impostas pela mesma pessoa política – a União, e, no segundo caso, por pessoas políticas distintas (CARRAZZA, 2006, p. 561).

Os proventos são conseqüências mensalmente renovadas da aposentadoria, caracterizando aquilo que se conhece por prestações de trato sucessivo. Ninguém nega que do fato jurídico da aposentadoria deriva o direito de percepção mensal de proventos. Ocorre que o objeto desse direito adquirido não é composto por proventos quaisquer, mas por proventos determinados, constituídos de tais e quais “vantagens” e “descontos”, segundo as normas vigentes ao tempo da jubilação, no caso, as da EC 020/1998. Importante chamar a atenção para essas propriedades “dimensionais” dos proventos, que remetem ao aspecto patrimonialista do direito adquirido.

Mesmo após a edição da EC 041/2003, o direito aos proventos continua a ser conseqüência do mesmo fato jurídico, qual seja, a aposentadoria, implementada na vigência do sistema constitucional previdenciário anterior. Os proventos, sejam eles anteriores ou posteriores à EC 041/2003, são, assim, desenvolvimentos de um mesmo direito, adquirido sob o regime da EC 020/1998. E como desenvolvimentos de um direito adquirido, são também direito adquirido, ou parte integrante daquele direito inicialmente adquirido, de modo que sua redução, por meio da incidência da contribuição previdenciária – cuja finalidade já tenha sido atingida, caracteriza injustificada subtração ao patrimônio do titular e, por conseguinte, violação ao próprio conteúdo do direito adquirido. Idêntico posicionamento pode ser extraído do voto do Ministro Celso de Mello (ADI 3105-DF, 2005, p. 393), em citação de J. M. Sidou:

A lei nova não atinge conseqüências que, segundo a lei anterior, deviam derivar da existência de determinado ato, fato ou relação jurídica, isto é, que se unem à sua causa como um corolário necessário e útil. [...]. Retroativa e, portanto, condenável (...) é não somente a regra positiva que contrasta com as conseqüências, já realizadas, do fato consumado, mas também a que impede as conseqüências futuras do mesmo fato, por uma razão relativa só a ele.

Os proventos são desenvolvimentos do direito adquirido, desenvolvimentos do fundo composto pelo montante acumulado (e corrigido) com as contribuições previdenciárias pagas pelo Estado e pelo próprio servidor, agora aposentado, enquanto na ativa. É uma espécie de “fundo de investimento” compulsório. O servidor tem o dever de, mensalmente, efetuar determinado depósito – contribuição previdenciária, e o Estado, além da sua contribuição, tem a obrigação de bem gerir⁸⁷

⁸⁷ Sobre esse ponto – o dever de eficiência na gestão do fundo formado pelas contribuições previdenciárias, vale transcrever excertos do voto do Ministro Carlos Britto (ADI 3105-DF, 2005, p.

o fundo formado por esses depósitos, de modo que dali, após a sua aposentadoria, possa o servidor perceber, mensalmente, os respectivos proventos. Vale dizer: a correspondência entre proventos e contribuições verifica-se no plano individual, para cada servidor. E assim é porque a contribuição previdenciária é um tributo vinculado a uma finalidade, e a relação entre ambos – tributo e finalidade, fonte de custeio e benefício – é estabelecida a partir do art. 195, §5º da CF, que prescreve: “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”, fórmula ampliada quando do julgamento da ADI 2010-DF (1999, p. 89), oportunidade em que o STF afirmou

Se é certo, portanto, que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total (Constituição Federal, art. 195, parágrafo 5º), não é menos exato também que não será lícito, sob uma perspectiva estritamente constitucional, instituir ou majorar contribuição para custear a seguridade social sem que assista àquele que é compelido a contribuir, o direito de acesso a novos benefícios ou a novos serviços.

Poder-se-ia replicar que esse equilíbrio atuarial entre contribuições previdenciárias individuais e proventos individuais decorrentes da aposentadoria foi afirmado antes da vigência da EC 041/2003, sob o sistema da EC 20/1998, mas a tréplica a esse argumento, coerente com tudo quanto até aqui afirmado – inclusive a existência de direito adquirido à imunidade, pode ser colhida: a) do voto da Ministra Ellen Gracie, renovando homenagem a entendimentos esposados no julgamento da ADI 2010 (ADI 3105-DF, 2005, p. 153): “Em um regime previdenciário contributivo, necessariamente, há correlação entre custo e benefício. Regime contributivo é, por definição, retributivo”, e; b) do voto do Ministro Carlos Britto, para quem o sistema previdenciário contributivo é de “[...] aplicabilidade benfazeja individual” (ADI 3105-DF, 2005, p. 173), ou seja, retributivo.

Até este ponto afirmou-se: a) a existência de direito adquirido a imunidade tributária relativa à contribuição previdenciária, direito titularizado pelos servidores públicos aposentados antes da EC 041/2003 e; b) que os proventos mensais são

177): “[...] cabe ao Poder Público, enquanto exclusivo gestor das verbas arrecadadas, fazê-las render o suficiente para assegurar a continuidade vitalícia dos benefícios que são próprios do sistema [...]. Ou seja, a questão do equilíbrio atuarial e financeiro não diz respeito ao servidor, diz respeito ao gerente. [...]. Quero dizer que, muitas vezes, a questão da previdência, quando se fala em déficit, Sra. Relatora, não é uma questão de previdência, porém de providência, providência gerencial do Poder Público. Tanto assim, o sistema é teoricamente rentável e auto-suficiente que o mercado previdenciário privado experimenta o maior assanhamento para abocanhar uma fatia desse mercado promissor”.

desenvolvimentos do direito adquirido e, por isso, partes integrantes dele. Afirmar essas que não são senão o entendimento fixado anteriormente pelo STF, sobre a matéria, por meio da Súmula nº 359, aprovada em 1963 e vigente desde 1973 com a seguinte redação: “Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários”.

As duas principais antíteses a essas proposições, do ponto de vista do conteúdo do direito adquirido, são: a) o fundo formado pelas contribuições dos servidores não concorreria para o financiamento apenas dos seus proventos, mas para o da seguridade social como um todo, negando-se assim o caráter retributivo do sistema previdenciário, conclusão que decorreria do “princípio da solidariedade”; b) a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, no caso, o regime jurídico constitucional previdenciário – que no sistema da EC 20/1998 contemplava a imunidade dos proventos dos servidores aposentados contra a incidência de contribuição previdenciária. Resta saber, agora, se podem elas – as antíteses – ser superadas.

Com esses argumentos houve quem negasse a existência do direito adquirido em questão, quem dissesse que sua garantia não é absoluta, e inclusive quem, contraditoriamente⁸⁸, afirmasse simultaneamente essas duas coisas, como fez o Ministro Joaquim Barbosa.

Primeiro, negou Sua Excelência a existência de direito adquirido (ADI 3105-DF, 2005, p. 167):

A tese da exacerbação do direito adquirido protegido por cláusulas pétreas, no presente caso, é também absolutamente desarrazoada e antijurídica. Em primeiro lugar, porque não faz sentido sustentar, em um estado de direito democrático e social, que alguém possa adquirir o direito de não pagar tributos.

E, em seguida, asseverou não ser absoluta ou incondicionada a garantia desse direito adquirido, cuja existência acabara de rejeitar (ADI 3105-DF, 2005, p. 168):

Constato, por outro lado, que a tese sustentada na ação direta omite o fato de que o princípio dos direitos adquiridos, do mesmo modo que outros princípios constitucionais, admite ponderação ou confrontação com outros valores igualmente protegidos pela nossa Constituição.

⁸⁸ Lembre-se que não faz sentido falar na garantia do direito adquirido, se direito adquirido não há. São instâncias distintas, em que a primeira pressupõe a segunda.

Voltando às antíteses, a primeira afirma que o fundo formado pelas contribuições dos servidores não concorreria para o financiamento apenas dos seus proventos, mas da seguridade social como um todo, negando-se assim o caráter retributivo do sistema previdenciário, o que equivale a dizer que os proventos não são desenvolvimentos do direito adquirido com a aposentadoria, ou que com ele não se identificam, raciocínio que seria legitimado pela influência do princípio da solidariedade no contexto da seguridade social.

A análise de um enunciado dessa espécie demanda certas cautelas, a começar com a palavra ‘solidariedade’, dotada de forte carga emocional. Se sua carga emotiva é positiva e intensa; a de sua antônima – ‘egoísmo’ – talvez seja ainda mais intensa, porém, de uma intensidade oposta, negativa. Desta forma, a caracterização da contribuição dos inativos como expressão de solidariedade e, conseqüentemente, a associação do direito adquirido ao egoísmo, ambas são posturas tendentes a dificultar um exame desapassionado do tema, dificuldade que parece revelar-se, por exemplo, nas conclusões dos votos do Ministro Joaquim Barbosa (ADI 3105-DF, 2005, p. 169): “Em suma, entendo que a solidariedade deve primar sobre o egoísmo”, e do (segundo voto do) Ministro Nélson Jobim (ADI 3105-DF, 2005, p. 169): “[...] no caso específico, a solidariedade nada mais é do que a possibilidade daqueles que têm de ajudar os que não têm”.

Além de portador de intensa carga emotiva, o termo ‘solidariedade’ – no âmbito da CF – é ambíguo e vago, incidente sobre questões relativas à garantia e ao conteúdo do direito adquirido.

Da perspectiva do conteúdo do direito adquirido, é possível falar na solidariedade em pelo menos dois sentidos: a) expresso, no financiamento do sistema previdenciário dos servidores públicos (arts. 40⁸⁹ e 249⁹⁰ da CF) e; b) implícito, no

⁸⁹ “Art. 40. 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”.

⁹⁰ “Art. 249. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos respectivos servidores e seus dependentes, em adição aos recursos dos respectivos tesouros, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir fundos integrados pelos recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desses fundos”.

custeio da seguridade social como um todo (art. 195⁹¹ da CF), aí incluídas a saúde, a previdência e assistência sociais (art. 194⁹², *caput*, da CF).

Sob o sistema da EC 20/1998, principalmente a partir do julgamento da ADI 2010, assentou-se que as variáveis atuarialmente equilibradas deveriam ser, de um lado, as contribuições previdenciárias individuais e, do outro, os proventos individuais. Ou ainda, de acordo com o Ministro Carlos Britto (ADI 3105-DF, 2005, p. 336), em aparte ao voto do Ministro Marco Aurélio:

É o único direito – a aposentadoria e a pensão – para cujo gozo o servidor público despender recursos do seu bolso. Ele entra numa relação jurídica tricotômica: de um lado contribuição, de outro lado, retribuição; por um terceiro lado, paridade entre os vencimentos e os proventos [...]

O Ministro Gilmar Mendes (ADI 3105-DF, 2005, p. 287) foi ainda mais analítico ao apreciar o ponto à luz do art. 40 da CF, distinguindo entre equilíbrio financeiro e equilíbrio atuarial:

O princípio do “equilíbrio financeiro e atuarial” contém basicamente duas exigências. A primeira impõe que as receitas sejam no mínimo equivalentes aos gastos, e aqui temos o denominado equilíbrio financeiro. A segunda exigência, relativa ao equilíbrio atuarial, determina a adoção de correlação entre os montantes com que contribuem os segurados e os valores que perceberão a título de proventos e pensões.

Após a edição da EC 041/2003, contudo, a finalidade da contribuição previdenciária – tributo vinculado, por conta do caráter solidário do sistema de seguridade social, teria mudado. Nas palavras do Ministro Carlos Velloso (ADI 3105-DF, 2005, p. 350):

A contribuição de seguridade social, espécie tributária, é instituída, portanto, não para o fim específico de obtenção do benefício aposentadoria, mas para o financiamento da seguridade social, nesta compreendida a previdência social, certo que são diversos os benefícios que podem ser concedidos [...].

Neste mesmo sentido se manifestaram o Ministro Sepúlveda Pertence (ADI 3105-DF, 2005, p. 432): “[...] o art. 195 me parece bem específico e dispõe que a

⁹¹ “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III - sobre a receita de concursos de prognósticos; IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar”.

⁹² “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

seguridade social – não fala só em previdência –, será financiada por toda a sociedade”, e o Ministro Nelson Jobim (ADI 3105-DF, 2005, p. 441):

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

Daí exsurge que, após a EC 041/2003, a solidariedade, tal como invocada nas teses dos votos vencedores, em particular nos votos dos últimos três magistrados mencionados, vincularia sujeitos passivos e sujeitos ativos, aqueles que teriam o dever jurídico de solidariedade, e aqueles que possuiriam o correspondente direito reflexo. No pólo passivo, o servidor-contribuinte, aposentado ou não; no ativo, mais uma ambigüidade: a) os atuais beneficiários da seguridade social e; b) as gerações futuras de beneficiários do sistema de seguridade social.

Remarcando o esquema das ambigüidades inerentes à locução ‘princípio da solidariedade’, considerando-se o sistema da seguridade social após a EC 041/2003, tem-se, de forma sinóptica: a) solidariedade entre servidores ativos, inativos e pensionistas, e também o Poder Público, no custeio do seu sistema previdenciário e; b) solidariedade no financiamento da seguridade social como um todo. Neste segundo sentido, pode-se registrar ainda outra ambigüidade, relativa à identidade dos beneficiários do sistema (e da solidariedade): c) a geração atual e; d) as gerações futuras⁹³.

Pois bem, a confusão derivada da desatenção a esses vícios lingüísticos na interpretação do “princípio da solidariedade”, confusão tendente a coonestar a cobrança de contribuição previdenciária aos servidores inativos, conduz a conclusões equivocadas e até mesmo paradoxais, como as a seguir deduzidas.

⁹³ Nesse sentido, da existência de várias “solidariedades” na CF, segue passagem do voto do Ministro Carlos Britto: “A solidariedade de que trata a Emenda nº 41 não decola do Inciso I do art. 3º da Constituição. São figuras jurídicas, portanto, estanques, separadas, autônomas, que não mantêm entre si uma relação de pertinência ou de defluência”. (ADI 3105-DF, 2005, p. 171).

Primeira: terminaria por reduzir o equilíbrio financeiro e atuarial, previsto no art. 40 da CF, apenas ao equilíbrio financeiro, equilíbrios cuja diferenciação já foi bem delineada pelo Ministro Gilmar Mendes (ADI 3105-DF, 2005, p. 287).

Segunda: a solidariedade assim genérica e indefinidamente compreendida apresentaria traços de, por absurdo que pareça, egoísmo. É que as contribuições previdenciárias dos servidores ativos, inativos e pensionistas teriam dupla finalidade: uma, decorrente do art. 40 da CF, de concorrer para o financiamento de seu próprio sistema previdenciário; outra, derivada dessa nova leitura dos arts. 194 e 195 da CF, de participar do financiamento da seguridade social como um todo, aí incluídas a saúde, a previdência e a assistência sociais. Ocorre que estes – os beneficiários da seguridade social – por força dos arts. 40 e 249 da CF, não contribuem para o sistema de previdência dos servidores, ou, dito de outra forma, as demais fontes de custeio enumeradas no art. 195 da CF não podem ser revertidas em favor da previdência dos funcionários públicos. Ou seja, a solidariedade assim interpretada revelar-se-ia, paradoxalmente, unilateral, egoísta e ingrata.

Além disso, essa novel leitura da solidariedade é rejeitada pelo legislador ordinário e pela jurisprudência – ambos também, nas suas esferas de atribuições, legítimos intérpretes da Constituição – na definição dos conceitos de ‘base de contribuição’ ou ‘salário-contribuição’.

A Lei (Nacional) nº 10.887/2004, que estipula a forma de cálculo dos “[...] proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações [...]”, estabelece, no seu art. 4º⁹⁴, que a contribuição

⁹⁴ “Art. 4º. A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será de 11% (onze por cento), incidente sobre a totalidade da base de contribuição. § 1º Entende-se como base de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual ou quaisquer outras vantagens, excluídas: I - as diárias para viagens; II - a ajuda de custo em razão de mudança de sede; III - a indenização de transporte; IV - o salário-família; V - o auxílio-alimentação; VI - o auxílio-creche; VII - as parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho; VIII - a parcela percebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança; e IX - o abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003. § 2º O servidor ocupante de cargo efetivo poderá optar pela inclusão na base de contribuição de parcelas remuneratórias percebidas em decorrência de local de trabalho, do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança, para efeito de cálculo do benefício a ser concedido com fundamento no art. 40 da Constituição Federal e art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, respeitada, em qualquer hipótese, a limitação estabelecida no § 2º do art. 40 da Constituição Federal”.

previdenciária deve incidir sobre todas as parcelas integrantes dos vencimentos do cargo, mais as vantagens pessoais do servidor, regra excepcionada no §1º do mesmo artigo, que exclui da base de cálculo as verbas que menciona, todas com uma característica em comum: não serem incorporáveis aos proventos da aposentadoria. O seguinte §2º diz mais, que o servidor pode contribuir também sobre parcelas originalmente não incorporáveis, para que estas também sejam consideradas no cálculo dos proventos.

Ou seja, o que o legislador está a dizer com isso é que a contribuição previdenciária deve incidir apenas sobre as parcelas dos vencimentos incorporáveis aos proventos de aposentadoria. Ou, por outro giro: que o equilíbrio atuarial vincula as contribuições e os benefícios previdenciários individuais, e não as contribuições e os benefícios da seguridade social de uma forma geral, refutando assim essa nova compreensão que se impôs ao “princípio da solidariedade”.

E mais, nas oportunidades em que o legislador infraconstitucional tentou violar esse equilíbrio atuarial, tencionando incluir na base de cálculo da contribuição previdenciária verbas não incorporáveis aos proventos, a jurisprudência não vacilou em repelir do ordenamento jurídico tais normas. Por todos, vejam-se, pelo STF, o AI-AgR 603537-DF, e pelo STJ, o REsp. 743941-DF, ambos decididos posteriormente ao julgamento da ADI 3105-DF, cujas ementas restaram assim redigidas:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INCIDENTE SOBRE O TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE. Somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária⁹⁵. Agravo regimental a que se nega provimento.

RECURSO ESPECIAL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SERVIDOR PÚBLICO - FUNÇÃO COMISSIONADA - NÃO-INCIDÊNCIA - PRECEDENTES. É firme a orientação deste Sodalício no sentido da inexigibilidade da contribuição previdenciária sobre os valores percebidos pelos servidores públicos a título de função comissionada. Se ao servidor inativo não assiste o direito à percepção dos valores auferidos a título de função comissionada durante o período laboral, não faz qualquer sentido o desconto da contribuição sobre tais verbas. Precedentes. Recurso especial provido.

Assim, tem-se que ao tempo da EC 020/1998 as contribuições previdenciárias tinham por objetivo a alimentação do fundo que financiaria os proventos do servidor após a sua jubilação. Ou seja: se as contribuições já houvessem atingido, antes da

⁹⁵ Evidentemente, se as parcelas não são incorporáveis aos vencimentos do servidor ativo, também não podem ser agregadas aos seus proventos quando na inatividade.

vigência da EC 041/2003, o objetivo para o qual instituídas – a aposentadoria – não haveria por quê continuarem a incidir, após a inativação, sobre os proventos dos servidores.

De todo o exposto, pode-se refutar a solidariedade, tal como indefinidamente concebida, por exemplo, nos votos (vencedores), na ADI 3105-DF, dos Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim (segundo voto), para concluir que ela – a solidariedade – no custeio do sistema previdenciário dos servidores públicos, em consideração à existência de direitos adquiridos sob a égide da EC 20/1998, significa o seu financiamento pelos servidores ativos e pelos respectivos entes estatais (art. 40 da CF) e, em caso de insuficiência financeira, também pela sociedade em geral, por meio da constituição, por parte do Poder Público, “[...] de fundos integrados pelos recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza” (art. 249 da CF).

Dito de outra forma: o sistema da seguridade social sempre foi solidário, mesmo antes da EC 041/2003 (ADI 3105-DF, 2005, p. 179 e 431-432), e nem por isso essa mesma solidariedade, que ora se invoca, legitimou, ao tempo da EC 020/1998, a instituição de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores inativos. O que de novo há, em termos de solidariedade, é a da previdência pública – art. 40 da CF, que, na forma do parágrafo anterior, também não autoriza a pretendida tributação dos proventos dos servidores aposentados.

Afastada a primeira antítese às conclusões apresentadas, pode-se passar à seguinte, que diz respeito à inexistência de direito adquirido a regime jurídico, no caso, o regime jurídico constitucional previdenciário – que no sistema da EC 20/1998 contemplava a imunidade dos proventos dos servidores aposentados contra a incidência de contribuição previdenciária.

Essa afirmação parece vir carregada do (não tautológico) lugar comum “não existe direito adquirido a regime jurídico” – que desconsidera a plurivocidade da expressão ‘regime jurídico’ – e de sua inválida generalização “se algo não pode ser objeto de direito adquirido, então, automaticamente, pode ser modificado”.

Ocorre que, na hipótese dos servidores aposentados antes da entrada em vigor da EC 041/2003, a norma geral já houvera sido aplicada, produzindo a norma individual, em cujo conseqüente está o direito em sentido subjetivo, com a sua

regulação, com a sua estrutura de funcionamento, enfim, com seu regime jurídico, que será sim objeto do direito adquirido, afinal, aquele direito – decorrente da aposentadoria – não o por adquirir, mas o já adquirido – possui, também, o seu regime jurídico.

Afastadas as principais antíteses, relativas a: a) solidariedade como fator de descaracterização dos proventos como desenvolvimentos de direito adquirido com a aposentadoria e; b) “inexistência de direito adquirido ao regime jurídico previdenciário”, como possibilidade de alteração de situações já definitivamente constituídas, é possível reafirmar: c) a existência de direito adquirido a imunidade tributária relativa à contribuição previdenciária, direito obtido diretamente da CF – ou, em termos mais rigorosos, decorrente da incidência de normas de hierarquia constitucional – e titularizado pelos servidores públicos aposentados antes da EC 041/2003 e; d) que os proventos mensais são desenvolvimentos do direito adquirido e, por isso, partes integrantes dele, que portanto não podem ser submetidas à incidência de contribuição previdenciária sem injustificada violação de seu conteúdo.

Confirmada a existência do direito adquirido à imunidade tributária, imunidade proibitiva da incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de servidores aposentados sob a vigência da EC 020/1998, resta saber qual o grau de resistência ou de eficácia da sua garantia: se suporta apenas o confronto com normas ulteriores infraconstitucionais, ou se resiste inclusive à ação de normas constitucionais, e, nesta hipótese, se a garantia se restringe às derivadas, no caso, as veiculadas pela EC 041/2003, ou se estende inclusive às originárias.

3 DIREITO ADQUIRIDO: EM BUSCA DE UMA GARANTIA

Um dos objetivos do capítulo anterior foi o de deslindar as fronteiras do conteúdo material do direito adquirido. Para tanto, foi suficiente a prévia demonstração da ocorrência de um conflito temporal entre normas jurídicas, no caso, normas relativas à (im)possibilidade de incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de servidores públicos aposentados.

Diferentemente do exame do seu conteúdo, a investigação acerca da garantia do direito adquirido exige mais do que a demonstração da ocorrência de um conflito temporal entre normas jurídicas; demanda, também, a resolução desse conflito, encruzilhada da qual, segundo Lourival Vilanova (1997, p. 125), não se escapa a partir das próprias normas confrontantes, mas, sim, a partir de uma terceira. Nas palavras do autor (1997, p. 125): “Se as normas pertencessem a um só sistema normativo, ele, o sistema, através de uma norma geral, ou mediante norma decisória jurisprudencial, forneceria o critério de escolha das duas normas colidentes, ou coincidentes sobre o dado fáctico”. Ou por outro giro (1997, p. 128): “qual das possíveis normas incidentes será a norma aplicável? Não as normas mesmas, mas uma sobrenorma dirá como optar, qual o critério de escolha”.

Essa terceira norma, no caso, é o princípio da irretroatividade⁹⁶, que, anteriormente colocado entre parênteses, deve ser agora retomado. É que a irretroatividade representa uma das alternativas para o conflito de normas no tempo, e, portanto, deve ser analisada aqui, no capítulo relativo à garantia (contra a retroatividade) do direito adquirido.

A primeira dificuldade se apresenta ao exame da palavra ‘irretroatividade’, vocábulo ambíguo e vago, vícios lingüísticos que prejudicam-lhe a compreensão e que não podem ser superados senão por meio das estratégias descritas no primeiro capítulo.

⁹⁶ Para Caio Mário da Silva Pereira (2005, p. 140), “[...] o princípio da não-retroatividade das leis é o ponto de partida para a fixação dos conceitos fundamentais de direito intertemporal [...]”. De acordo com Geovany Cardoso Jeveaux (2003, p. 104), “[...] durante toda a Antigüidade o tema dos direitos adquiridos esteve atrelado ao conceito de irretroatividade da lei, e talvez por isso uma teoria mais sistemática não tenha sido levada a efeito pelos autores [...]”. No mesmo sentido se posiciona José Augusto Delgado (1999, p. 18), para quem: “[...] o exame do conceito de direito adquirido, através dos tempos, não pode ser levado a efeito sem se focar o seu relacionamento com a teoria da irretroatividade da lei [...]”.

Já foi dito que, diante de um conflito temporal, nem sempre se aplica a norma mais antiga, e nem sempre a mais recente; a resposta dependerá das circunstâncias do confronto, que, no caso na ADI 3105-DF, possui uma particularidade que deve desde já ser realçada: a presença, conforme concluído no capítulo anterior, de um direito adquirido. Assim, se vigora no direito positivo brasileiro um princípio da irretroatividade, essa irretroatividade não é absoluta e tolera alguma retroatividade. Por isso, o propósito inicial deste capítulo é o de definir o conceito normativo de ‘irretroatividade’, esclarecendo-se também os limites da retroatividade tolerada. Dito de outro modo: objetiva-se, neste ponto, construir aquela terceira norma, a norma de resolução de conflitos temporais entre normas jurídicas (N3). Convém adiantar – sem ainda, contudo, esgotar o assunto – que, quando está envolvido no conflito um direito adquirido – e este é o caso da ADI 3105-DF, o assim chamado ‘princípio da irretroatividade’ costuma ser denominado também ‘princípio do direito adquirido’⁹⁷, em alusão à norma de garantia – contra a retroatividade – do instituto jurídico em comento.

Para que esse desiderato seja alcançado, será necessário verificar como esse princípio da irretroatividade se comporta na presença de um direito adquirido e, reflexamente, quais as conseqüências de sua aplicação para o direito adquirido contemplado, tomando-se por base, principalmente⁹⁸, o inc. XXXVI do art. 5º da CF:

⁹⁷ No julgamento da ADI 3105-DF, o primeiro voto no qual efetivamente se usa a referida nomenclatura – ‘princípio do direito adquirido’ – é o do Ministro Joaquim Barbosa (ADI 3105-DF, 2005, p. 168): “Constato, por outro lado, que a tese sustentada na ação direta omite o fato de que o princípio dos direitos adquiridos, do mesmo modo que outros princípios constitucionais, admite ponderação ou confrontação com outros valores igualmente protegidos pela nossa Constituição”. Aliás, sublinhando o caráter supostamente relativo da garantia do direito adquirido, o Ministro Joaquim Barbosa, em citação de Daniel Sarmento, suscita questão de grande interesse histórico, concernente à abolição da escravatura no Brasil: “a história brasileira também ilustra a necessidade de rejeitar-se uma visão absolutista do direito adquirido. Basta recordar a abolição da escravatura, realizada sob a égide da Constituição de 1824, que previa o princípio da irretroatividade da lei. Por mais importante que seja a garantia do direito adquirido, ninguém com um mínimo senso ético defenderia a validade da sua invocação pelos senhores de escravos diante da lei emancipadora”. Por ora, cabe apenas registrar a réplica do Ministro Carlos Britto (ADI 3105-DF, 2005, p. 190-191) esgrimindo aquilo a que Raul Machado Horta (2002, p. 211) denomina ‘plasticidade da Constituição’, réplica – adiante transcrita – admitida e elogiada do Ministro Sepúlveda Pertence (ADI 3105-DF, 2005, p. 191): “Para concluir, é preciso que a gente volte a falar, ainda que rapidamente, da questão da escravidão [...] abolida no Século XIX, à luz da Carta de 1824 [...]. A Constituição de 1824 não fazia do direito adquirido uma figura jurídica autônoma, cumprindo essa função de bloqueio de qualquer legislação. Não havia a figura do direito adquirido como garantia genérica. Porém, ao falar dos escravos, a Constituição o fez por forma oblíqua, dissimulada, disse que somente eram cidadãos com direito a votar os libertos. Ora, mas ao prever isso sem dizer o que significava liberto, remeteu para a lei a disciplina de abolir a escravidão e tornar o escravo livre [...]”.

⁹⁸ Além do inc. XXXVI do art. 5º da CF, serão enfocados também: a) o *caput* do art. 17 dos ADCT – “Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de

“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, devendo-se considerar, ainda, as seguintes variáveis: a) o citado dispositivo constitucional refere-se a ‘lei’; b) consta da redação original da CF e; c) é direito fundamental e cláusula pétrea; d) além disso, o conflito em exame na ADI 3105-DF envolve normas veiculadas por emendas à Constituição e; e) entre todas essas espécies normativas existe uma relação hierárquica. Por essas razões, a garantia do direito adquirido deverá ser testada relativamente a normas jurídicas conflitantes de diferentes níveis hierárquicos, a saber: as normas constitucionais decorrentes do poder constituinte; as normas constitucionais derivadas do poder reformador⁹⁹ e; as normas veiculadas por meio das leis.

No caso da ADI 3105-DF, há de se considerar a existência de duas normas jurídicas, temporalmente conflitantes, e de nível hierárquico constitucional derivado: a) a mais antiga (N1), proibitiva da incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria, instituidora de uma imunidade tributária que se tornou, concluiu-se no capítulo anterior, objeto de direito adquirido por parte dos servidores públicos jubilados segundo o sistema da EC 020/1998 e; b) a mais recente (N2), impositiva da incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos da inatividade de servidores públicos, mesmo daqueles aposentados antes da entrada em vigor da emenda constitucional que a veiculou, a EC 041/2003.

Pois bem, postas as normas conflitantes (N1 e N2), e de posse da norma de resolução de conflitos temporais entre normas jurídicas (N3), chega-se ao derradeiro e complexo – por admitir desdobramentos – objetivo do capítulo e da dissertação: resolver, enfim, o confronto, respondendo se N3 aponta para a aplicação de N1, prestigiando assim o direito adquirido à imunidade tributária; ou se N3 indica a aplicação de N2, recusando ultra-atividade a N1 e, em consequência, revogando o direito adquirido por ela estabelecido.

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”; b) o inc. IV do § 4º do art. 60 da CF – “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais” e; c) o *caput* do art. 6º da LICC – “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

⁹⁹ A terminologia ‘poder constituinte’ e ‘poder reformador’ será preferida a, respectivamente, ‘poder constituinte originário’ e ‘poder constituinte derivado’, de acordo com a observação de Ivo Dantas (2004, p. 7): “Assim, em nosso entender, ou estamos diante de um Poder Constituinte (necessariamente originário e juridicamente ilimitado), ou estamos diante de um Poder Constituído de Reforma (necessariamente derivado e juridicamente vinculado)”.

O desdobramento possível desse último objetivo reside na distinção entre princípios e regras sugerida pelo Min. Joaquim Barbosa (ADI 3105-DF, 2005, p. 165-169): a aplicabilidade de N1 ou de N2, como visto, é determinada por N3. Se, por um lado, N3, malgrado seu título – ‘princípio da irretroatividade ou do direito adquirido’, for uma norma-regra, então o conflito se resolve definitivamente pela leitura de seu conteúdo mandamental¹⁰⁰. Se, por outro lado, N3 for mesmo uma norma-princípio, então a solução por ela preconizada pode deixar de ser aplicada ao caso concreto, cedendo passo à alternativa oposta, em função das peculiaridades da colisão em exame, no caso da ADI 3105-DF, a colisão entre o princípio do direito adquirido e o princípio da solidariedade.

3.1 O PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE E O PRINCÍPIO DO DIREITO ADQUIRIDO

Já foi dito que o princípio da irretroatividade não é absoluto e tolera alguma retroatividade. Agora, a extensão dessa tolerância varia segundo os autores que sobre ele – princípio da irretroatividade – discorrem e, principalmente, de acordo com a escola à qual esses autores se filiam: a objetivista ou a subjetivista.

Frise-se, então: ‘retroatividade’ e ‘irretroatividade’ são palavras utilizadas com significações diferentes em contextos distintos, interessando particularmente verificar-lhes os usos conforme os jogos lingüísticos normativos das teorias objetivistas e das subjetivistas.

Podem-se colher, apenas do voto do Ministro Eros Grau – em citações de diversos autores, os seguintes excertos: a) “[...] no Brasil, sob a égide da Constituição de 1.988, a lei é, em princípio, retroativa” (ADI 3105-DF, 2005, p. 255); b) “[...] é pelo reconhecimento da existência ou inexistência de direito adquirido que se conclui pelo efeito retroativo ou não retroativo de uma lei nova” (ADI 3105-DF, 2005, p. 255); c) “Fala-se em retroatividade justa e injusta [...]: o limite da aplicação da lei nova é o

¹⁰⁰ Considerando-se a ADI 3105-DF, pode-se antecipar – sem prejuízo de adiante retornar ao ponto, que: a) não é possível abrir uma exceção à incidência da norma de garantia do direito adquirido, porque a existência do direito adquirido à imunidade tributária restou inegavelmente confirmada, conforme capítulo anterior, e; b) não é possível declarar a invalidade da norma de garantia do direito adquirido, por ser ela originariamente constitucional.

direito adquirido” (ADI 3105-DF, 2005, p. 255); d) “Por isso mesmo [...] ‘há autores que nem chamam retroatividade à retroprojeção da lei sem ofensa do direito adquirido, vale dizer, a retroatividade justa” (ADI 3105-DF, 2005, p. 256) e; e) “[...] nas hipóteses de retroatividade média e retroatividade mínima não haveria retroatividade” (ADI 3105-DF, 2005, p. 256)”. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1997, p. 6) esclarece que a classificação da retroatividade quanto a sua intensidade – a que alude o Ministro Eros Grau – é de Matos Peixoto, e que: a) a retroatividade máxima “[...] restitui as partes ao *statu quo ante*”; b) a média se verifica quando “[...] a lei nova atinge os efeitos pendentes de atos jurídicos verificados antes dela” e; c) a mínima ocorre se “[...] a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data que ela entra em vigor”.

Essa miríade de usos sugere uma confusão entre elementos das teorias objetivistas e subjetivistas, e o conseqüente emprego ambíguo da palavra ‘retroatividade’, utilizada simultaneamente como contraparte semântica do: a) efeito imediato e; b) respeito ao direito adquirido. Ainda que os resultados de ambas as teorias parcialmente se superponham, é preciso distinguir: para as doutrinas objetivistas, a retroatividade opõe-se ao efeito imediato; para as subjetivistas, ao respeito ou à garantia do direito adquirido¹⁰¹.

¹⁰¹ João Baptista Machado (1994, p. 223-226) demonstra que os problemas relativos ao conflito de normas no tempo guardam estreita relação não só com a filosofia jurídica, como também com a filosofia política. Neste sentido, explica que cabem “[...] ao direito duas funções diferentes, tendencialmente antinômicas: uma função estabilizadora, capaz de garantir a continuidade da vida social e os direitos e expectativas legítimas das pessoas, e uma função dinamizadora e modeladora, capaz de ajustar a ordem estabelecida à evolução social e de promover mesmo esta evolução num determinado sentido”: o primeiro aspecto relaciona-se à irretroatividade; o segundo, à retroatividade. Acrescenta ainda o autor que os conflitos normativos intertemporais são historicamente recentes e mesmo atuais, e exemplifica que antes da revolução francesa, no *ancién régime*, o direito, “[...] de base essencialmente consuetudinária, tinha caráter predominantemente estático. Pelo que o problema da retroactividade não se punha com a mesma acuidade que hoje. E mesmo quando eram publicadas novas leis ou ordenações [...], não se considerava a retroactividade da lei inovadora como um facto particularmente censurável, por isso que ela aparecia suficientemente justificada pelos poderes absolutos, de origem divina, do monarca”. Prossegue o autor aduzindo que a questão se pôs de modo enfático nas revoluções e, em particular, na revolução francesa, quando, num primeiro momento, o direito revolucionário se fez retroativo para a restauração do direito natural, “de essência superior, [que por isso] não tinha que respeitar aos factos passados ou as situações que se tinham constituído à sombra de leis antigas que representavam desvios àquele Direito [o natural] e eram, como tais, ilegítimas”. Já num segundo momento, surge a preocupação com a manutenção do *status* político consolidado com o êxito da revolução liberal de 1789, de modo que a idéia da não-retroatividade se mostrou particularmente útil na proteção do direito revolucionário. Este, então, ao mesmo tempo, retroativo em relação ao direito do *ancién régime*, e imune à retroatividade de um possível (e indesejado) direito posterior, decorrente de outra ordem política. Com essas considerações, com os sentimentos suscitados nos defensores dos direitos antigo e revolucionário – antagonismo ainda hoje existente em oposições como as que se dão entre “direita” e “esquerda”, “situação” e “oposição” etc – revela-se a intensa carga emotiva das palavras ‘irretroatividade’ e

No caso da ADI 3105-DF e de seu objeto, o art. 4º da EC 041/2003, esses vícios lingüísticos se manifestam assim: a contribuição previdenciária instituída pela citada emenda constitucional não incidiu antes de sua entrada em vigor; colheu apenas os *facta pendentia* a ela posteriores e os *facta futura* e, tomando-se em consideração unicamente esse aspecto, o seu efeito é imediato, e não retroativo. Todavia, se se reconhece que os mencionados *facta pendentia* posteriores contêm um direito adquirido, cuja causa normativa última é o ato jurídico perfeito da aposentadoria, aperfeiçoado sob o pálio da EC 020/1998, então o *caput* do art. 4º da EC 041/2003 é retroativo.

Ora, não faz sentido discutir se uma norma é ou não retroativa sem que haja acordo sobre o significado da expressão ‘retroatividade’, concordância que não se verifica no julgamento da ADI 3105-DF, nem entre os votos dos diversos julgadores, nem, em alguns casos – conforme já exposto, no interior de cada voto individualmente considerado. Por isso, melhor é fugir dessa disputa e resolver o problema perguntando, simplesmente, ao princípio do direito adquirido, se é legítima a supressão de direitos adquiridos ao tempo da EC 020/1998¹⁰² promovida pela incidência do *caput* do art. 4º da EC 041/2003.

Quatro são os enunciados dos quais se deve partir para uma investigação normativa acerca da garantia do direito adquirido: a) o art. 5º, inc. XXXVI, da CF – “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”; b) o *caput* do art. 17 dos ADCT – “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”; c) o inc. IV do § 4º do art. 60 da CF – “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]; IV - os direitos e garantias individuais” e; d) o *caput* do art. 6º da LICC – “A Lei em vigor terá

‘retroatividade’, dado importante para a compreensão das dificuldades inerentes aos conceitos em exame.

¹⁰² O que, de resto, está relacionado com o conceito de ‘retroatividade’ em sentido subjetivista, que evidentemente não é aquele que se contém *caput* do art. 6º da LICC: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”¹⁰³.

Inicialmente, verifica-se a já mencionada simbiose entre elementos oriundos das teorias subjetivistas – respeito ao direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF), e das objetivistas – efeito imediato e geral (art. 6º da LICC). Rubens Limongi França (1968, p. 420-426) refuta qualquer suposta incompatibilidade, quanto aos resultados, entre um e outro, ao argumento de que apenas o primeiro é mais amplo que o segundo: de ordinário, a lei nova aplica-se aos *facta futura* e aos *facta pendentia* posteriores a sua edição, isto é, com efeitos imediatos; extraordinariamente, aos *facta praeterita* e aos *facta pendentia* a ela anteriores, ou seja, de modo retroativo (no sentido objetivista de Roubier), desde que com isso não se prejudiquem direitos adquiridos. Com efeito, não há outra interpretação possível, uma vez que assim se harmoniza o que decorrente de lei – o efeito imediato, e o que derivado diretamente do texto constitucional – a permissão de retroatividade (objetivista), sem prejuízo de direito adquirido.

Da leitura dos dispositivos invocados, pode-se concluir que a lei nova pode incidir sobre fatos a ela posteriores ou anteriores, desde que, em qualquer caso, não sejam prejudicados direitos adquiridos.

Esses são os pontos de certeza, que podem ser colhidos diretamente dos dispositivos normativos em exame.

Ocorre que esses pontos de certeza referem-se expressamente às leis – espécie normativa de hierarquia ordinária, e, literalmente, nada revelam sobre a solução de conflitos temporais entre normas constitucionais, justamente a espécie de conflito que se verifica no caso da ADI 3105-DF.

Por isso, deve ser investigado, a partir de agora, o seguinte ponto de incerteza: as normas veiculadas por meio das leis não podem ofender direitos adquiridos, exprime o art. 5º, inc. XXXVI, da CF. Mas, se as mesmas normas fossem veiculadas pela Constituição, uma tal ofensa seria legítima?

¹⁰³ Doravante não mais serão feitas referências ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, posto que irrelevantes para o desenvolvimento da avaliação do acórdão proferido ao fim do julgamento da ADI 3105-DF.

Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que ‘constituição’ é uma palavra ambígua, entre outras razões¹⁰⁴ porque os enunciados que a compõem podem ter duas origens: a) a CF tal como originariamente posta pela Assembléia Nacional Constituinte em 1988 e; b) as emendas à Constituição.

Quanto à primeira alternativa, relativa à possibilidade de incidência de normas genuinamente constitucionais em prejuízo do direito adquirido, não há controvérsia.

As normas genuinamente constitucionais decorrem do poder constituinte, que, por ser originário, não se submete a qualquer limitação de caráter jurídico-positivo. Entre seus predicados estão, anota Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1997, p. 2-3), a inicialidade, a incondicionalidade, e a ilimitação. Ele, o poder constituinte, é: a) inicial, porque instaura uma nova ordem jurídica, não havendo nada que lhe seja anterior; b) incondicional, pois não tem forma ou condição preestabelecida para sua manifestação e; c) ilimitado, porquanto não encontra quaisquer limites, uma vez que inicia a ordem jurídica.

Assim: a) se o direito adquirido é um óbice de ordem jurídica à incidência de normas a ele ulteriores, mas; b) se as normas originalmente constitucionais, porque oriundas do poder constituinte, não se detêm diante de nenhum obstáculo de caráter jurídico; c) logo, as normas originalmente constitucionais podem revogar direitos adquiridos¹⁰⁵.

Interessante notar que aqueles atributos do poder constituinte – inicialidade, incondicionalidade e ilimitação, demonstram que seu conceito está além dos limites externos da linguagem normativa, para a qual é imprescindível a idéia de ‘competência’.

¹⁰⁴ As “fontes” – em sentido amplo – das normas constitucionais podem ser estudadas por outros aspectos além da dualidade poder constituinte / poder constituído. Entretanto, como esse foi seu único ângulo levantado no julgamento da ADI 3105-DF (2005, p. 135-137, 151-152, 157-158, 298, 328-329, 373-378), e, além disso, é suficiente para o esclarecimento do ponto de incerteza em exame, a análise a ele se restringirá.

¹⁰⁵ Desde que o façam inequivocamente, assim como o art. 17 dos ADCT: “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”. No mesmo sentido, Luis Roberto Barroso (1997, p. 40) assevera que “Não obstante isso, mesmo na interpretação da vontade constitucional originária, a irretroatividade há de ser a regra, e a retroatividade a exceção [...]. E mais: não há retroatividade tácita. Um preceito constitucional pode retroagir, mas deverá haver texto expresso neste sentido”.

Desde uma perspectiva dinâmica, o ordenamento jurídico caracteriza-se, segundo Hans Kelsen (2005, p. 165), pelo estabelecimento de

[...] certa autoridade, a qual, por sua vez, tende a conferir o poder de criar normas a outras autoridades. As normas de um sistema dinâmico têm de ser criadas através de atos de vontade pelos indivíduos que foram autorizados a criar normas por alguma norma superior.

E o resultado dessa autorização para produzir normas jurídicas corresponde àquilo que ele, Hans Kelsen (2006, p. 166), denomina ‘competência’.

Pois bem, para Genaro R. Carrió (2001, p. 49),

O conceito de “competência” funciona informativamente dentro de uma ordem normativa cuja existência é pressuposta ao afirmar que alguém tem uma competência. Ademais, esse conceito funciona informativamente em contraste, por assim dizer, com um pano de fundo de incompetências. Toda competência deriva de uma regra ou conjunto de regras que ao conferir a competência excluem, ao mesmo tempo, aquelas coisas para as que não se outorga a competência. A idéia de competência sem regras das quais derive é algo assim como a de um filho sem pais [...] ¹⁰⁶.

Portanto, o conceito de ‘poder constituinte’ – inicial, incondicional, ilimitado, e que não decorre de nenhuma norma ou ordem jurídica anterior – está além dos limites externos da linguagem normativa ¹⁰⁷, o que explica essa sua potência desconstitutiva de toda a ordem jurídica anterior, inclusive dos direitos então adquiridos, ou, ao reverso, a impotência dessa mesma ordem jurídica para impor-lhe limites, por falta, inclusive, de linguagem “competente” – que funcione a sério e com eficácia, sem constituir sem-sentidos, dentro do esquema adrede descrito.

O mesmo já não ocorre quanto à segunda alternativa, relativa à possibilidade de prejuízo do direito adquirido pela ação de normas veiculadas por emendas constitucionais.

É que, além de originário, o poder constituinte, por definição, não admite rivalidade. Ou se tem uma revolução (em sentido amplo) e uma sua nova manifestação, ou apenas uma tentativa fracassada de mudança na cena política. Por isso é que qualquer poder jurídico que com ele coexista é por ele autorizado, é dele derivado, e por ele limitado e condicionado.

¹⁰⁶ Tradução livre do original: “El concepto de ‘competencia’ funciona informativamente dentro de un orden normativo cuya existencia es presupuesta al afirmar que alguien tiene una competencia. Además, ese concepto funciona informativamente em contraste, por decirlo así, con un trasfondo de incompetencias. Toda competencia deriva de una regla o conjunto de reglas que ao conferir la competencia excluyen, al mismo tiempo, aquellas cosas para las que no se otorga competencia. La idea de una competencia sin relgas de las que derive es algo así como la de un hijo sin padres [...]”.

¹⁰⁷ É, sim, típico do jogo lingüístico das teorias políticas.

Nessa linha, porque o fundamento das normas originalmente constitucionais é juridicamente incontrastável, a resposta sobre se elas podem ser aplicadas em prejuízo de direitos adquiridos teve de ser procurada nas propriedades de sua “fonte”, o poder constituinte. Ao revés, como o fundamento das normas constitucionais derivadas – o poder reformador – é juridicamente contrastável, a resposta sobre a possibilidade de sua aplicação em prejuízo do direito adquirido deve ser procurada no interior do direito positivo¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Apesar disso, o Min. Joaquim Brabosa (ADI 3105-DF, 2005, p. 164-167), para justificar seu voto – pela constitucionalidade do *caput* do art. 4º da EC 041/2003, recorreu também a argumentos de ordem política, notadamente o do choque e o da autonomia entre gerações. Para ele (ADI 3105-DF, 2005, p. 165), a garantia do direito adquirido é, sim, uma cláusula pétrea, mas a “[...] aplicação irrefletida da teoria das cláusulas pétreas em uma sociedade com as características da nossa [...]” é conservadora, antidemocrática, não razoável, oportunista e utilitarista. Do ponto de vista do conflito de gerações, interessam principalmente aqueles dois primeiros predicados: ‘conservadora’ e ‘antidemocrática’. A teoria das cláusulas pétreas seria conservadora por ter “[...] como consequência a perpetuação da nossa desigualdade [...]”, e antidemocrática porque “[...] visa a impedir que o povo, por intermédio de seus representantes legitimamente eleitos, promova de tempos em tempos as correções de rumo necessárias à eliminação paulatina das distorções, dos incríveis e inaceitáveis privilégios que todos conhecemos. O povo tem, sim, o direito de definir o seu futuro, diretamente ou por meio de representantes ungidos com o voto popular” (ADI 3105-DF, 2005, p. 165-166). As armas contra esse conservadorismo e esse antidemocratismo, prossegue o magistrado (ADI 3105-DF, 2005, p. 166), são, no “constitucionalismo moderno”, os procedimentos de emenda constitucional e de jurisdição constitucional, sem os quais “[...] a falta de sincronização entre a Constituição e a realidade social [...] [tende a criar] um choque de gerações, que pode até mesmo conduzir à esclerose do texto constitucional e do pacto político que ele materializa”. Esse choque de gerações se apresentaria da seguinte forma, diz o magistrado em citação de José Joaquim Gomes Canotilho (ADI 3105-DF, 2005, p. 166-167): “será defensável vincular gerações futuras a idéias de legitimação e a projetos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte? Por outras palavras, que se colheram nos Writings de Thomas Jefferson: ‘uma geração de homens tem o direito de vincular outra?’ A resposta tem de tomar em consideração a evidência de que nenhuma constituição pode conter a vida ou parar o vento com as mãos. Nenhuma lei constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos, e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa”. O recurso ao argumento do conflito de gerações para esclarecer o ponto de incerteza em exame – possibilidade de incidência de normas constitucionais derivadas em prejuízo do direito adquirido – é inaceitável. Primeiro, porque a resposta que se busca é jurídica e há uma teoria jurídica a respeito do tema, não sendo o caso de se recorrer a uma teoria política. Segundo, porque, como asseverou o Min. Carlos Britto (ADI 3105-DF, 2005, p. 189), “[...] se a geração atual entende que essa Constituição já se esclerosou, [...] o que impede essa nova geração de pugnar por uma nova Constituição? Mas, enquanto a Constituição permanecer, tem que ser respeitada sem que haja, no interior dela, essa fricção geracional preocupante”. E terceiro, como percebeu Geovany Cardoso Jevaux (2006, p. 82), “o argumento da autonomia entre gerações é contraditório” e conduz ao paradoxo da democracia, “[...] segundo o qual cada geração se julga suficientemente livre da geração passada, no sentido de não respeitar as decisões anteriores para si, porém com poder suficiente para vincular as gerações futuras com as suas próprias decisões”. E prossegue, para ao final concluir, Geovany Cardoso Jevaux (2006, p. 83): “Algo equivalente já havia sido adiantado por Locke, ao admitir uma exceção à regra de autonomia entre as gerações, porque, se as gerações futuras se pretendem herdeiras da propriedade das gerações passadas, se segue que devem proteger o ato constituinte passado, produto da geração primaz, de qualquer ação deletéria do direito de propriedade pelo poder de revisão futuro, exercido pela nova geração. Do contrário, a geração nova, que se pretende libertária e autônoma, não terá direito legítimo a limitar as próximas gerações. Se o resultado histórico das constituições modernas continua sendo a proteção da propriedade e de seu direito de herança como limite ao Estado e ao poder de reforma, conclui-se

Essa investigação, circunscrita ao sistema do direito positivo, será guiada, principalmente, pela leitura de dois autores que travaram acirrada porfia acerca do ponto em debate, polêmica em que os argumentos, num e noutro sentido, foram levados ao máximo desenvolvimento. De um lado, defendendo que a garantia do direito adquirido não resiste à força normativa das emendas, Paulo Modesto (1999, p. 79-94). Do outro lado, sustentando que a garantia dos direitos adquiridos os protege inclusive contra as emendas, Carlos Britto (2006)¹⁰⁹.

As teses de Paulo Modesto (1999, p. 83-84) são, em síntese, as seguintes: a) que a garantia dos direitos adquiridos não os protege contra a incidência de normas veiculadas por emendas à Constituição, pela simples razão de que o inc. XXXVI do art. 5º da CF¹¹⁰ se refere às leis, leis em sentido formal, e não às emendas e; b) que os direitos adquiridos não são cláusulas pétreas, mas sim a sua garantia, prevista no art. 5º, inc. XXXVI da CF, que, por isso mesmo, “[...] não pode ser suprimida do estatuto constitucional mediante o exercício do poder de emenda”¹¹¹.

Em suporte a esses seus pontos de vista, Paulo Modesto (1999, p. 86-90) invoca vários julgados, anteriores e posteriores à Constituição de 1988.

Por um lado, cabe lembrar que no sistema constitucional pretérito – a EC nº 01, de 17/10/1969 – o direito adquirido já era garantido contra a eficácia de lei posterior¹¹², mas essa sua garantia, diferentemente do que estabelecido pela vigente Constituição, não era então considerada uma cláusula pétrea¹¹³, não era protegida

que o argumento da autonomia entre gerações é falacioso, ou que conduz ao paradoxo da democracia”.

¹⁰⁹ Importante registrar que Carlos Britto, em parceria com Valmir Pontes Filho, dedicou um artigo (BRITTO; PONTES FILHO, 1999, p. 75-80) exclusivamente a contestar a posição de Paulo Modesto acerca da possibilidade de oposição de direitos adquiridos às emendas constitucionais. Não será este seu artigo, contudo, a base das antíteses a Paulo Modesto, mas sim a sua “Teoria da Constituição” (BRITTO, 2006), obra em que o ponto em questão foi estudado de forma exaustiva.

¹¹⁰ “Art. 5º [...] XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

¹¹¹ No processamento da ADI 3105-DF esses argumentos, especialmente o primeiro, foram esgrimidos, na defesa da constitucionalidade do *caput* do art. 4º da EC 041/2003, pela AGU (ADI 3105-DF, 2005, p. 130), em passagem já transcrita na introdução à dissertação, e pelo Ministro Joaquim Barbosa (ADI 3105-DF, 2005, p. 169): “[...] o art. 5º, XXXVI, da Constituição protege os direitos adquiridos contra iniciativas do legislador infraconstitucional, e não do constituinte derivado”.

¹¹² “Art. 153 [...] § 3º. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

¹¹³ Eram as seguintes, sob o sistema constitucional pretérito, as limitações ao poder reformador: “Art. 47. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]. § 1º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República. § 2º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sítio ou estado de emergência. § 3º No caso do item

contra emendas constitucionais tendentes a aboli-la. Por isso, dogmaticamente falando, a jurisprudência anterior a 1988 não se presta a dizer qualquer coisa sobre o atual regime de garantia dos direitos adquiridos.

No ponto, parece que Paulo Modesto, ao pretender impor à garantia do direito adquirido na vigente Constituição a mesma força que lhe emprestava a ordem constitucional anterior, incorreu naquilo que Luis Roberto Barroso (2001, p. 71) denomina ‘interpretação retrospectiva’:

Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.

Pelo outro lado, posteriores a 1998, dos sete acórdãos do STF por Paulo Modesto (1999, p. 88-89) selecionados: a) ADI 248-RJ; b) RE 157538-RJ; c) RE 140894-SP; d) ADI 493-DF; e) RE 140499-GO; f) RE 136926-DF e; g) RE 143812-GO, a exceção de um, nenhum dos demais se aplica à espécie em exame – oposição entre direitos adquiridos e normas constitucionais derivadas: ou se referem, da parte do paradigma constitucional de confronto, a normas originariamente constitucionais – itens ‘c’, ‘e’ e ‘g’; ou, além de se referirem a normas originalmente constitucionais, da parte do suposto direito adquirido, tratam de normas gerais e abstratas, que não veiculam direitos em sentido subjetivo estrito – itens ‘a’, ‘b’ e ‘f’. Apenas o item ‘d’¹¹⁴ guarda pertinência com aquilo que o autor pretendeu demonstrar: que sua garantia protege o direito adquirido contra as leis, mas não contra as emendas à Constituição¹¹⁵.

É verdade, admita-se, que a circunstância de Paulo Modesto (1999, p. 79-94) não se encontrar em tão numerosa companhia quanto acredita não constitui razão suficiente para repelir-lhe as teses, que deverão ser analisadas e cotejadas com as de Carlos Britto (2006).

I, a proposta deverá ter a assinatura de um terço dos membros da Câmara dos Deputados e um terço dos membros do Senado Federal”.

¹¹⁴ “[...] O disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva [...]” (MODESTO, 1999, p. 89).

¹¹⁵ O objetivo não é, aqui, analisar em profundidade cada um dos sete acórdãos do STF, posteriores a 1998, selecionados por Paulo Modesto; apenas demonstrar que, exceto um, eles nem mesmo se subsomem à situação em exame: direitos adquiridos em confronto com emenda constitucional posterior.

A primeira tese de Paulo Modesto (1999, p. 83-84) diz que a garantia dos direitos adquiridos não os protege contra a incidência de normas veiculadas por emendas à Constituição, pela simples razão de que o inc. XXXVI do art. 5º da CF¹¹⁶ se refere às leis, leis em sentido formal, e não às emendas. O autor é taxativo:

[...] o Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a última palavra em matéria de interpretação constitucional, entende que a palavra 'lei' no art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988, constante também de normas semelhantes de Constituições anteriores, vem empregada na Constituição em sentido formal, colhendo apenas o legislador infraconstitucional.

A réplica de Carlos Britto tenta demonstrar que, aceitando-se como verdadeira a tese de Paulo Modesto, dessa aceitação decorreriam “contradições grotescas”. A propósito, essa estratégia argumentativa consiste, na verdade, num recurso retórico denominado argumento *ab absurdo*, que fica caracterizado “[...] quando a demonstração conseqüente de uma proposição conduz a uma conclusão manifestamente inaceitável, o que nos obriga a reconhecer a ‘verdade’ da proposição oposta” (FERRAZ JR., 1994, p. 335-336). Eis a réplica de Carlos Britto (2006, p. 119):

[...] a nossa Constituição também mencionou só a lei, não a emenda, enquanto veículo de imposição de deveres de conteúdo positivo, ou negativo (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”). E a falta de menção às emendas significaria a imprestabilidade delas para obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa? A toda evidência, não! Diga-se o mesmo da norma constitucional que proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário “lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inciso XXXV), que, nem por silenciar quanto às emendas, está liberando qualquer delas para interditar o acesso de toda pessoa privada às instâncias judicantes, na matéria.

Aqui, rigorosamente, as teses de Paulo Modesto e de Carlos Britto não se contrapõem. Eles falam de coisas diferentes. O primeiro trata do uso da palavra ‘lei’ no inc. XXXVI do art. 5º da Constituição em vigor e em dispositivos equivalentes de constituições anteriores, por exemplo, no § 3º do art. 153 da EC nº 01, de 17/10/1969¹¹⁷. O segundo cuida igualmente do emprego do termo ‘lei’, mas não em dispositivos semelhantes de constituições diversas, e sim em dispositivos diversos da mesma constituição, a de 1988, por exemplo, os incs. II¹¹⁸, XXXV¹¹⁹ e XXXVI do art. 5º da CF.

¹¹⁶ “Art. 5º [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

¹¹⁷ “Art. 153 [...] § 3º A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

¹¹⁸ “Art. 5º [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Além de não serem contrapostos, os raciocínios também não são decisivos.

Paulo Modesto não demonstra aquilo que afirma: que a palavra 'lei' no inc. XXXVI do art. 5º da CF deve ser entendida formal e restritamente, denotando apenas a legislação infraconstitucional, excetuando-se do conceito a espécie normativa emenda à Constituição. Ele pretende comprovar essa sua tese fundamentando-se na jurisprudência do STF, anterior e posterior a 1988. Em relação aos acórdãos anteriores a 1998, verifica-se a já denunciada interpretação retrospectiva. Sobre os acórdãos posteriores a 1988, dos sete invocados, conforme já exposto, apenas um se aplica à espécie em causa: direitos adquiridos contra emendas constitucionais, não se podendo, com base unicamente nele, afiançar a correção da tese.

Carlos Britto se propõe a refutar a tese de Paulo Modesto demonstrando que dela decorreriam “conclusões grotescas”. Ocorre que as “conclusões grotescas” por ele apresentadas não são extraídas da tese de Paulo Modesto, mas sim de uma leitura equivocada dela, não sendo válido, pois, o esquema argumentativo *ab absurdo* proposto. Vale dizer: se não ficou comprovado que da tese de Paulo Modesto decorrem conclusões absurdas, em conseqüência, também não se demonstra o acerto da tese oposta, a de Carlos Britto.

Assim, persiste irresolvido o ponto de incerteza em exame, que se deve tentar esclarecer, então, a partir da segunda tese de Paulo Modesto, para a qual os direitos adquiridos não são cláusulas pétreas, mas sim a sua garantia, prevista no art. 5º, inc. XXXVI, da CF, que por isso mesmo “[...] não pode ser suprimida do estatuto constitucional mediante o exercício do poder de emenda”.

A réplica de Carlos Britto a esse argumento é irresistível. E rechaça, de uma só vez, as duas teses de Paulo Modesto. Nas suas palavras (2006, p. 113):

A norma do inciso XXXVI do art. 5º, sobre ser de eficácia completa e de aplicabilidade imediata ou não-diferida, implica dois raciocínios jurídicos: I – o primeiro, é de que ela é uma cláusula pétrea em si mesma, dado que faz parte da relação de direitos e garantias individuais. Logo, não admite revogação, ou sequer derrogação amesquinhadora, nem mesmo por emenda constitucional. Regra em si mesma objetivamente protegida contra a função legiferante do Estado; II – o segundo raciocínio traduz-se em que os direitos adquiridos [...] que vierem a ocorrer, a factualizar-se no processo de aplicação/criação do Direito Objetivo, gozarão igualmente de petrealidade, porém num sentido tópico ou pontual, porque restritamente subjetivo.

¹¹⁹ “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ou seja, não somente a norma de garantia do direito adquirido, mas também os direitos adquiridos individualmente considerados, ambos são cláusulas pétreas e, por isso, e também por força do inc. IV do § 4º do art. 60 da CF¹²⁰ – que proíbe o poder reformador até mesmo de deliberar sobre propostas de emendas tendentes a abolir cláusulas pétreas – nem um nem outro, direito adquirido e garantia, podem ser revogados por normas posteriores veiculadas por emendas à Constituição.

Outros autores de nomeada, pelas mesmas razões, comungam desse entendimento¹²¹, relevando destacar a opinião José Afonso da Silva, não propriamente por seus fundamentos, mas sim pelas conclusões que extrai da tese oposta, a propugnada por Paulo Modesto. Para ele, José Afonso da Silva (1998, p. 130-131),

Um tal argumento [...] vale como fraude à Constituição, porque eliminaria a garantia do direito mediante supressão do direito garantido. Se isso fosse possível, de nada adiantaria a proteção normativa de um direito, pois, precisamente quando esse direito se efetiva e se concretiza num titular, pode ser eliminado. É o mesmo que suprimir, a cada passo, a norma de garantia, por esvaziá-la de seu conteúdo jurídico: seu efeito prático¹²².

Organizando-se os resultados, acerca do princípio ou norma de garantia do direito adquirido, até agora obtidos, tem-se que: a garantia dos direitos adquiridos é eficaz contra a incidência de normas veiculadas por leis ou por emendas constitucionais, mas não contra as impostas por uma constituição nova¹²³.

¹²⁰ “Art. 60 [...] § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]; IV - os direitos e garantias individuais”

¹²¹ No mesmo sentido, de impossibilidade de prejuízo de direitos adquiridos por via da incidência de normas veiculadas por emendas à Constituição, veja-se, por exemplo, a opinião de Luis Roberto Barroso (1997, p. 39) – “É bem de ver que a regra do art. 5º, XXXVI, se dirige, primariamente, ao legislador, e reflexamente, aos órgãos judiciários e administrativos. Seu alcance atinge, também, o constituinte derivado, haja vista que a não-retroação, nas hipóteses constitucionais, configura direito individual, que, como tal, é protegido pelas limitações materiais do art. 60, § 4º, IV. Disto resulta que as emendas constitucionais, tanto quanto as leis infraconstitucionais, não podem malferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

¹²² No julgamento da ADI 3105-DF no mesmo sentido se manifestou a PGR, conforme se depreende da leitura do seguinte trecho do relatório da Min. Ellen Gracie (ADI 3105-DF, 2005, p. 131-132): “Refuta o Ministério Público Federal a alegação de que a Constituição proibiria a edição de emenda tendente a abolir a previsão geral e abstrata de proteção ao direito adquirido, contida no rol dos direitos e garantias individuais, mas permitiria a supressão destes mesmos direitos individualmente considerados. Defende ser ‘totalmente desprovida de consistência a interpretação atribuída ao preceito em análise’, pois, ‘sem a proteção dos direitos singularmente considerados, o preceito constitucional restaria inócuo e sem aplicação’. E questiona, conclusivamente, a utilidade de proteção genérica dos direitos adquiridos ‘se o conteúdo de cada direito adquirido, individualmente considerado, pudesse ser diretamente atingido por emendas ao texto constitucional’”.

¹²³ Note-se que o ponto de incerteza foi resolvido no plano sintático, puramente formal, considerando-se tão somente o nível hierárquico das espécies normativas conflitantes, pouco importando seu conteúdo semântico, o que, de resto, é o que determina o inc. XXXVI do art. 5º da CF: “a lei não

Já é possível, a esta altura, no contexto da ADI 3105-DF, e de acordo com a estrutura sintática das normas jurídicas proposta no capítulo anterior¹²⁴, construir a norma de garantia do direito adquirido (N3). Se N3 tiver por antecedente o reconhecimento de um direito adquirido, no caso, direito à imunidade tributária relativa à incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de servidores públicos, a consequência jurídica será a inconstitucionalidade¹²⁵ de qualquer norma que prejudique tal direito adquirido, seja ela veiculada por lei ou por emenda constitucional.

3.2 AINDA O “PRINCÍPIO” DO DIREITO ADQUIRIDO

Esclareceu-se, no tópico anterior, o ponto de incerteza relativo ao alcance da norma de garantia do direito adquirido (N3), norma também conhecida por princípio do direito adquirido¹²⁶. Ocorre que, no julgamento da ADI 3105-DF, o Min. Joaquim Barbosa colocou em cheque a incidência de tal norma, não por não ser ela aplicável ao caso, mas, antes, por possuir características próprias das normas do tipo ‘princípio’ e, em colisão com outra norma de igual espécie – o princípio da solidariedade, dever ceder-lhe a vez:

Constato, por outro lado, que a tese sustentada na ação direta omite o fato de que o princípio dos direitos adquiridos, do mesmo modo que outros princípios constitucionais, admite ponderação ou confrontação com outros

prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Aqui, se a Constituição não distinguiu – entre direito público e direito privado – não cabe ao intérprete distinguir, o que, por outras palavras, foi dito pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento da ADI 3105-DF (2005, p. 301): “É certo, outrossim, que a dimensão constitucional que se confere ao princípio do direito adquirido, entre nós, não permite que se excepcionem da aplicação do princípio as chamadas regras de ordem pública”.

¹²⁴ No item 2 do capítulo 2 da dissertação foi apresentada a fórmula lógica parcial e sintética da norma jurídica: “D [h -> R (Sa, Sp)]”, cuja leitura, recorde-se, deve ser assim procedida: “se se dá um fato h qualquer, então o sujeito Sa deve fazer ou deve omitir ou pode fazer ou pode omitir conduta C ante outro sujeito Sp” (SANTI, 1996, p. 33).

¹²⁵ Os limites deste trabalho não comportam discussões sobre as teorias da nulidade e da anulabilidade das normas inconstitucionais. Coerente com o referencial teórico adotado, veja-se, de Hans Kelsen (2006, p. 155-162, 300-308), a “Teoria Pura do Direito”.

¹²⁶ Além do Min. Joaquim Barbosa, outros Ministros do STF, no julgamento da ADI 3105-DF, em texto próprio ou em citação de terceiros, referiram-se à norma de garantia do direito adquirido como ‘princípio do direito adquirido’: a) Min. Ellen Gracie (ADI 3105-DF, 2005, p. 137); b) Min. César Peluso (ADI 3105-DF, 2005, p. 195); c) Min. Eros Grau (ADI 3105-DF, 2005, p. 260); d) Min. Gilmar Mendes (ADI 3105-DF, 2005, p. 301, 303) e; e) Min. Celso de Mello (ADI 3105-DF, 2005, p. 394). Estes magistrados, contudo, não extraíram maiores consequências dessa suposta índole principiológica da norma de garantia do direito adquirido.

valores igualmente protegidos pela nossa Constituição. Numa palavra, estamos diante de princípios constitucionais relativos, que admitem ponderação com outros princípios, desse confronto podendo resultar o afastamento pontual de um deles (ADI 3105-DF, 2005, p. 168).

Logo adiante, prossegue Sua Excelência discorrendo sobre a colisão de princípios que entende presente na ADI 3105-DF (2005, p. 168-169):

Ora, digo eu, a Constituição de 1988 elegeu como um dos objetivos fundamentais da nossa República Federativa “construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, I e III). Optou sem sombra de dúvidas por um Estado de bem-estar social, calcado no princípio da solidariedade, que, aliás, como muito bem lembrado pelo ministro Sepúlveda Pertence na ADI 1.441, constitui a pedra de toque de todo o sistema de seguridade social. O art. 40 da Constituição, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional 41/2003, é expresso nesse sentido. Ora, o princípio da solidariedade, que guarda total coerência com a matriz filosófica da nossa Constituição, quando confrontado com o suposto direito adquirido de não pagar contribuição previdenciária, necessariamente deve prevalecer.

Em síntese: para o magistrado, está em jogo uma colisão entre o princípio do direito adquirido e o princípio da solidariedade e, nesta hipótese, “necessariamente deve prevalecer” o segundo.

Há, entretanto, uma questão preliminar a ser resolvida: é que a palavra ‘princípio’ é ambígua e vaga, e o Min. Joaquim Barbosa não explicou exatamente o que pretendeu significar com ela; apenas deu algumas pistas. Disse que os princípios: a) são relativos; b) admitem ponderação; c) podem ter sua aplicação afastada numa dada colisão e; d) na colisão entre o princípio do direito adquirido e o princípio da solidariedade, colisão que entende presente na ADI 3105-DF, o segundo deve necessariamente prevalecer.

Na linguagem normativa, a palavra ‘princípio’, ao lado da expressão ‘regra’, ambas denotam espécies do gênero ‘norma jurídica’¹²⁷. Assim, decidir se uma dada norma jurídica é um princípio ou uma regra transforma-se num problema de classificação: ou ela, a norma, pertence à classe dos princípios, ou à classe das regras. E a pertinência a uma ou outra dessas categorias é definida pelo critério de uso da palavra que a nomeia – ‘princípio’ ou ‘regra’.

¹²⁷ Há autores para quem as normas jurídicas se esgotam nos princípios e nas regras (ÁVILA, 2005, p. 18), e outros que acrescentam-lhes mais uma categoria, como os postulados aplicativos normativos (ÁVILA, 2006, p. 195). Vale lembrar que as “máximas” de Robert Alexy, ele mesmo (2002, p. 112) explica, devem ser elas entendidas como regras.

Em doutrina¹²⁸, a respeito de como classificar normas jurídicas como princípios ou regras, reinam a confusão e a controvérsia. Essa é a opinião de, por exemplo, Robert Alexy (2002, p. 82-83), para quem

A distinção entre regras e princípios não é nova. Apesar de sua antigüidade e de sua freqüente utilização, impera a respeito confusão e polêmica. Existe uma desconcertante variedade de critérios de distinção. A delimitação com respeito a outras coisas tais como os valores é obscura; a terminologia, vacilante¹²⁹.

Como exemplos – que aqui não serão usados, mas apenas mencionados – dessa “desconcertante variedade de critérios” classificatórios das normas jurídicas em princípios ou regras, Robert Alexy (2002, p. 83-85) cita os seguintes: a) a generalidade da norma; b) a determinabilidade dos casos de sua aplicação; c) a forma de sua gênese; d) o caráter explícito do seu conteúdo valorativo; e) a sua referência à idéia do direito ou a uma lei jurídica suprema; f) ser a norma uma regra ela mesma, ou fundamento de regras e; g) tratar-se de norma de argumentação ou de comportamento.

A não só existência dessa variedade de critérios classificatórios, mas de critérios que, ora antagônicos entre si, ora complementares, pretendem-se melhores, mais completos, ou mais verdadeiros que os outros, seus concorrentes, reclama recordar-se, com Guibourg, Ghigliani e Guarinoni (2000, p. 39-40), que, na linha das teorias nominalistas da linguagem,

[...] as classificações, do mesmo modo que a identificação dos entes individuais, não são coisas que estão na natureza [...] e que, em consequência, possam conhecer-se mediante um adequado estudo do universo. A classificação é um fato cultural e, em ocasiões, meramente individual. Não há, pois, classificações verdadeiras nem classificações falsas, tal como não existem nomes verdadeiros nem falsos para cada objeto. Há classificações aceitas ou pouco conhecidas, úteis ou inúteis (para algum fim determinado), frutíferas ou estéreis (em alguma direção determinada). Os homens podem dividir-se em altos e baixos, letrados e iletrados, santos e pecadores, ricos e pobres, partidários ou adversários do governo. Nenhuma dessas classificações coincide, de fato, com outra. Qual delas é preferível? Esta pergunta, como é óbvio, não tem resposta. Cada classificação tem sua própria utilidade, dentro de determinadas circunstâncias ou para certas pessoas ou funções, e assim a preferência

¹²⁸ O ordenamento jurídico nacional, por exemplo, é silente a esse respeito.

¹²⁹ Tradução livre do original: “La distinción entre reglas y principios no es nueva. A pesar de su antingüedad y de su frecuente utilización, impera al respecto confusión y polémica. Existe una desconcertante variedad de criterios de distinción. La delimitación con respecto a otras cosas tales como los valores es oscura; la terminología, vacilante”.

variará segundo seja o classificador fabricante de calças, educador, sacerdote, comerciante ou chefe da polícia secreta¹³⁰.

Por isso, não se objetiva, aqui, afirmar ou infirmar a supremacia de um ou de outro critério, mas apenas identificar, no julgamento da ADI 3105-DF, qual ou quais critérios distintivos entre essas espécies normativas foram utilizados pelo Min. Joaquim Barbosa e, mais especificamente, desvendar em que sentido ele empregou a palavra 'princípio', para depois reconstruir o seu raciocínio, verificando se ele, Min. Joaquim Barbosa, foi fiel às próprias premissas.

Disse Sua Excelência (ADI 3105-DF, 2005, p. 168-169) que os princípios: a) são relativos; b) admitem ponderação; c) podem ter sua aplicação afastada numa dada colisão e; d) na colisão entre o princípio do direito adquirido e o princípio da solidariedade, conflito que entende presente na ADI 3105-DF, o segundo deve necessariamente prevalecer.

Exceto a última¹³¹ – conforme adiante se demonstrará – pela proximidade teórica dos critérios propostos para classificação das normas em princípios ou regras –, essas características aproximam-se do conceito de 'princípio' de Robert Alexy¹³².

Pois bem, definido o marco teórico a que se reportou o magistrado em seu voto – a teoria dos princípios de Robert Alexy, o próximo passo deve ser, dentro das metas perseguidas, não a completa discussão da aludida teoria, mas sim a apresentação e o destaque de alguns de seus pontos principais, necessários para a análise do citado trecho do voto do Min. Joaquim Barbosa na ADI 3105-DF.

¹³⁰ Tradução livre do original: “[...] las clasificaciones, del mismo modo que la identificación de entes individuales, no son cosas que están en la naturaleza [...] y que, en consecuencia, puedan conocerse mediante un adecuado estudio del universo. La clasificación es un hecho cultural y, en ocasiones, meramente individual. No hay, pues, clasificaciones verdaderas ni clasificaciones falsas, tal como no existen nombres verdaderos ni falsos para cada objeto. Hay clasificaciones aceptadas o poco conocidas, útiles o inútiles (para algún fin determinado), fructíferas o estériles (en alguna dirección determinada). Los hombres pueden dividirse en altos e bajos, letrados e iletrados, santos y pecadores, ricos y pobres, partidarios o adversarios del gobierno. Ninguna de estas clasificaciones coincide, de hecho, con otra. ¿Cuál de ellas es preferible? Esta pregunta, como es obvio, no tiene respuesta. Cada clasificación tiene su propia utilidad, dentro de determinadas circunstancias o para ciertas personas o funciones, y así la preferencia variará según sea el clasificador fabricante de pantalones, educador, sacerdote, comerciante o jefe de la policía secreta”.

¹³¹ Geovany Cardoso Jeveaux (2006, p. 83) esclarece que a sentença do Min. Joaquim Barbosa (ADI 3105-DF, 2005, p. 168-169) segundo a qual ‘na colisão entre o princípio do direito adquirido e o princípio da solidariedade, o segundo deve necessariamente prevalecer’ é absolutamente improcedente. Nas suas palavras: “a ponderação entre direitos fundamentais com caráter de princípio como critério de solução de colisões não aceita uma definição prévia ou *a priori* antes do cotejo concreto entre os direitos”.

¹³² O assunto será esmiuçado à frente, mas pode-se desde já antecipar que a essa mesma conclusão chegou Geovany Cardoso Jeveaux (2006, p. 81-84).

O ponto de partida de Robert Alexy (2002, p. 50-55, 81-82) é o seguinte: princípios e regras são espécies de normas jurídicas. E normas jurídicas não se confundem com os textos ou enunciados normativos que lhes dão suporte. São, antes, o resultado da interpretação procedida sobre esses enunciados normativos. Por isso se diz que os enunciados contêm, latentes, em potência, princípios e regras, e que, somente após a sua interpretação, somente depois de obtida a norma, será possível saber se esta é um princípio ou uma regra¹³³.

Em seguida, Robert Alexy (2002, p. 86) afirma que a diferença entre princípios e regras é qualitativa, e propõe – apresentados aqui de forma resumida, os seguintes critérios distintivos entre tais espécies normativas:

Primeiro: os princípios são mandados de otimização, normas “[...] que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas¹³⁴ e reais [fáticas] existentes”¹³⁵ (ALEXY, 2002, p. 86). As regras, diversamente, são normas que “[...] somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos”¹³⁶ (ALEXY, 2002, p. 87). Humberto Ávila (2005, p. 31) denomina, a este, ‘critério do modo final de aplicação’, segundo o qual as regras são aplicadas ao modo absoluto tudo ou nada, enquanto os princípios são aplicados de modo gradual mais ou menos. A figura de linguagem é interessante, mas requer cuidado: o critério é do modo final de aplicação; antes do final, isto é, antes de decidido que aquela é a regra ou que aquele é o princípio a ser aplicado, essas normas podem ser afastadas em caso de, respectivamente, conflito ou colisão (objetos do item subsequente). Por isso é que Robert Alexy (2002, p. 98-101) sustenta que este critério, relativo a sua aplicação, descreve um ‘caráter *prima facie*’ das regras e princípios.

¹³³ Sobre a distinção entre texto e norma, vale lembrar a já apresentada lição de Alaôr Caffé Alves (2003, p. 178), para quem a norma jurídica “[...] não é lida diretamente, ela é obtida mediante interpretação do texto normativo. Daí porque é equivocado dizer-se que se interpreta a norma jurídica; o que se interpreta, na verdade, é o texto normativo, precisamente para extrair o sentido normativo, ou seja, a norma jurídica, que nada mais é do que um, e somente um, dos possíveis sentidos daquele texto, erigido como sentido vinculante pelo intérprete autêntico (aquele órgão que tem autoridade para impor a norma)”.

¹³⁴ As possibilidades jurídicas de aplicação de um princípio são conformadas pelos princípios e regras contrapostos.

¹³⁵ Tradução livre do original: “[...] que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.

¹³⁶ Tradução livre do original: “[...] sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos”.

Segundo: regras e princípios comportam-se de modo diverso quanto à solução de antagonismos entre eles. O conflito entre regras somente “[...] pode ser solucionado introduzindo-se em uma regra uma cláusula de exceção que elimina o conflito¹³⁷ ou declarando-se inválida, pelo menos, uma das regras¹³⁸ (ALEXY, 2002, p. 88). Na colisão entre princípios, um deles deve ceder ante o outro, sem contudo ser declarado inválido. Qual dos princípios deve ceder é uma outra questão, a ser resolvida por intermédio da “lei de colisão”¹³⁹, mecanismo que determina qual dos princípios colidentes possui, considerando-se as circunstâncias do caso concreto, possibilidades fáticas e jurídicas mais favoráveis e, por isso, deve ser aplicado à hipótese (ALEXY, 2002, p. 89). Uma última possibilidade a ser aqui considerada é a do embate entre uma regra e um princípio, hipótese em que deve prevalecer a primeira¹⁴⁰: se um princípio é posto de lado quando, no caso a decidir, o princípio adversário tem um peso maior, o mesmo não acontece com uma regra, que não

¹³⁷ As cláusulas de exceção operam estabelecendo, como resultado do processo de interpretação, que o antecedente de uma das regras “conflitantes” contempla, com maior exatidão ou propriedade que o da outra, a situação fática em exame. Nesses casos, há entre os antecedentes das normas relação de especialidade, subsidiariedade ou consunção. Logo, eles – os antecedentes – não são idênticos, e, portanto, em termos rigorosos, não se pode falar em antinomia ou conflito real (no máximo, aparente). Vale dizer: a hipótese de criação de uma exceção não resolve, propriamente, o conflito entre regras; nega, antes, a sua existência. Bastante ilustrativa é a metáfora de Ricardo V. Guarinoni (2006, p. 169-171), para quem a situação equivale a estar-se em um labirinto: declarar inválida uma das regras corresponde a vencer o labirinto derrubando-se uma das paredes a marretadas; abrir uma exceção, a fugir do labirinto por cima, pulando uma das paredes. Pode parecer, por causa dos verbos empregados – ‘vencer’ e ‘fugir’, que a primeira alternativa seja preferível à segunda. Mas o leitor não se deve deixar enganar pela carga emotiva das palavras. O que deve ser é justamente o oposto: por conta da presunção de validade das normas jurídicas, sempre que for possível a abertura de uma exceção, esta via deve ser preferida à radical declaração de invalidade de uma das normas conflitantes.

¹³⁸ Tradução livre do original: “[...] sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas”.

¹³⁹ A lei de colisão, que não será objeto de detalhamento na dissertação, é objeto do item 3.2.1 da “Teoría de los derechos fundamentales” de Robert Alexy (2002, p. 90-94).

¹⁴⁰ Essa é uma afirmação de sua teoria dos princípios; entretanto, Robert Alexy (2002, p. 134-135) reconhece que o Tribunal Constitucional alemão não a aceita de forma absoluta, senão como “regra” que comporta exceção. A partir de um julgado daquela Corte, conclui o autor: “Portanto, entre os dois níveis [regras e princípios] não existe uma relação estrita de precedência. [...] vale a regra de precedência segundo a qual o nível das regras precede ao dos princípios, a menos que as razões para determinações diferentes das tomadas no nível das regras sejam tão fortes que também afastem o princípio da sujeição ao texto constitucional”. Neste caso, no entanto, a questão se desloca da teoria dos princípios para a teoria da argumentação jurídica, em especial, para a teoria da argumentação jusfundamental, que não foi invocada pelo Min. Joaquim Barbosa em seu voto na ADI 3105-DF e, portanto, não será objeto de desenvolvimento. O trecho anterior entre aspas é tradução livre do original: “Por lo tanto, entre los dos niveles no existe una relación estricta de precedencia. Más bien, vale la regla de precedencia según la qual el nivel de las reglas precede al de los principios, a menos que las razones para determinaciones diferentes a las tomadas en el nivel de las reglas sean tan fuertes que también desplacen al principio de la sujeción al texto de la Constitución”.

cede quando o princípio oposto tem um peso maior que o princípio que a apóia (ALEXY, 2002, p. 100), e assim é porque “[...] o caráter *prima facie* das regras [...] é algo basicamente diferente e essencialmente mais forte [...]”¹⁴¹ que o dos princípios (ALEXY, 2002, p. 100).

Terceiro: os princípios, diferentemente do que acontece com as regras, apresentam alto grau de generalidade¹⁴² “[...] porque não estão referidos às possibilidades do mundo real [fático] ou do mundo normativo”¹⁴³ (ALEXY, 2002, p. 103).

Aí está mostrada – por sua proximidade teórica – a filiação do Min. Joaquim Barbosa, no que concerne ao conceito de ‘princípio’, à teoria dos princípios de Robert Alexy. Teoria que, é claro, não se esgota com a apresentação desses seus poucos aspectos, os quais, todavia, são bastantes para a análise do voto do aludido magistrado no julgamento da ADI 3105-DF.

Antes, contudo, de passar-se ao tópico seguinte, são necessárias algumas observações sobre os critérios anteriormente descritos.

Os três são normalmente apresentados como diferenciadores entre regras e princípios. Certo, mas se olhados mais de perto, pode-se perceber que o primeiro e o último são critérios antecedentes à diferenciação, à classificação de uma norma como princípio ou regra. Vale dizer: a sua aplicação é que responderá se uma norma é um princípio ou uma regra. O segundo critério, por sua vez, é conseqüente, ou posterior, à classificação de uma norma como princípio ou regra. Ou seja: após a

¹⁴¹ Tradução livre do original: “[...] el carácter *prima facie* de las reglas [...] es algo básicamente diferente y esencialmente más fuerte [...]”.

¹⁴² Os conceitos de ‘norma geral’ de Robert Alexy (2002, p. 83-84) e de Cristiane Mendonça (2004, p. 80-86) – o desta autora já anteriormente empregado, não são coincidentes. Por isso, é necessário esclarecer-lhes os usos. Para Cristiane Mendonça, as normas jurídicas podem ser gerais e individuais, segundo se dirijam, respectivamente, a uma classe indefinida de pessoas, ou a pessoas determinadas. Robert Alexy chama essas normas gerais de ‘normas universais’, e assevera ainda que, enquanto uma norma é ou não é universal (não-universal = individual), a generalidade é uma questão relativa, de grau, que se opõe a sua especialidade. Após informar que tanto as normas universais quanto as individuais podem ser mais ou menos gerais, Robert Alexy apresenta os seguintes exemplos: a) “O Sr. L. goza de liberdade de religião” e; b) “O presidiário L. tem o direito de converter, a sua própria religião, os outros presidiários”, ambas normas individuais, mas a primeira é relativamente geral (em comparação com a segunda), enquanto a segunda é relativamente especial (em comparação com a primeira). Os exemplos são traduções livres, respectivamente, de: a) “El Sr. L. goza de libertad de religión” e; b) “El presidiario L. tiene el derecho a convertir a su propia religión a otros presidiarios”.

¹⁴³ Tradução livre do original: “[...] porque no están referidos a las posibilidades del mundo real o normativo”.

definição sobre se as normas antagônicas são princípios ou regras é que se conhecerá a forma de solução de um embate entre elas.

Assim, a adoção do segundo critério, denominado, por Geovany Cardoso Jevaux (2004, p. 13), de critério do modo de “resolução de colisões e de conflitos”, e, por Humberto Ávila (2005, p. 31), de critério do “relacionamento normativo”, visando a apartar as regras dos princípios, apresenta dois inconvenientes, um de ordem lógico-jurídica, outro de ordem jurídico-política.

Em primeiro lugar, ou o primeiro inconveniente (lógico-jurídico): considerando-se o fim colimado – a distinção entre regras e princípios, o critério do relacionamento normativo é, em si mesmo, falacioso (falácia não-formal), e esconde uma petição de princípio. Ele, o critério, afirma que: a) se as normas conflitantes forem regras, então seu conflito é solucionável com a declaração de invalidade de pelo menos uma delas¹⁴⁴ e; b) se as normas colidentes forem princípios, então sua colisão se resolve mediante ponderação que determine qual delas (normas-princípio colidentes) possui, no caso concreto, maiores possibilidades fáticas e jurídicas, e por isso deve ser aplicada. Ora, mas assim, para resolver o confronto, é necessário contar, previamente, com a informação de que não se dispõe; mais ainda, é necessário contar, de antemão, justamente com a resposta que o critério do relacionamento normativo se propõe a fornecer. Por isso, por adotar como premissa uma das hipóteses que pretende demonstrar – que as normas colidentes são princípios, ou que as normas conflitantes são regras – há aí petição de princípio, que pode ser descrita de modo ainda mais explícito: as normas conflitantes são regras porque seu conflito se resolve da forma X, ou seu conflito se resolve da forma X porque as normas conflitantes são regras? O mesmo esquema se pode construir para os princípios: as normas colidentes são princípios porque sua colisão se resolve da forma Y, ou sua colisão se resolve da forma Y porque as normas colidentes são princípios? É dizer, o critério do relacionamento normativo é válido na solução dos confrontos, mas é inútil para o fim pretendido: apartar os princípios das regras.

Em segundo lugar, ou o segundo inconveniente (jurídico-político): o critério do relacionamento normativo, por veicular essa petição de princípio, termina por facultar

¹⁴⁴ A hipótese de abertura de uma exceção, já foi dito, resolve o conflito negando a sua existência.

que o aplicador ou intérprete opte livremente, ao seu talante e alvedrio¹⁴⁵ – por meio de manobras retóricas – e não segundo o maior ou menor grau de rigidez que lhe pretendeu conferir o ordenamento jurídico – sobre quando uma dada norma deve ser considerada regra ou princípio. E assim é porque o critério do relacionamento normativo, conforme já demonstrado, funciona informativamente após a classificação das normas como princípios ou regras. Portanto: a) se o aplicador ou intérprete pretender a manutenção ou imutabilidade de um certo estado de coisas, poderá, arbitrariamente, classificar uma norma como regra, ainda que regra – segundo os demais critérios classificatórios – essa norma não seja, ou; b) se, ao revés, o aplicador ou intérprete pretender flexibilizar a aplicação, e até mesmo a aplicabilidade, de uma dada norma, além do que pretendeu o ordenamento jurídico, abrindo a possibilidade de aplicá-la ao modo gradual mais ou menos¹⁴⁶, ou inclusive de recusar sua aplicação em certos casos concretos, bastará chamá-la ‘princípio’, ainda que princípio – segundo os demais critérios classificatórios – essa norma não seja.

Por essas razões, o critério do relacionamento normativo não será empregado na investigação acerca de se a norma de garantia do direito adquirido constitui um princípio ou uma regra.

Após o assentamento de suas premissas (critérios classificatórios), e analisando a Lei Fundamental alemã e a jurisprudência do Tribunal Constitucional daquele País,

¹⁴⁵ Interessante notar que essa opção pode ser consciente ou inconsciente. O prólogo da obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, de Robert Alexy, revela que sua primeira edição é de 1985, e desde aquela oportunidade, seu autor (2002, p. 83-85) bem demonstrou a falta de acordo acerca dos critérios classificatórios das normas jurídicas em princípios ou regras. Quase duas décadas mais tarde, Humberto Ávila lança o livro “Teoria dos Princípios”, em que (2005, p. 18), sem discordar, no ponto (não é demais frisar que as teorias desses dois autores são incompatíveis), de Robert Alexy, sugere tenha o fenômeno anteriormente descrito sofrido uma espécie de mutação ou de agravamento, de modo que uma dada distinção entre princípios e regras, embora não menos controvertida, passou a povoar o imaginário jurídico coletivo, como um daqueles fundamentos óbvios de Alfredo Augusto Becker, verificado quando as premissas dos raciocínios costumam ser aceitas como demasiadamente “óbvias” para merecerem análise crítica. Nas palavras de Humberto Ávila (2005, p. 18), a “[...] distinção entre princípios e regras virou moda. Os trabalhos de direito público tratam da distinção, com raras exceções, como se ela, de tão óbvia, dispensasse maiores aprofundamentos. A separação entre as espécies normativas como que ganha foros de unanimidade. E a unanimidade termina por semear não mais o conhecimento crítico das espécies normativas, mas a crença de que elas são dessa maneira, e pronto”.

¹⁴⁶ Deve-se atentar para que o critério do modo final de aplicação é aqui referido posteriormente à classificação das normas colidentes como princípios, e, por isso, tal referência não é incompatível com a premissa de que está em análise a aplicação do critério do relacionamento normativo como razão suficiente para distinção entre princípios e regras.

Robert Alexy conclui que as normas de direito fundamental são princípios¹⁴⁷. Não se deve ceder, porém, à tentação fácil de transplantar automaticamente essa conclusão para o direito brasileiro. O material normativo do qual Robert Alexy extrai essa inferência é específico: os enunciados dos arts. 1º a 20 (§ 4º), 33, 38, 101, 103 e 104, todos da Lei Fundamental alemã (ALEXY, 2002, p. 65). Vale dizer – e frisar: sua teoria dos princípios se insere numa teoria jurídica e dogmática dos direitos fundamentais da Lei Fundamental alemã (ALEXY, 2002, p. 29). Por isso, o que se deve importar para o direito brasileiro não é a conclusão de Robert Alexy, mas sim as suas premissas, os critérios classificatórios de normas jurídicas em princípios e regras, para enfim responder se a norma de garantia do direito adquirido (N3) é uma regra ou um princípio, e, após isso, como deve comportar-se no confronto, levantado pelo Min. Joaquim Barbosa, com o princípio da solidariedade.

3.3 A ADI 3105-DF E A GARANTIA DO DIREITO ADQUIRIDO

No capítulo anterior, foi confirmada a existência de um direito adquirido à imunidade tributária, imunidade relativa à incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria de servidores públicos. Agora, conhecido também o alcance da garantia do direito adquirido, é possível responder se ela, garantia, é ou não ofendida pelo *caput* do art. 4º da EC 041/2003 e pelas normas que a partir dele se podem construir.

No caso da ADI 3105-DF, há de se considerar a existência de duas normas jurídicas, temporalmente conflitantes, e de nível hierárquico constitucional derivado: a) a mais antiga (N1), proibitiva da incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria, instituidora de uma imunidade tributária que se tornou, já foi dito, objeto de direito adquirido por parte dos servidores públicos jubilados

¹⁴⁷ Entre outras, veja-se a seguinte passagem: “As ponderações de bens mostram com a máxima claridade que o Tribunal Constitucional Federal concebe as normas de direito fundamental (em todo caso también) como princípios” (ALEXY, 2002, p. 89-90). Excepcionalmente, as normas de direito fundamental podem ser, ao mesmo tempo, regras e princípios: a vinculação desses dois níveis “[...] surge quando na formulação da norma jusfundamental se inclui uma cláusula restritiva referida a princípios e, portanto, sujeita a ponderação”. (ALEXY, 2002, p. 135) Os dois trechos anteriores entre aspas são traduções livres de: a) “Las ponderaciones de bienes muestran con máxima claridad que el Tribunal Constitucional Federal concibe a las normas de derecho fundamental (en todo caso también) como principios” e; b) “[...] surge cuando en la formulación de la norma iusfundamental se incluye una cláusula restrictiva referida a principios y, por lo tanto, sujeta a ponderación”.

segundo o sistema da EC 020/1998 e; b) a mais recente (N2), impositiva da incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos da inatividade de servidores públicos, mesmo daqueles aposentados antes da entrada em vigor da emenda constitucional que a veiculou, a EC 041/2003.

Postas as normas conflitantes (N1 e N2), e de posse da norma de resolução de conflitos temporais entre normas jurídicas (N3), chega-se ao derradeiro e complexo – por admitir desdobramentos – objetivo do capítulo e da dissertação: resolver, enfim, o confronto, respondendo se N3 aponta para a aplicação de N1, prestigiando assim o direito adquirido à imunidade tributária; ou se N3 indica a aplicação de N2, recusando ultra-atividade a N1 e, em conseqüência, revogando o direito adquirido por ela estabelecido.

O possível desdobramento desse último objetivo reside na distinção entre princípios e regras sugerida pelo Min. Joaquim Barbosa (ADI 3105-DF, 2005, p. 165-169): a aplicabilidade de N1 ou de N2, como visto, é determinada por N3. Se, por um lado, N3, a norma de garantia do direito adquirido, for uma norma-regra, então o conflito se resolve definitivamente¹⁴⁸ pela leitura de seu conteúdo mandamental. Se, por outro lado, N3 for uma norma-princípio, então a solução por ela preconizada pode deixar de ser aplicada ao caso concreto, cedendo passo à alternativa oposta, em função das peculiaridades da colisão levantada pelo Min. Joaquim Barbosa, segundo o qual, no contexto da ADI 3105-DF (2005, p. 165-169), está em jogo uma colisão entre o princípio do direito adquirido e o princípio da solidariedade e, nesta hipótese, o segundo princípio – que justificaria a tributação dos inativos – deve prevalecer.

De acordo com Luis Roberto Barroso (2001, p. 171), as normas jurídicas simplesmente presumem-se constitucionais, formal e materialmente. No que diz respeito à dissertação, existem duas normas cuja conformidade ao ordenamento jurídico, embora presumida, encontra-se em causa: a) N2, construída a partir do *caput* do art. 4º da EC 041/2003¹⁴⁹ – impositiva da contribuição previdenciária

¹⁴⁸ Repita-se que, no contexto da ADI 3105-DF: a) não é possível abrir uma exceção à incidência da norma de garantia do direito adquirido, porque a existência do direito adquirido à imunidade tributária restou inegavelmente confirmada, conforme capítulo anterior, e; b) não é possível declarar a invalidade da norma de garantia do direito adquirido, por ser ela originariamente constitucional.

¹⁴⁹ “Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do

incidente sobre os proventos dos inativos e; b) a norma de decisão da ADI 3105-DF, que ratificou a constitucionalidade de N2.

Para que as duas normas citadas no parágrafo anterior, pela perspectiva do direito adquirido, sejam compatíveis com a CF, é necessário que se verifique a ocorrência de pelo menos uma das seguintes condições: a) que não exista direito adquirido à imunidade tributária, imunidade relativa à incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores inativos, ou; b) se tal direito adquirido existir, que sua garantia não resista à força normativa das emendas constitucionais, ou; c) se a garantia do direito adquirido resistir à força normativa das emendas constitucionais, que a norma que instituiu tal garantia seja um princípio e, conforme afirmado pelo Min. Joaquim Barbosa no julgamento da ADI 3105-DF (2005, p. 165-169), deva ceder ante o princípio da solidariedade – que fundamentaria a tributação dos inativos.

Se se puder constatar a veracidade de pelo menos uma dessas condições, estará confirmada a compatibilidade de N2, e da norma de decisão da ADI 3105-DF, com o ordenamento jurídico. Diversamente, se todas as condições forem falsas, estará demonstrada a inconstitucionalidade de N2 e da norma de decisão da ADI 3105-DF.

A primeira condição já foi refutada no capítulo anterior, quando se comprovou a existência de direito adquirido à imunidade tributária, imunidade relativa à incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de servidores aposentados sob a vigência da EC 020/1998.

A segunda condição já foi rechaçada quando se reconheceu, neste capítulo, que a garantia dos direitos adquiridos é eficaz contra a incidência de normas posteriores veiculadas tanto por leis quanto por emendas constitucionais.

Note-se que a esta altura já está solucionado o conflito entre N1 e N2. Reconheceu-se: a) a existência do direito adquirido à imunidade tributária e; b) que a garantia desse direito adquirido (como de qualquer outro) resiste à força normativa das emendas constitucionais. Quer dizer: N2, norma impositiva da tributação dos servidores aposentados antes de sua entrada em vigor, jubilados ao tempo da EC 020/1998, é inconstitucional por incompatibilidade com o direito adquirido à

regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos”.

imunidade tributária expresso em N1, e também por incompatibilidade com a garantia desse direito adquirido¹⁵⁰.

Acontece que, como visto, no julgamento da ADI 3105-DF, o Min. Joaquim Barbosa suscitou uma terceira condição, ou possibilidade, de constitucionalidade de N2 e da norma de decisão da citada ação direta: que a norma de garantia do direito adquirido à imunidade tributária (N3) seja um princípio e deva ceder ante o princípio da solidariedade – que fundamentaria a tributação dos inativos.

O exame dessa terceira condição exige, previamente, a definição sobre se N3 (norma de garantia do direito adquirido) é uma regra ou um princípio, segundo os critérios classificatórios de Robert Alexy, suporte teórico do Min. Joaquim Barbosa.

Três dos critérios classificatórios de Robert Alexy foram destacados neste capítulo: a) o do modo final de aplicação; b) o do relacionamento normativo e; c) o da generalidade/especialidade. Desses três critérios, por razões já apresentadas no tópico anterior, o primeiro e o terceiro serão utilizados, enquanto o segundo – o do relacionamento normativo – será posto de lado.

O procedimento será o seguinte: N3 será (re)apresentada e, sobre ela, serão aplicados critérios que permitam classificá-la como regra ou como princípio.

Recorde-se: se N3 tiver por antecedente o reconhecimento de um direito adquirido, no caso da ADI 3105-DF, direito à imunidade tributária relativa à incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de servidores públicos inativos, a consequência jurídica será a inconstitucionalidade de qualquer norma que prejudique tal direito adquirido, seja ela veiculada por lei ou por emenda constitucional.

¹⁵⁰ Atente-se para que, na solução desse conflito entre normas jurídicas (N1 e N2), não foi sequer mencionado o critério do relacionamento normativo de Robert Alexy. A principal razão é que esse critério é proposto dentro de sua teoria dos direitos fundamentais. Certo, N1 veicula uma imunidade tributária; por isso, caracteriza-se como norma de direito fundamental e, portanto, pode ser submetida aos critérios de Robert Alexy. O mesmo não ocorre com N2, que é uma norma meramente impositiva de uma exação e que não expressa um direito fundamental, ou seja, não se trata de uma norma de direito fundamental e, por esse motivo, deixam de ser aplicáveis, ao conflito em exame, os critérios de Robert Alexy. Entretanto, é interessante verificar que, caso fossem aplicáveis os critérios de Robert Alexy, o solução do conflito entre N1 e N2 teria o mesmo resultado: a) pelos critérios do modo final de aplicação e da generalidade/especialidade, N1 e N2 são regras; b) por seus conteúdos, inexistência possibilidade de abertura de exceção à incidência de qualquer uma delas, ou seja, trata-se de uma antinomia real; c) N1 é proveniente da EC 020/1998, mas veicula um direito adquirido, cuja garantia advém diretamente da Constituição originária, e ambos, direito adquirido e garantia, são cláusulas pétreas; d) N2, veiculada pela EC 041/2003, contém uma imposição tributária e; e) N1 é de hierarquia mais elevada que N2, e esta, por conflitar com aquela, deve ter sua invalidade reconhecida.

O critério do modo final de aplicação diz que as regras são aplicadas ao modo absoluto tudo ou nada, enquanto os princípios são aplicados de modo gradual mais ou menos.

Da simples leitura de N3, verifica-se que, quanto ao antecedente, há ou não um direito adquirido. E se direito adquirido existir, norma posterior que o prejudique, ainda que veiculada por emenda à Constituição, é de ser considerada inconstitucional. Ou seja, em N3 nada é aplicado de forma gradual ou mais ou menos, e, por esse critério, a referida norma é uma regra.

O critério da generalidade/especialidade afirma que os princípios possuem alto grau de generalidade, ao passo que as regras são mais específicas. Mais uma vez é necessária a leitura de N3. N3 não se refere, por exemplo, a que o direito adquirido deva ser protegido na maior medida possível, o que seria sem dúvida uma cláusula bastante geral, típica dos princípios. Ao revés, N3 fala que se direito adquirido houver, norma que o prejudique, mesmo que veiculada por emenda à Constituição, deve ser considerada inconstitucional. Nisso nada há de generalidade. Logo, também por esse critério, N3 é uma regra.

Também não é o caso de N3 ser considerada, simultaneamente, uma regra e um princípio, uma vez que não contém cláusulas restritivas referidas a princípios.

Assim, pela aplicação dos dois critérios considerados – o do modo final de aplicação e o da generalidade/especialidade – pode-se concluir que N3, a norma de garantia do direito adquirido, é uma regra.

É tempo, então, de retomar o exame da terceira condição de constitucionalidade de N2 e da norma de decisão da ADI 3105-DF, suscitada pelo Min. Joaquim Barbosa (ADI 3105-DF, 2005, p. 165-169), segundo a qual a norma de garantia do direito adquirido é um princípio que, em colisão com o princípio da solidariedade, deve ceder.

Primeiro: N3, a norma de garantia do direito adquirido, segundo os critérios da teoria dos princípios de Robert Alexy, é uma regra, e não um princípio, o que demonstra que o Min. Joaquim Barbosa, ao considerá-la um princípio, foi incoerente com seus próprios fundamentos e, por isso, partiu de uma premissa equivocada.

Segundo: não há uma colisão entre princípios da qual surja a possibilidade de prevalência do princípio da solidariedade e, conseqüentemente, da exação dele

supostamente derivada. O caso é de embate entre um princípio (da solidariedade) e uma regra (de garantia do direito adquirido), hipótese em que esta deve prevalecer. Vale ressaltar que não é possível abrir uma exceção à incidência da norma (regra) de garantia do direito adquirido (N3), porque: a) a existência do direito adquirido à imunidade tributária restou inegavelmente confirmada, conforme capítulo anterior e; b) não é possível declarar a invalidade da norma de garantia do direito adquirido (N3), por ser ela originariamente constitucional.

Ou seja, a terceira condição de constitucionalidade de N2 e da norma de decisão da ADI 3105-DF acaba de ter sua falsidade reconhecida.

De forma sinóptica, tem-se que: a) há duas normas cuja conformidade ao ordenamento jurídico, embora presumida, está em causa: 1) N2, construída a partir do *caput* do art. 4º da EC 041/2003, e; 2) a norma de decisão da ADI 3105-DF, que ratificou a constitucionalidade de N2; b) para que essas duas normas, pela perspectiva do direito adquirido, sejam compatíveis com a CF, é necessário que se verifique a ocorrência de pelo menos uma das três seguintes condições: 1) que não exista direito adquirido à imunidade tributária, relativamente à incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de servidores aposentados ao tempo da EC 020/1998, ou; 2) se tal direito adquirido existir, que sua garantia não resista à força normativa das emendas constitucionais, ou; 3) se a garantia do direito adquirido resistir à força normativa das emendas constitucionais, que a norma que instituiu tal garantia seja um princípio e, conforme afirmado pelo Min. Joaquim Barbosa, deva ceder ante o princípio da solidariedade; c) todas essas alternativas foram descartadas no curso da dissertação; d) logo, conclui-se que N2 – impositiva de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores inativos, e a norma de decisão da ADI 3105-DF, ambas estão em desconformidade com a ordem constitucional vigente, mais especificamente, ambas são materialmente inconstitucionais por incompatibilidade com o regime constitucional dos direitos adquiridos.

CONCLUSÃO

O objetivo da dissertação foi o de responder se é possível falar em direitos adquiridos contra a Constituição, tomada esta na dupla acepção de produto do poder constituinte e de produto do poder reformador.

O trabalho, entretanto, não se desenvolveu no plano da pura abstração, ao revés, a temática proposta foi analisada no contexto do acórdão proferido pelo STF quando do julgamento de uma das mais polêmicas ações diretas de inconstitucionalidade da história recente daquela corte, a ADI 3105-DF, que teve por objeto o art. 4º da EC 041/2003, emenda constitucional que ficou conhecida como a segunda reforma da previdência, e que sujeitou servidores públicos aposentados, mesmo antes de sua entrada em vigor, ao pagamento de contribuição previdenciária incidente sobre seus proventos.

O referido acórdão enfrentou várias questões jurídicas relevantes, mas o foco do estudo foi direcionado para as discussões sobre a possibilidade de se oporem direitos adquiridos à Constituição, mais especificamente, para (in)compatibilidade da contribuição previdenciária dos inativos com a sistemática constitucional dos direitos adquiridos.

Noutros termos, o problema da dissertação foi sintetizado na seguinte indagação: o *caput* do art. 4º da EC 041/2003 é compatível com as disposições do inc. XXXVI do art. 5º e do inc. IV do §4º do art. 60, tudo da CF?

Posto o problema, constatou-se que avaliar o relacionamento entre textos normativos e normas – particularmente os acima citados, sua harmonia ou desarmonia, é tarefa, antes de jurídica, lingüística, e que, neste caso, os instrumentos apropriados de análise são a Semiótica e a Lógica.

A Semiótica e a Lógica dispõem de ferramentas que permitem o controle do discurso científico e de seus raciocínios. Tais ferramentas foram especialmente úteis no desenvolvimento da dissertação, tanto preventivamente – na seleção dos argumentos e na construção de raciocínios, quanto repressivamente – na detecção de possíveis equívocos cometidos, por exemplo, nos votos da ADI 3105-DF, e na

disputa entre Paulo Modesto e Carlos Britto sobre o alcance da garantia do direito adquirido.

Os erros de raciocínio são denominados falácias, que podem ser classificadas em formais e não-formais. As falácias formais estão ligadas a erros de raciocínio quando da passagem das premissas às conclusões, e uma das maneiras de evitá-las é dispensar especial cuidado ao funcionamento dos conectivos. As falácias não-formais decorrem normalmente de vícios da linguagem ordinária (ambigüidade, vagueza e carga emotiva) incidentes sobre as premissas e as conclusões dos raciocínios, e contra elas o “remédio” prescrito é o recurso às definições e a atenção a que não se extraiam conclusões fundadas em premissas logicamente irrelevantes, o que, no caso do discurso científico, significa primar por que a linguagem tenha a finalidade informativa, descritiva do seu objeto de estudo.

Um primeiro olhar “lógico” sobre o problema da dissertação demonstrou que questionar se a contribuição previdenciária, instituída a partir da EC 041/2003 (art. 4º, *caput*), viola direitos adquiridos, é uma pergunta complexa, pois supõe a preexistência desses direitos adquiridos, passíveis de violação. Sendo complexa a pergunta, foi necessário decompô-la em suas unidades fundamentais, de modo que o direito adquirido foi estudado em dois tempos: o primeiro, relativo ao seu conteúdo material; o segundo, referente a sua garantia.

Antes, porém, do início do estudo do direito adquirido, foi necessário tratar um seu pressuposto, o conflito de normas no tempo, sem cuja existência sequer faz sentido falar nele, direito adquirido.

O conflito real entre normas, ou a antinomia real, demonstrou-se, exige das normas confrontantes a identidade de antecedentes e a incompatibilidade de conseqüentes, sem o que seu confronto é no máximo aparente. Aplicando-se esse conceito à ADI 3105-DF, verificou-se a ocorrência do conflito real entre as normas N1 e N2, de idênticos antecedentes (a percepção de proventos de aposentadoria) e incompatíveis conseqüentes (a proibição e a obrigação da incidência de contribuição previdenciária). A constatação dessa antinomia real legitimou o prosseguimento do estudo.

Do ponto de vista do conteúdo material, o conceito de direito adquirido foi associado ao de direito subjetivo em sentido técnico ou estrito proposto por Hans Kelsen,

envolvendo, num mesmo e determinado sujeito ou grupo de sujeitos, dois elementos: o direito reflexo do dever jurídico e o direito de ação processual. Cabe ressaltar que o conceito kelseniano de direito subjetivo não é imune a críticas e nem mesmo o mais comumente empregado pela comunidade jurídica nacional, mas tem a virtude de ser coerente com o utilizado pelo Min. Cezar Peluso, redator do voto condutor da maioria no acórdão proferido na ADI 3105-DF.

É importante observar, ainda, que a noção de direito adquirido é útil após a modificação da norma geral cuja aplicação lhe tenha dado origem. Antes disso, é bastante falar em direito subjetivo. Dessas assertivas evocou-se o problema dos efeitos futuros, posteriores ao início da vigência da lei nova, derivados de fatos jurídicos a ela anteriores, acerca do qual inferiu-se que se tais efeitos futuros caracterizarem desenvolvimentos ou transformações de um direito adquirido, serão também objeto de direito adquirido, por já se haverem incorporado ao patrimônio do seu titular.

Aplicadas essas noções à ADI 3105-DF, verificou-se que era interdito ao Estado, relativamente aos servidores aposentados sob a égide da EC 020/1998, instituir contribuição previdenciária sobre seus proventos. Vale dizer: o Estado tinha o dever jurídico de não tributar, do qual decorria o direito reflexo de não ser tributado. Além disso, aqueles servidores inativos titularizavam um direito de ação processual para fazerem valer o mencionado direito reflexo. Assim, presentes o direito reflexo e o direito de ação processual, concluiu-se pela existência de um direito subjetivo em sentido estrito e, com o advento da EC 041/2003, de um direito adquirido, cujo objeto é a imunidade tributária relativa à incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria dos servidores aposentados ao tempo da EC 020/1998.

Confirmada a existência do direito adquirido, pôde-se passar ao estudo de sua garantia, oportunidade em que se concluiu ser ela resistente a incidência de normas ulteriores, inclusive daquelas veiculadas por emendas constitucionais.

Pôde-se responder, então, ainda que de forma provisória, ao problema da dissertação. No plano abstrato: é possível a oposição de direitos adquiridos contra normas constitucionais supervenientes, desde que estas sejam oriundas do poder reformador e não do poder constituinte. No plano concreto: a EC 041/2003,

especificamente o *caput* do seu art. 4º, por seu nível hierárquico, não dispõe de suficiente força normativa para revogar o direito à imunidade tributária, adquirido pelos servidores aposentados ao tempo da EC 020/1998, imunidade relativa à incidência de contribuição previdenciária sobre seus proventos de aposentadoria. E, ao fazê-lo, ele, o *caput* do art. 4º da EC 041/2003, incorreu em inconstitucionalidade material por incompatibilidade com o regime constitucional dos direitos adquiridos.

A resposta anterior foi dita 'provisória' porque o Min. Joaquim Barbosa, em seu voto no julgamento da ADI 3105-DF, suscitou uma outra condição, ou possibilidade, de constitucionalidade da contribuição previdenciária dos inativos: afirmou Sua Excelência que a norma de garantia do direito adquirido (à imunidade tributária) é um princípio que, em colisão com o princípio da solidariedade (que fundamentaria a tributação dos inativos), deve ceder.

Essa afirmação do Min. Joaquim Barbosa foi rechaçada por vários argumentos, sendo o principal deles o de que a norma de garantia do direito adquirido não é um princípio, mas sim uma regra. Assim sendo, não há uma colisão entre princípios da qual surja a possibilidade de prevalência do princípio da solidariedade e, conseqüentemente, da exação dele supostamente derivada. O caso é de embate entre um princípio (da solidariedade) e uma regra (de garantia do direito adquirido), hipótese em que esta deve prevalecer.

Ou seja, superada essa tese do Min. Joaquim Barbosa, a resposta ao problema da dissertação, anteriormente provisória, foi roborada. No plano abstrato: é possível a oposição de direitos adquiridos contra normas constitucionais supervenientes, desde que estas sejam oriundas do poder reformador e não do poder constituinte. No plano concreto: a EC 041/2003, especificamente o *caput* do seu art. 4º, por seu nível hierárquico, não dispõe de suficiente força normativa para revogar o direito à imunidade tributária, adquirido pelos servidores aposentados ao tempo da EC 020/1998, imunidade relativa à incidência de contribuição previdenciária sobre seus proventos de aposentadoria. E, ao fazê-lo, ele, o *caput* do art. 4º da EC 041/2003, incorreu em inconstitucionalidade material por incompatibilidade com o regime constitucional dos direitos adquiridos.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALVES, Alaôr Caffé. *LÓGICA – Pensamento Formal e Argumentação – Elementos para o discurso jurídico*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

ÁVILA, Humberto. Princípios e regras e a segurança jurídica. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 189-206, 2006.

_____. *Teoria dos Princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. A Constituição e o conflito de normas no tempo. In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – parte geral*. V. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 dez. 2006.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 dez. 2006.

BRASIL. Lei nº 3.701, de 01 de janeiro de 1916. *Código Civil* (revogado). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 dez. 2006.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. *Lei de registros públicos*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 dez. 2006.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 dez. 2006.

BRASIL. Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004. *Regime de aposentadoria dos servidores titulares de cargos efetivos de qualquer dos Poderes da União, do Estado e dos Municípios*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 dez. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Contribuição previdenciária de servidores inativos e pensionistas. *ADI 3.105/8*. CONAMP e Senado Federal e Presidência da República. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 18 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 05 dez. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 72509-PR – embargos*. Lei regente dos proventos de aposentadoria de servidor, civil ou militar (altera a súmula STF nº 359). Relator: Min. Luis Gallotti. Brasília, 1973. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 05 dez. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE-AgR nº 463940-RS*. Incidência de juros moratórios sobre precatórios complementares. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 05 jul. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE-AgR nº 461286-MS*. Forma de cálculo do adicional por tempo de serviço dos servidores públicos do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 05 jul. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI-AgR nº 603537-DF*. Incidência de contribuição social sobre o terço constitucional de férias. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 05 jul. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI-AgR nº 644887-DF*. Direito adquirido à incorporação de gratificação, médicos do Distrito Federal. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 05 jul. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 359*. Lei regente dos proventos de aposentadoria de servidor, civil ou militar. Rio de Janeiro, 1963. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 05 de. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 627841-RJ*. Direito adquirido à conversão do terço constitucional de férias em abono pecuniário, servidores da UFF. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 05 jul. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 710957-RJ*. Direito adquirido ao recebimento de pensão decorrente de morte do pai. Relator: Min. Paulo Medina. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 05 jul. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 743941-RJ*. Incidência de contribuição previdenciária sobre gratificação de função comissionada. Relator: Min. Franciulli Netto. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 05 jul. 2007.

BRITO, Miguel Nogueira de. *A constituição constituinte: Ensaio sobre o poder de reforma constitucional*. Lisboa: Coimbra, 2000.

BRITTO, Carlos Ayres de. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRITTO, Carlos Ayres de; PONTES FILHO, Valmir. Direito adquirido contra as Emendas Constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 202, p. 75-80, 1995.

BUENO, Francisco da Silveira. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. 10. ed. Rio de Janeiro: FENAME, 1976.

BULFINCH, Thomas. *O livro de ouro da mitologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANO, José María Sauca. La reforma de la reforma de la constitución: el puzzle constitucional de Alf Ross. In: LAPORTA, Francisco J. *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

CARRIÓ, Genaro R. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Astrea, 2001.

CARAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de lógica jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COPI, Irving M. *Introdução à Lógica*. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

DANTAS, Ivo. *Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DELGADO, José Augusto. O direito adquirido nas relações jurídicas do Servidor Público com o Estado. *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, ano 1, n. 1, p. 15-44, 1999.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. V. 4. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO; María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. *Lógica, proposición y norma*. Buenos Aires: Astrea, 1999.

ECO, Umberto. *Tratado Geral de Semiótica*. São Paulo: Perspectiva, 2003.

ESPINOLA, E.; ESPINOLA FILHO, E. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. V. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

ESPÍRITO SANTO (Estado). Lei Complementar nº 282, de 26 de abril de 2004. *Unifica o regime próprio de previdência dos servidores do Estado do Espírito Santo*. Disponível em: <www.ipajm.es.gov.br>. Acesso em: 05 dez. 2006.

ESPÍRITO SANTO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Apelação cível nº 024.06.901261-5*. Incidência de contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria de servidores públicos. Relator: Desembargador Elpídio José Duque. Vitória, 2007. Disponível em: <<http://www.tj.es.gov.br.gov.br>>. Acesso em: 05 jul. 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Constituinte e direito adquirido. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 210, 1997.

FIORIN, José Luiz. *Linguagem e ideologia*. 5. ed. São Paulo: Ática, 2005.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito Intertemporal Brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1968.

GIAMBIAGI, Fabio. *Reforma da Previdência: o encontro marcado – a difícil escolha entre nossos pais e nossos filhos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

GUARINONI. *Derecho, Lenguaje y Lógica – Ensayos de Filosofía del Derecho*. Ricardo V. Guarinoni. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006.

GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: EUDEBA, 2000.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HOSPERS, John. *Introducción al análisis filosófico*. Buenos Aires: Machi, 1964.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direitos adquiridos em face da Constituição – proposta de um novo paradigma*. 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2003.

_____. O conceito de princípio na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. 2004. 37 f. Artigo científico – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2004.

_____. O julgamento das ADIN's 3105 e 3128 pelo STF e a inconstitucionalidade do art. 4º da EMC 41. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, nº 01, p. 67-125, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2004.

MARTYNIUK, Cláudio Eduardo. *Positivismo, hermeneutica y teoria de los sistemas*. Buenos Aires: Biblos, 1994.

MENDONÇA, Cristiane. *Competência Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e direito adquirido. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 211, 1999, p. 79-94.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 11. ed. Barcelona: Ariel, 2003.

OLIVECRONA, Karl. *Linguagem jurídica e realidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. 1. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966. *Código Civil*. Disponível em: <www.stj.pt>. Acesso em: 05 dez. 2006.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, José Afonso da. Reforma constitucional e direito adquirido. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 213, 1998, p. 121-131.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Tratado da Conseqüência – Curso de Lógica Formal*. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1995.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.