

O STF e a noção de direito adquirido

O Supremo Tribunal Federal, ao examinar a constitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003, que estabeleceu o desconto de contribuição social sobre os proventos dos servidores federais inativos, reabre o acedo debate em torno da extensão da tutela do direito adquirido. Independentemente do resultado do julgamento, entre votos divergentes e pedidos de vista, que invocam argumentos de alta indagação, volta à cena o tema que, por força de entendimento anteriormente consagrado naquela Corte, com o apoio de significativa parcela dos constitucionalistas brasileiros, acabou por configurar verdadeiro mito. Com efeito, construiu-se, ao longo das últimas décadas, pensamento que sacraliza a noção de direito adquirido, considerando-o, ele próprio, cláusula pétrea superior axiologicamente a todas as outras e, como tal, insuscetível de alcance por emenda constitucional.

O equívoco deste entendimento acaba por impedir as reformas sociais, antepondo-se uma barreira refratária ao legislador e a todas as novas aspirações alvitadas pela sociedade, mesmo se projetadas pelo constituinte derivado. A discussão, que por longo período parecia adormecida em face da cristalização da tese majoritária, foi reaberta, de maneira corajosa e culta, pelo Ministro Joaquim Barbosa, no STF.

Em julgamento divulgado pela TV Justiça para todo o Brasil, ele sustenta a possibilidade da emenda constitucional atingir um direito adquirido quando, na ponderação dos interesses alvitados pelo constituinte derivado, estiver em jogo o princípio da igualdade. O Ministro Joaquim Barbosa desloca, assim, inteiramente, o foco do debate anterior. Afirma que a amplitude desmesurada da teoria das cláusulas pétreas revela-se “uma construção intelectual conservadora, para não dizer reacionária, antidemocrática, irrazoável, com uma propensão oportunista e utilitarista a fazer abstração de vários outros valores igualmente protegidos pelo nosso sistema constitucional”. E remata: “No constitucionalismo moderno, somente através dos procedimentos de emenda constitucional e da jurisdição constitucional, fenômeno jurídico hoje quase universal, é que se consegue manter a sincronização entre constituição e realidade social, cuja evolução é contínua e se dá a ritmo avassalador. Ou seja, é insensato conceber que o constituinte originário possa criar aquilo que o Professor Canotilho qualifica como uma ‘constituição imorredora e universal’ ”.

Na esteira de tal entendimento encontra-se a recentíssima obra doutrinária do Prof. Carlos Alberto Tolomei, ainda no prelo da Editora Renovar. Segundo este autor, a Constituição brasileira não consagra, no rol das garantias constitucionais, os direitos adquiridos de forma absoluta, de modo a condenar qualquer tipo de retroatividade, mesmo a chamada retroatividade mínima, configurada pelo alcance, pela lei nova, dos efeitos futuros das situações jurídicas constituídos sob a égide da lei antiga. A rigor, o constituinte, por um lado, não traz princípio específico que prestigie a irretroatividade das leis. E, de outro, preceitua, no art. 5º, XXXVI, que *a lei* não atingirá direito adquirido, ao contrário de outros direitos que, por si só, são protegidos, como a propriedade (inciso XXII), ou a livre manifestação de pensamento (inciso IV). Vale dizer, embora a doutrina brasileira tenha exasperado a proteção ao direito adquirido, a dicção constitucional limita-se a torná-lo

inverso ao alvedrio do legislador, nada indicando que o constituinte pretendia excluir da alçada do constituinte derivado eventual modificação de direitos consolidados sob a égide de legislação anterior.

Os dois juristas acima citados insistem em que a tutela do direito adquirido deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade. Verifica-se, então, que mesmo um direito incluído no rol das garantias fundamentais não pode ser isolado do sistema, aplicando-o automaticamente à hipótese fática, a despeito de outros direitos fundamentais em questão. Em matéria de direitos fundamentais, aliás, comprova-se a insuficiência e a completa superação da técnica da subsunção pura e simples, substituída pela concreção do princípio no caso concreto, sopesando os valores em conflito em favor da máxima eficácia social.

Em última análise, em que pese sua importância para o sistema, os direitos adquiridos não desfrutam de proteção absoluta, superior à tutela conferida pelo ordenamento a outros princípios constitucionais, como a solidariedade social e a igualdade substancial, evidentemente presentes na emenda constitucional em matéria de previdência social. Se assim não fosse, se uma cláusula pétrea fosse levada ao extremo da imponderabilidade, far-se-ia *tabula rasa* da estabilidade política que, com ela, pretendeu alcançar o legislador. Ou seja, se nem mesmo o constituinte derivado, como expressão da vontade popular, pudesse sopesar direitos adquiridos em favor de outros princípios igualmente importantes, e inseridos, também eles, no rol das garantias constitucionais, eventuais alterações políticas e sociais só se poderiam concretizar mediante movimento revolucionário, sendo impotentes as instituições democráticas, especialmente os Poderes constituídos, para levar a cabo as aspirações democráticas de transformações sociais.

Oxalá deste debate possa resultar a desmistificação do direito adquirido. Afinal, tal importantíssima categoria destina-se à proteção das relações patrimoniais e não deve, definitivamente, ser compreendida em si mesma, sem a necessária valoração de sua aptidão funcional, no caso concreto, à defesa das relações existenciais, dos princípios constitucionais e, especialmente, do valor-princípio da dignidade da pessoa humana.

G.T.