

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

FÁBIO LUÍS BINATI

**CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA
JURÍDICA E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS ADQUIRIDOS: uma análise à luz do
princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.**

MARÍLIA
2019

FÁBIO LUÍS BINATI

CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS ADQUIRIDOS: uma análise à luz do princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação *stricto sensu* em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Linha de Pesquisa: Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Lafayette Pozzoli.

MARÍLIA
2019

Dedico à minha eternamente bem querida Dayse, por toda a paciência e incentivo durante essa jornada.

Dedico aos meus pais, Luiz e Beth, pelo esforço, contribuição e confiança depositados em mim.

AGRADECIMENTOS

Ao Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, que me acolheu como filho ao seu corpo discente, me presenteando com riquíssimo conhecimento para toda a vida, na convivência com professores espetaculares, funcionários incríveis e demais alunos que se tornaram grandes amigos.

Ao meu orientador, professor Dr. Lafayette Pozzoli, que dedicou valioso tempo a contribuir com o presente trabalho, incentivando e apoiando a pesquisa.

Ao eminente advogado previdenciarista Rodrigo de Oliveira Cevallos, de Votuporanga-SP, quem a mim abriu as portas de seu escritório jurídico, a partir do qual, nos nossos dias de luta contra malfadadas decisões judiciais em matéria previdenciária, fez surgir em mim o desejo de desenvolver a presente pesquisa.

À Mestre Ângela Rocha de Castro, respeitada advogada de São José do Rio Preto-SP, que, mesmo não me conhecendo, foi a primeira pessoa a me estender a mão quando manifestei o desejo de prospectar uma vaga no mestrado em Direito, dedicando a mim seu precioso tempo, me sugerindo livros e incentivando a pesquisa.

Ao meu eterno professor da graduação em Direito, a quem dedico imensa admiração, professor Livre Docente, Dr. Reinidolch Caffagni, que sempre incentivou seus alunos à produção científica, e quem vivia repetindo a estes, com voz grossa e ressonante, a frase: “nunca parem de estudar, nunca!”.

À Dayse, um anjo, que por tantos finais de semana teve minha convivência furtada em nome do estudo, abriu mão de valiosos momentos juntos para que eu pudesse terminar essa importante fase da vida, sem nunca reclamar ou deixar de me incentivar mesmo quando o desânimo me abatia.

Aos meus pais, Luiz e Beth, pela segurança financeira que me ofereceram durante todo esse curso, contribuindo de forma decisiva para a sua conclusão, que do contrário não teria sido possível, com os quais tenho uma dívida impagável.

Aos meus colegas de trabalho que durante esse processo estiveram do meu lado no escritório, incentivando e contribuindo, direta ou indiretamente, os advogados Aniele, Bárbara Rossi, Eder, Fabrício, Gabriela, João Victor, Kleber, Luciana, Rogério, Salviano, Thaís e Túlio, bem como às funcionárias Andreila, Bárbara Zanata, Izabela e Marcelli.

A todos os professores do curso, que tive o imenso prazer de conhecer, conviver e aprender, saibam que encheram o meu coração de admiração.

De uma forma muito especial à secretaria do mestrado em Direito do UNIVEM, na pessoa da amável Marilena Neto Nakadaira, a Leninha, que sempre, fazia sol ou chuva, nos recebia logo cedo com um sorriso gigantesco e tanto carinho.

A todos os estimados amigos da turma de mestrado do UNIVEM 2017-2018, sem nenhuma exceção, pelos maravilhosos momentos vividos dentro e fora de sala de aulas, nos bares, restaurantes, hotéis, congressos e eventos, pessoas das quais me recuso a esquecer e a deixar de amar.

Aos generosos arguidores da minha banca de qualificação e de defesa, professores Dr. Ivanaldo Oliveira dos Santos Filho e Dr. Luiz Gustavo Boiam Pancotti, pelo valioso tempo despendido na análise e crítica da minha pesquisa, cuja participação de Vossas Excelências abrilhantou a ocasião.

E ao final o mais importante. A Deus, o responsável por permitir que tudo isso se realizasse de forma tão satisfatória.

“A única função da teoria é indicar caminhos possíveis, nunca governar a prática.”
(Lúcia Bruno)

FÁBIO LUÍS BINATI

CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS ADQUIRIDOS: uma análise à luz do princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Banca examinadora da Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Resultado:

ORIENTADOR.....: _____
Prof. Dr. Lafayette Pozzoli

1º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr. Ivanaldo Oliveira dos Santos Filho

2º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr. Luiz Gustavo Boiam Pancotti

Marília, SP, 28 de Junho de 2019.

BINATI, Fábio Luís. **CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS ADQUIRIDOS: uma análise à luz do princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais**. 2019. 118 f. Dissertação. Mestrado em Direito. Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, SP, 2019.

RESUMO

A presente dissertação de mestrado, consubstanciada na crítica aos fundamentos da dogmática jurídica, oferece uma reflexão acerca do aparente conflito notado na jurisprudência brasileira quando os valores constitucionais protegidos pelo instituto da segurança jurídica e os direitos adquiridos se chocam, evidenciando a falta de critérios jurídicos que ofereçam ao intérprete do direito mecanismos suficientes e seguros de solução deste importante conflito. O estudo pretende promover a discussão acerca do tema, ainda não desenvolvida suficientemente pela doutrina e pela jurisprudência nacional, a investigar se na hipótese de choque entre os dois mecanismos de estabilização das relações, qual seria a melhor solução jurídica a ser aplicada, sem se olvidar da importância e fundamentalidade de ambos os institutos discutidos. A análise que utiliza o método analítico dedutivo, com apoio na doutrina nacional e estrangeira, objetiva demonstrar que os direitos adquiridos não podem ceder para uma busca cega pela segurança jurídica, devendo haver limites à sua aplicação, uma vez que a proteção dos direitos adquiridos são, em outras palavras, a própria efetivação da segurança jurídica, de modo que, violados os direitos adquiridos, é negada a própria segurança jurídica, e mais que isso, qualquer tentativa de limitação ao exercício dos direitos adquiridos, viola o princípio da proteção do núcleo essencial desse direito fundamental. Contudo, não se busca esgotar o tema, mas pretende-se apenas contribuir com a ampliação e o engrandecimento do debate jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; Absolutidade; Segurança jurídica; Direito adquirido; Núcleo essencial; Violação.

BINATI, Fábio Luís. **CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS ADQUIRIDOS: uma análise à luz do princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais**. 2019. 118 f. Dissertação. Mestrado em Direito. Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, SP, 2019.

ABSTRACT

This dissertation, based on the criticism of the fundamentals of legal dogmatics, offers a reflection on the apparent conflict observed in Brazilian jurisprudence when the constitutional values protected by the institute of legal security and acquired rights collide, evidencing the lack of legal criteria that provide the right interpreter with sufficient and secure mechanisms to resolve this important conflict. The study intends to promote the discussion about the subject, still not sufficiently developed by the doctrine and the national jurisprudence, to investigate if in the hypothesis of shock between the two mechanisms of stabilization of the relations, what would be the best legal solution to be applied, without forgetting of the importance and fundamentality of both institutes discussed. The analysis using the deductive analytical method, with support in national and foreign doctrine, aims to demonstrate that acquired rights can not yield to a blind search for legal certainty, and there should be limits to its application, since the protection of acquired rights are, in other words, the very effectiveness of legal security, so that, in violation of acquired rights, legal certainty is denied, and more than that, any attempt to limit the exercise of acquired rights violates the principle of protection of the essential nucleus fundamental right. However, the aim is not to exhaust the theme, but it is only intended to contribute to the enlargement and enhancement of the legal debate.

KEY WORDS: Fundamental rights; Absolute; Legal security; Vested right; Core core; Violation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1. OS MECANISMOS DE ESTABILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS	16
1.1. Da segurança jurídica	19
1.1.1. Segurança jurídica enquanto princípio e sua eficácia	25
1.2. Do direito adquirido	30
1.2.1. Direito adquirido enquanto direito fundamental	37
CAPÍTULO 2. A BASE CONCEITUAL E PRINCIPIOLÓGICA	45
2.1. O princípio da proteção da confiança	46
2.2. O princípio <i>tempus regit actum</i>	53
2.3. O instituto da decadência	55
2.3.1. A diferença conceitual entre prescrição e decadência e a teoria de Agnelo Amorim Filho.....	58
2.4. O princípio da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais	64
CAPÍTULO 3. A COMPLEXA RELAÇÃO ENTRE A PRESERVAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A TUTELA AOS DIREITOS ADQUIRIDOS	69
3.1. A assentada divergência jurisprudencial	74
3.2. Dos conflitos entre regras e das colisões entre princípios	84
3.2.1. Da Ponderação, da Proporcionalidade e da Derrotabilidade	86
3.3. A busca pelo núcleo essencial do direito adquirido	91
3.4. O procedimento argumentativo e decisório dos tribunais superiores e as decisões do RE 630.501 do STF e do Tema 966 do STJ	98
CONSIDERAÇÕES FINAIS	109

REFERÊNCIAS	113
--------------------------	------------

INTRODUÇÃO

Trata-se da dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Fundação “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, objetivando a obtenção do Título de Mestre em Direito, cuja área de concentração é “Teoria do Direito e do Estado”, dentro da linha de pesquisa “Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica”.

A presente pesquisa nasceu através de intensa inquietação vivida na advocacia previdenciária, sentida especialmente em razão de decisões judiciais que evidenciavam colidir dois direitos fundamentais de suma importância para a pacificação das lides, os direitos adquiridos e a eminente necessidade de respeitar determinada segurança jurídica nas relações.

Os direitos fundamentais são conceituados pela doutrina como a base estrutural do Estado democrático, a pedra de fundação, isto é, são direitos previamente estabelecidos como valores-chave, a partir dos quais todo o ordenamento jurídico nacional deve se pautar.

A segurança jurídica e os direitos adquiridos são direitos tidos por fundamentais. A primeira, princípio de suma importância à qualquer Estado organizado, visa trazer ao cidadão certa estabilidade nos atos do Estado, uma determinada previsibilidade no ordenamento que precisa ser respeitada, sob pena de causar insegurança nas relações jurídicas. Os segundos são uma garantia mínima de que o cidadão que implementar determinadas situações jurídicas na vigência de uma determinada lei, tenha esse direito resguardado ainda que haja mudança legislativa, por implemento completo de determinados requisitos. Em suma, também visa a salvaguarda da segurança jurídica.

A proposta do trabalho, lastreado no método analítico dedutivo, é investigar a validade, aplicação e alcance do princípio da segurança jurídica em questões onde haja reconhecido direito adquirido, oferecendo meios de reflexão acerca do aparente conflito que se evidencia na jurisprudência brasileira quando ambos os institutos citados se chocam.

Importante destacar ainda que, apesar das diversas decisões judiciais trazidas no corpo do texto, a pesquisa utiliza, ainda, o método analítico dedutivo, e não de estudo de caso, já que os julgados colacionados se fazem presentes apenas

para exemplificar e evidenciar o conflito que se suscita discutir e estudar na pesquisa, demonstrando o método argumentativo e decisório utilizado pelos tribunais acerca da matéria. Há, portanto, uma busca por base, critérios e argumentos claramente científicos, e não meramente práticos.

Partindo-se do pressuposto de que não há hierarquia dentre as normas constitucionais, tem-se que numa eventual colisão entre dois direitos fundamentais, ou dois valores constitucionais, sejam princípios ou não, as ferramentas jurídicas disponíveis para dirimir tais conflitos seriam suficientes, como a proporcionalidade, a razoabilidade, ou até mesmo a teoria da derrotabilidade, aplicados através de um exercício de ponderação e/ou sopesamento.

Ocorre que a jurisprudência brasileira evidencia uma aparente falta de critério na aplicação do direito quando os dois institutos propostos pelo tema colidem, isto é, os direitos adquiridos e a segurança jurídica, resultando no entendimento de se aplicar o princípio da segurança jurídica ainda que a matéria trate de reconhecido direito adquirido, isto é, contravindo os direitos adquiridos, como se não fossem importantes de serem mantidos e respeitados.

A falta de limites no reconhecimento e aplicação do princípio da Segurança Jurídica tem gerado certa instabilidade na jurisprudência quando a matéria envolve Direito Adquirido, causando uma determinada interferência de um princípio na esfera de atuação de outro instituto constitucional, refletindo evidente confusão.

É patente o conflito entre esses dois mecanismos de estabilização das relações jurídicas, que não pode ser resolvido simplesmente com os mesmos mecanismos disponíveis no direito para os conflitos entre normas ou princípios de direito, pois ambos os institutos citados não são antagônicos, mas muito pelo contrário, se referem ao mesmo objetivo e sentido jurídico, qual seja, de estabilização das relações jurídicas.

O instituto do direito adquirido visa exatamente trazer ao jurisdicionado proteção à segurança jurídica, o que demonstra que ambos os institutos em choque são gêneros da mesma espécie, visando o mesmo objetivo comum, estabilizar as relações jurídicas no tempo.

Ao se ignorar que respeitar os direitos adquiridos é trazer segurança jurídica, e violando este importante direito fundamental, qualquer que seja a limitação ao seu exercício, descumpre-se outro importante princípio aceito pelo Supremo Tribunal

Federal, apesar de não expresso na nossa atual Constituição, o da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

A doutrina nacional e estrangeira oferece relevante material teórico capaz de orientar a discussão proposta, como por exemplo Robert Alexy, Humberto Ávila, José Joaquim Gomes Canotilho, Carlo Francesco Gabba, José Afonso da Silva, Ingo Wolfgang Sarlet, Agnelo Amorim Filho, dentre vários outros não menos importantes. Entretanto, sob a ótica da violação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, quando do afastamento integral dos direitos adquiridos em face da segurança jurídica, a doutrina é carente e muito pouco expressiva.

No primeiro capítulo é feito uma introdução ao que se pretende, essencialmente, colocar em discussão, a fim de situar o leitor nos campos que se pretende pisar. No segundo capítulo é possível encontrar a questão conceitual e principiológica que envolve o tema, esclarecendo os mecanismos mais relevantes de estabilização das relações jurídicas que o direito dispõe. Já no terceiro e último capítulo, faz-se a demonstração da ocorrência do suscitado conflito proposto pelo tema, esclarece-se sobre os possíveis conflitos e colisões de direitos, e parte-se para a argumentação visando o fechamento da pesquisa, a demonstrar, ao final, a afirmação conclusiva alcançada através da pesquisa.

A conclusão pretendida é a de que o princípio da Segurança Jurídica tenha aplicação apenas excepcional e subsidiária, afeta às questões onde não há reconhecido Direito Adquirido ou qualquer outro mecanismo de estabilização que já garanta a preservação de direitos, de modo a preservar a soberania da Constituição Federal e essa sagrada garantia prevista no artigo 5º, cuja análise de cada caso deve passar pelo filtro do princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como mecanismo de limitação do seu alcance.

Concluiu-se que qualquer tentativa de limitação ou impedimento ao exercício de um direito adquirido não traz somente instabilidade jurídica, que afeta a própria segurança jurídica, mas ataca de morte o próprio direito em si, violando, portanto, o seu núcleo essencial, o que é reconhecidamente vedado.

Os direitos fundamentais, a despeito do entendimento majoritário na doutrina atual de que não são absolutos, podendo sofrer intervenções e limitações, no caso dos direitos adquiridos, qualquer limitação ao seu exercício fere o próprio direito em si, o seu núcleo essencial, haja vista não existir direito mais ou menos adquirido, ou

direito que foi adquirido só um pouco, para antes de seu lídimo exercício, seja retirado de seu titular.

Ademais disso, se todo direito fundamental é passível de limitações, por não lhe assistir a absolutidade, a segurança jurídica também não o é, de modo que não haveria razão jurídica plausível para engrandecer um direito fundamental em face de outro direito igualmente fundamental, ao ponto de esvaziar sua eficácia e impedir sua aplicabilidade prática.

Não se pode ignorar ainda a violação do valor constitucional dignidade da pessoa humana, ao passo que um direito não pode lhe ser dado, porque adquirido preenchendo determinados requisitos, ou sob a vigência de determinada lei, e posteriormente seu exercício negado ou impedido, sob o argumento da necessidade de se manter segurança jurídica, o que resultaria num verdadeiro contrassenso.

A literatura acerca do tema consiste, em suma, em doutrinas jurídicas e artigos científicos publicados, que na sua quase totalidade, ignora a violação do princípio da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais quando ambos os institutos de direito já citados colidem, e a jurisprudência escolhe violar/afastar um em favor do outro, conforme será demonstrado com o corpo dos julgados.

Sem pretensão de esgotar o tema, mas muito pelo contrário, busca-se apenas sedimentar uma posição contrária a este dogma criado nas cortes superiores de justiça, firmado pela jurisprudência e corroborado pela doutrina, de que a segurança jurídica se sobrepõe aos demais direitos igualmente fundamentais, como se fosse uma norma hierarquicamente superior, visando, ao final, contribuir com a comunidade jurídica no incentivo ao pensamento crítico e à pesquisa científica, a fim de engrandecer o debate jurídico.

CAPÍTULO 1. OS MECANISMOS DE ESTABILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

As relações humanas dirigem tudo o que se produz materialmente, de bom ou de ruim, sobre a terra. Tais relações tem naturezas diversas, mas em suma refletem interações sociais necessárias e imprescindíveis para o bom desenvolvimento social, moral, político, religioso, comercial, etc.

Essas relações sociais nem sempre envolvem o direito, mas o direito, querendo ou não, está presente em todas elas, já que o direito governa a vida das pessoas, ainda que não se atente e isto, o simples fato de nascer já movimenta uma infinidade de direitos e deveres, incidindo uma infinidade de legislações sobre este fato aparentemente simples.

Como chamou a atenção Miguel Reale:

A rigor, ninguém se relaciona na sociedade visando a fins estritamente jurídicos. São fins morais, religiosos, econômicos, estéticos, artísticos, utilitários, que determinam a conduta humana. O Direito é mais um instrumento de vida do que finalidade de vida. (REALE, 2001, p. 214)

Urge, a partir daqui, saber quais as relações que são tidas por jurídicas e, segundo o mesmo autor citado acima, as relações jurídicas não são mais apenas as que são reconhecidas pelo Estado que visa protegê-las, mas segundo o entendimento prevalente e atual, são relações jurídicas todas aquelas que, além do interesse de proteção que o Estado possui, também aquelas que o Estado cria ou instaura como modelos jurídicos que dirigem o comportamento dos cidadãos no trato das relações sociais. (op. cit. p. 214-215)

Em verdade, não se pode negar que toda relação social humana, desde o nascimento, vida escolar, laboral, profissional, amorosa, conjugal, comercial, etc., são relações jurídicas, porque sempre haverá amparo legal ou correspondência de uma norma jurídica alinhado à situação posta.

Não se pode olvidar da teoria do contrato social de Jean-Jacques Rousseau que, em suma, reflete um pacto implícito criado por todos conjuntamente (vontade geral), onde o povo abre mão de parte de suas liberdades para que um ente superior,

denominado Estado, governe sua vida social, estabelecendo leis que regerão as condutas e interações humanas de um modo geral.

Dessa forma, de um modo geral, toda relação social e/ou interação humana seria forçosamente uma relação jurídica. Mas este não é o entendimento que aqui se busca, pois de um modo mais restrito, a experiência social cotidiana não é necessariamente uma relação jurídica, já que somente as relações sociais que exprimem um conteúdo de juridicidade são relações estritamente jurídicas.

Essas relações jurídicas podem ser entre pessoas, isto é, decorrente da vontade de dois ou mais particulares, denominadas relações privadas, ou decorrer de relação com o poder público, em face do Estado ou das leis impostas por este, denominadas como relações públicas, cuja dicotomia é importante de ser discriminada.

Apesar de parte da doutrina entender que tal distinção é mera construção histórica, sem relevância prática, a maior parte dela entende ser dotada de importância pragmática, entendimento este que se adere no presente trabalho.

Seriam, portanto, relações jurídicas públicas, aquelas cujo interesse imediato e prevalecente atende a um interesse de caráter geral, e relação jurídica privada aquela cujo interesse prevalecente é de interesse pessoal e particular de cada parte, como por exemplo, relações de compra e venda entre duas pessoas físicas. (REALE, 2001, p. 342)

Kelsen diz que o posicionamento majoritário à identificar uma relação de direito público seria o viés da subordinação. Assim, os sujeitos da relação não estariam em igualdade de valor, mas um seria juridicamente superior ao outro, como existe entre Estado e súdito, revelando uma noção de “poder” ou de “domínio.” (KELSEN, 1997, p. 310-311)

De todo modo, é possível entender, por exclusão, que toda relação entre particulares, em igualdade, e cujo interesse prevalecente seja pessoal, é relação de direito privado. Se, do contrário, uma das partes visarem interesse prevalecente de caráter geral, ou estando uma das partes em situação muito superior à outra (Estado *versus* cidadão), tem-se uma relação de direito público.

Feita tal distinção, importante destacar que o presente trabalho enfoca o conflito entre o princípio constitucional da segurança jurídica e a proteção aos direitos adquiridos nas relações jurídicas públicas, envolvendo, especialmente, o direito do

Estado em face do direito do particular, como nos casos de direitos previdenciários, utilizados a título de exemplo, como se notará nos títulos mais adiante.

Além disso, importante destacar que não há intenção de tratar os direitos em si mesmos, isto é, o que o presente trabalho estuda quando trata dos direitos adquiridos, é o “valor” normativo constitucional do “direito adquirido”, quando em choque ou colisão com o princípio da Segurança Jurídica, e não um singular direito adquirido embasado em uma situação prática específica.

Quanto à norma, um tema que nunca saiu da pauta jurídica, já que é um dos maiores objetivos do estudo da teoria do direito, compreender a função do direito e alcançar efetividade de suas normas jurídicas, faz-se aqui uma pequena introdução.

Por meio da teoria da função social do direito, afirma-se que é possível resolver conflitos sociais tendo por referência a função social, como uma espécie de princípio estruturante de todo o ordenamento jurídico, que oferece elementos para que os operadores do direito apliquem na solução dos litígios.

Por ser um princípio estruturante do ordenamento jurídico, essa função social sofre mudanças de acordo com o momento histórico que a sociedade vive, assim como ganha diferentes contornos em razão de diferentes nações e culturas.

A percepção prática pode ser vista em qualquer violação de lei pelo cidadão comum, situação em que os próprios indivíduos se encarregam de manifestar reprovabilidade à conduta ilegal ou antissocial, não apenas porque ela viola uma norma, mas porque é uma atitude reprovável que viola o valor atribuído pelos cidadãos àquela situação jurídica violada.

Essa reprovabilidade das condutas que violam normas, por parte do cidadão, é a expressão clara da função social que aquela norma violada pretendia atender. Essa norma, antes de visar um objetivo jurídico, passou por um juízo sumário de valor dos cidadãos, e então passou a refletir a vontade popular, ganhando efetividade.

Segundo o professor José Francisco Carvalho:

A função social do direito é o fim comum que a norma jurídica deve atender dentro de um ambiente que viabilize a paz social. O direito sempre teve uma função social. A norma jurídica é criada para reger relações jurídicas, e nisso, a disciplina da norma deve alcançar o fim para o qual foi criada. Se ela não atinge o seu desiderato não há como disciplinar as relações jurídicas, e, portanto, não cumpre sua função, seu objeto. (CARVALHO, 2011, s/p.)

Por meio da aplicação/reconhecimento da função social do direito, é possível reconhecer que o legislador objetiva humanizar as relações jurídicas, adotando no texto da norma, os mesmos valores que os cidadãos adotaram com a natural evolução dos processos humanos e anseios da sociedade.

Em suma, se pode concluir que a função social do direito é harmonizar os direitos e garantias do cidadão com a criação de políticas públicas e legislações que permitam que esses direitos e garantias (especialmente os constitucionais e fundamentais) se efetivem no plano prático.

Feitas estas importantes distinções e destaques, de caráter meramente introdutório, parte-se agora para o estudo conceitual e teórico dos dois institutos conflitantes que originaram a presente pesquisa, que dará suporte à argumentação que será encontrada no terceiro e último capítulo.

1.1. DA SEGURANÇA JURÍDICA

Não sendo a humanidade estática, mas dinâmica, sempre em constante mudança e evolução, e sendo a lei reflexo natural das vontades do povo, existindo então para atender às necessidades da humanidade, é natural que as leis e normas também se transformem a fim de acompanhar esses anseios sociais, se evidenciando também dinâmicas e em constante evolução. O valor da segurança jurídica está na necessidade de manter a mínima estabilidade nas relações jurídicas enquanto as leis e normas se transformam com o passar do tempo.

Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. (CANOTILHO, 1993, p. 373)

Por um conceito mais adequado, o professor José Afonso da Silva diz que:

A segurança jurídica consiste no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das

consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”. (SILVA, 2006, p. 433)

Em suma, explica o mesmo autor, que se uma lei vigorou em determinado período, o cidadão precisa confiar, e o Estado assim o garantir, que as situações ou negócios jurídicos realizados dentro daquele período de vigência da dita lei, sejam respeitados mesmo depois de sua revogação, derrogação, invalidade ou mero decurso de prazo fixado, porque constituiu-se um direito subjetivo do sujeito, passando o direito a lhe pertencer, integrando seu patrimônio jurídico, podendo ser exercido a qualquer tempo. (op. cit. p. 433-434)

Por direito subjetivo, assinalado pelo autor acima citado, importante destacar que se trata de:

[...] um direito exigível segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente. [...] *Direito subjetivo* é a possibilidade de ser exercido, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio. (SILVA, 2006, p. 434)

Dessa forma, se o direito subjetivo não for exercido, apesar de regular e legalmente constituído, e sobrevier lei nova que o atinja, transforma-se em direito adquirido, podendo o titular exercê-lo quando lhe convier, ou então não exercê-lo, de acordo com a sua vontade.

Se por outro lado o direito foi regular e legalmente constituído, e veio a ser exercido pelo seu titular, isto é, satisfeito, torna-se situação jurídica consumada, se transformando, neste caso, em ato jurídico perfeito, ou ainda, se sobrevier de decisão judicial, coisa julgada, conforme o caso.

Por fim, também é importante lembrar que “Se não era direito subjetivo antes da lei nova, mas interesse jurídico simples, mera expectativa de direito ou mesmo interesse legítimo, não se transforma em direito adquirido sob o regime da lei nova [...]”. (SILVA, 2006, p. 435)

Carlo Gabba disse o mesmo ao destacar que há muitos direitos que não podem ser tipos por adquiridos, porque nunca poderiam integrar o patrimônio jurídico do sujeito, como os direitos inerentes a circunstâncias físico-naturais, como relativos a tutela, menoridade, etc. (GABBA apud ALMEIDA, 2012, p. 55)

A estabilização das relações jurídicas é uma tendência mundial, buscada e perseguida por qualquer Estado que se diga de Direito, a fim de evitar insegurança e amenizar a sociedade de risco em que vivemos. É um grande anseio de qualquer sociedade organizada, por isso merece especial atenção, e tem grande valor na pacificação dos conflitos, à medida que as leis e normas mudam e avançam, é cada vez mais importante preservar expectativas de direito.

O insigne juiz federal de vara especializada previdenciária e professor Victor Souza lembra que:

Desde a Constituição de 1934 (art. 113, inc. 3), é previsto que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”. As Constituições seguintes, com exceção da Constituição do Estado Novo (1937), também previram proteção semelhante. (SOUZA, 2018, p. 121)

A própria definição elementar do Direito pressupõe a existência de segurança jurídica, estando insculpida na sua estrutura, já que o Direito existe exatamente para a realização da segurança nas relações sociais.

A segurança jurídica pode ser considerada um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Seu objetivo claro é o de proteger e preservar as justas expectativas das pessoas nas relações jurídicas, visando impedir que se desconsidere ou se desfaça relações jurídicas anteriormente estabelecidas.

“[...] A base de todo e qualquer Estado de Direito é formada por basicamente dois princípios: de um lado, a legalidade; e de outro, a segurança jurídica e a proteção da confiança dos cidadãos.” (CANOTILHO, 1993, p. 371-372)

Insculpida expressamente no texto constitucional no artigo 5º, a garantia da Segurança Jurídica é posta ao lado de importantes direitos fundamentais, como liberdade e igualdade, isto é, os valores sociais mais importantes do nosso ordenamento, protegidos por cláusula pétrea, o que demonstra a enorme preocupação do legislador constituinte com a manutenção dessa importante garantia.

Segundo Humberto Ávila:

A Segurança Jurídica qualifica-se como norma jurídica da espécie norma-princípio, porque, pelo exame da sua estrutura e das suas partes constituintes, verifica-se que ela determina a proteção de um

ideal de coisas cuja realização depende de comportamentos, muitos dos quais já previstos expressamente. (ÁVILA, 2016, p. 267-268)

A ideia de Segurança Jurídica não pressupõe a imutabilidade das relações ou leis, mesmo porque estas podem ser mudadas, o que inclusive é obrigação do Estado para cumprir sua função social – realizar mudanças sociais – como previsto na própria lei maior. (CANOTILHO, 1993, p. 375). Até mesmo a própria Constituição Federal está sujeita a modificações, o que demonstra certa flexibilidade na mudança do texto, apesar da existência de algumas regras rígidas.

Ademais disso, importante lembrar que se a segurança jurídica fosse aplicada às cegas, sem considerar outros preceitos ou valores constitucionais de igual importância, as decisões judiciais passadas em julgado, por exemplo, jamais poderiam ser revistas, tornando o sistema que precisa ser dinâmico em algo inflexível, que não condiz com a necessidade humana de mudança, evolução e adaptabilidade das relações.

Nota-se, a partir daí, o problema que se apresenta, em se conseguir conduzir esse aparente choque de valores a equacionar, tarefa nada fácil para doutrina e jurisprudência.

Ao tratar do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, escreve Victor Souza:

Esses três institutos de proteção à segurança jurídica, por outro lado, devem se coadunar com a possibilidade de mudanças, inerente a qualquer organização social. Não é possível, por exemplo, que um Estado não possa afetar (reduzindo o suprimindo) o patrimônio jurídico de um cidadão, não possa invalidar uma determinada situação jurídica irregularmente consolidada, ou tenha que se submeter a uma decisão judicial que não observou determinados preceitos constitucionais (como a igualdade ou o devido processo legal, por exemplo). (SOUZA, 2018, p. 128-129)

Porém, tais modificações nas relações e na legislação devem assegurar estabilidade e continuidade normativas, visto que o homem precisa de certa confiabilidade mínima no Direito para o desenvolvimento de uma vida plena e aceitável, especialmente diante do dinamismo da lei que, como já dito, evolui para acompanhar os anseios da sociedade que se submete a ela.

Assim, não se refere à imutabilidade ou petrificação de situações jurídicas, mas ao menos que possam haver mudanças previamente calculáveis e que respeite o passado consolidado, refletindo o respeito ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Entretanto, não seriam quaisquer situações consolidadas sob a égide de lei antiga que estaria abarcada pelo direito adquirido, conforme debate Gabba:

[...] esses requisitos não seriam suficientes para elucidar de forma completa a existência dos denominados direitos adquiridos. Aos direitos individuais que fazem parte do patrimônio, apenas se deveria dar a condição de “adquiridos” ou “invioláveis” àqueles que constituíssem uma verdadeira e própria “utilidade” ao indivíduo, por concernirem propriamente à privada individualidade, ou, ainda, por se identificarem com a própria dignidade da pessoa humana. (GABBA apud ALMEIDA, 2012, p. 55-56)

De toda forma, não se pode permitir que situações já consolidadas pelo tempo, como o preenchimento de requisitos para adquirir determinado direito na vigência de uma determinada lei, ou uma sentença judicial transitada em julgado e ainda não executada, sejam desrespeitados, situações jurídicas desfeitas, a frustrar a expectativa legítima do cidadão detentor do direito que lhe foi atribuído legalmente.

Assim, ainda no entender do eminente jurista Humberto Ávila, a Segurança Jurídica seria um dever de controle racional e argumentativo, e não uma mera exigência de predeterminação, envolvendo também o processo de criação e aplicação do Direito, e não apenas no seu resultado. (ÁVILA, 2016, p. 273)

Tudo isso faz concluir que o conceito de Segurança Jurídica é bastante amplo, envolvendo um comprometimento do cidadão com a estabilidade das relações jurídicas, um dever do legislador infraconstitucional no poder de legislar, e também uma vedação ao próprio legislador constituinte na alteração do texto da lei maior, abrangendo não somente obrigações futuras, mas protege também as relações presentes e passadas, evidenciando uma abrangência intertemporal e quase totalmente irrestrita.

Se diz do presente, porque para a criação do próprio Direito o legislador deve observar esse princípio, não se permitindo criar obrigações ou impedimentos, de um modo geral, sem a garantia de que o cidadão os conheçam previamente e com antecedência suficiente para respeitá-los, ou deles se valer com segurança.

Ainda se diz do passado, porque visa proteger situações já garantidas ou resguardadas pelo direito no passado, como, por exemplo, o direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito.

Por fim, se diz do futuro, porque garante ao cidadão que conheça, previamente, o grau de vinculação das normas no futuro, gerando segurança na expectativa de implementar ou adquirir determinado direito, não estando sujeito a modificações que não permitam certo planejamento futuro.

Não se pode negar a importância do tempo para a sociedade e para o Direito. A tríplice dimensão de passado, presente e futuro é fundamental para a construção, evolução, interpretação e aplicação do Direito, sendo inegável o destaque que o tempo possui nos diversos institutos jurídicos. (PIRES, 2005, p. 695)

Em regra o instituto da Segurança Jurídica visa efetivar o Direito mediante imposição da estabilidade, visando certa previsibilidade por parte dos cidadãos em relação às mudanças no ordenamento e nas relações, gerando, ainda, confiança do sujeito no Direito.

Nas palavras de Ingo Sarlet, em recente obra coletiva sobre o tema Segurança Jurídica, diz-se da:

[...] ideia de proteção da pessoa (notadamente dos seus direitos fundamentais) e da própria ordem jurídica objetiva contra medidas de cunho retrocessivo, isto é, que tenham por escopo a redução e/ou supressão de posições jurídicas [...]. (SARLET, 2017, p. 58)

De todo modo, não se trata apenas de previsibilidade ou da garantia de conhecimento prévio das consequências de atos e condutas, mas a necessidade de certeza de que as regras e seus efeitos serão respeitados, e mantidos, ainda que hajam mudanças legislativas, garantindo então a previsibilidade e a confiança que se espera do Direito. (SAMPAIO, 2005, p. 06)

A finalidade: [...] também era proteger o cidadão de eventuais interpretações retroativas dos textos legais, pois a vedação à retroatividade das leis não bastava, em alguns casos em que a eficácia temporal da lei não estivesse clara. (SOUZA, 2018, p. 121)

Nas refletidas palavras do professor Carlos Alberto Molinaro:

A 'segurança jurídica' está ancorada na convicção da estabilidade, do equilíbrio que um sujeito desfruta no seu entorno, neste 'lugar de encontro', revela-se através dos atos de fidúcia sobre os próprios recursos, gerados pela certeza de estar incluído na ambiência social de modo valorizado e respeitado, implica o *status* em que a satisfação das necessidades se encontra garantido através de um conjunto de processos e procedimentos, de políticas afirmativas de medidas de precaução que asseguram uma relativa paz social. (MOLINARO, 2007, p. 97)

A importância deste instituto de direito transcende ao próprio texto da lei, pois, mesmo em países onde não há previsão constitucional expressa, mas sendo o Direito cognoscível, confiável e minimamente calculável ou previsível, o ordenamento propiciará a existência e respeito à segurança jurídica.

1.1.1. Segurança jurídica enquanto princípio e sua eficácia

Através de um conceito não jurídico, a palavra princípio indica o início, o começo de alguma coisa, mas não no sentido jurídico, em que a palavra ganha contornos mais específicos, exprimindo a noção de mandamento nuclear de um sistema. (SILVA, 2006, p. 91)

Gomes Canotilho chama a atenção para a complexidade de se distinguir entre regras e princípios, diante da aproximação que ambos assumem por terem praticamente a mesma função dentro do conceito geral de norma. (CANOTILHO, 1993, p. 166)

[...] a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais. Não faltam indícios de que a distinção entre regras e princípios desempenha um papel no contexto dos direitos fundamentais. As normas de direitos fundamentais são não raro caracterizadas como "princípios". (ALEXY, 2017, p. 85-86)

Os princípios seriam a fonte primária do saber, proposições diretivas, com a precípua finalidade de orientar o desenvolvimento de ideias. (PANCOTTI, 2009, p. 71)

Conforme o texto atual da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, as LINDB, (Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942), no seu artigo 4º, indica claramente que os princípios gerais de direito atuam também como socorro às

situações lacunosas das leis, direcionando o intérprete e ao mesmo tempo limitando a discricionariedade do mesmo.

Para fins ilustrativos, diz o citado artigo: “Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (BRASIL, 1942, s/p.)

Seriam, portanto, os princípios, certos enunciados lógicos admitido como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber. (REALE, 1991, p. 300)

Os princípios são sempre abstratos, genéricos, impondo situações para que algo seja realizado, como meio de proteção de direito, de forma prescritiva, e nunca descritiva, e diferentemente das regras, que ou são ou não são aplicadas, os princípios podem assumir vários graus de realização, mas sempre com efeito vinculante, podendo inclusive coexistir entre si, como nos casos de conflito de princípios.

No caso da segurança jurídica, estamos diante de um princípio geral de direito, constitucional, explícito, porque consta expressamente no texto normativo, mas originado no resultado de uma análise de um ou mais preceitos, ou de um conjunto de textos normativos, isto é, um produto de interpretação.

De toda forma os princípios gerais de direito não são inventados ou criados por alguém, mas apenas descobertos, porque fruto de interpretação de todo um conjunto normativo, revelando-se ao intérprete como uma verdade a ser reconhecida e respeitada.

Assim, seria possível afirmar que os princípios são a expressão da vontade de uma sociedade da qual todo o ordenamento jurídico adveio, através do exercício de consciência popular, se revelando preexistentes à vontade do legislador ou do intérprete.

Independentemente do princípio ser explícito ou implícito, isto é, estar positivado ou não, a maioria da doutrina compreende ambos como positivos, porque, ainda que advém do direito pressuposto, se os princípios não são criados, mas meramente descobertos, porque já existentes no corpo do sistema, eles já estariam positivados originalmente.

Segundo o festejado jurista Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. (MELLO, 2000, p. 748)

Essa relevância do instituto da segurança jurídica explicita-se não somente no fato de ser a segurança um princípio geral de direito, ou princípio constitucional, mas em razão também do valor “segurança” no ordenamento jurídico pátrio.

A jurisprudência é quase unânime ao reconhecer o conteúdo valorativo do Direito, especialmente porque a atual constituição da república, desde seu preâmbulo, já destaca os valores supremos da sociedade, que são entendidos como aqueles valores que a sociedade reconhece como essenciais à boa convivência. Tais valores tem, obviamente, força jurídica.

Não se trata de mera diferenciação semântica, ou tentativa vaga de hermenêutica, mas da importância do debate axiológico no âmbito jurídico, uma vez que parte da melhor doutrina afirma que os valores configurariam uma terceira e autônoma espécie de norma jurídica, ao lado das regras e dos princípios.

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita e implicitamente. (...) Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete. (BARROSO, 2006, p. 326-327)

Não é demais lembrar que em caso de conflito entre princípios, os mecanismos jurídicos dispostos a resolver tal choque, a ponderação, a proporcionalidade, razoabilidade, ou até mesmo a derrotabilidade, demonstram uma necessária passagem pela análise de valores.

Em suma, a segurança jurídica se evidencia em lugar de especial destaque, revelando-se um dos valores mais fundamentais do ordenamento jurídico.

A segurança jurídica pode, da mesma forma, denotar uma asserção sobre um estado desejável, isto é, de um estado que seja qualificado como digno de ser buscado, por razões sociais, culturais ou econômicas, porém não especificamente por uma imposição normativa. Desse modo, o uso da expressão “segurança jurídica” denota um *juízo axiológico* concernente àquilo que se julga bom existir de acordo com *determinado sistema de valores*. A frase “um ordenamento previsível é muito melhor para o desenvolvimento econômico que um imprevisível” denota que a segurança jurídica é um valor substancial da vida humana. Ainda, a segurança jurídica revela um valor igualmente porque apresenta as notas gerais dos valores, como implicação bipolar, referibilidade, preferibilidade, hierarquia, incomensurabilidade, inexauribilidade, objetividade e historicidade. (ÁVILA, 2016, p. 126-127)

Ademais disso, para o mesmo autor, há ainda na segurança jurídica um valor intrínseco que não depende do valor justiça, ao afirmar que a segurança é por si só um valor, ou seja, esse valor existe pelos seus próprios propósitos.

[...] defende-se a segurança apesar da injustiça, porque a segurança é uma forma de justiça geral. Um sistema previsível, estável e certo é importante, especialmente para se evitar a arbitrariedade, o casuísmo e a quebra de expectativas. De outro, a segurança jurídica pode ter um valor intrínseco agregatório de outros valores, no sentido de que, mesmo em uma ordem injusta, a existência de segurança proporciona um valor a mais. Apesar da injustiça, pelo menos haveria segurança. (op. cit. p. 194-195)

A compreensão que se tem do que ensina o autor, é a de que, mesmo em um sistema injusto, a existência dessa garantia de segurança jurídica, de estabilidade, traz vantagens adicionais, ao passo que o cidadão pode adotar medidas e estratégias, procurando adequar-se ao sistema e sofrer o menor impacto possível do direito que esteja em discussão e possa lhe afetar, o que demonstra, segundo o autor, o valor intrínseco, e autônomo, da segurança jurídica.

E continua o referendado autor afirmando que a segurança jurídica é um instrumento assecuratório de outros direitos, e por isso, tem valor instrumental, porque reforça e dá eficácia a outros direitos fundamentais, aduzindo que sem segurança não se pode garantir as condições necessárias para o exercício da liberdade, por exemplo.

A falta dessa garantia de estabilidade no tempo faz com que os sujeitos percam a capacidade de planejar e conceber o futuro, de modo a concluir que a segurança jurídica precisa existir para que existam outros direitos igualmente fundamentais, não se confundindo com mera garantia, como é o caso do mandado de segurança ou do habeas corpus, porque é um instrumento interno, ao contrário dos dois remédios-garantia citados. (op. cit. p. 195-196)

É possível concluir, portanto, que a busca por segurança jurídica constitui muito mais do que a busca pela efetivação de um mero princípio geral de direito, ou princípio constitucional explícito, mas um valor maior, autônomo e independente, que assume posição de caráter tanto material quanto instrumental, do qual outros direitos igualmente importantes dependem diretamente, já que sem segurança jurídica não se pode exercer a contento a liberdade, nem a propriedade, nem exigir a tão almejada igualdade, se revelando verdadeiro elemento constitutivo do Estado de Direito.

A nossa Constituição Federal de 1.988:

[...] não é apenas uma Constituição que protege a segurança jurídica; ela é uma Constituição que consubstancia a própria segurança jurídica. Vale dizer, ela não é somente uma Constituição para a segurança jurídica; ela é uma Constituição da segurança jurídica, por excelência. (ÁVILA, 2016, p. 215)

A grande maioria das Constituições e normas internacionais, de um modo geral, não esclarecem a que contornos se concebe a segurança jurídica, apesar desta se fazer presente, explícita ou implicitamente, não há menção ao seu âmbito de aplicação, tornando a expressão “segurança” genérica e com a ideia de cláusula geral.

A título de exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, proclamada na Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, no seu artigo terceiro, refere-se apenas à segurança pessoal do indivíduo, não se referindo expressamente a nenhum tipo de direito à segurança jurídica. (SARLET, 2017, p. 59)

Para fins ilustrativos, segue o citado artigo: “Art. 3 – Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.” (MAGNOLI, 2008, p. 133)

Quando há manifestação de alguma espécie sobre a segurança jurídica especificamente, esta normalmente está atrelada à matéria penal, vedando a retroatividade de determinados atos estatais, o que, porém, não implica concluir que a segurança jurídica não possa ser reconhecida nas legislações internas.

Certo é que havendo, ou não, menção expressa a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a ideia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio e *num certo sentido* – um Estado de segurança jurídica. (SARLET, 2017, p. 61)

Na Constituição brasileiras não são poucas as menções ao direito à segurança jurídica, que como já dito, assume papel de suma importância no desenvolvimento do nosso Estado de Direito, de forma a atingir tão importante patamar que, mesmo diante de declaração de inconstitucionalidade de lei, o Supremo Tribunal Federal, excepcionalmente, pode restringir os efeitos da declaração, para não atingir ou anular atos praticados sob a égide da lei inconstitucional, exatamente com base no respeito à segurança jurídica, isto é, a mínima confiabilidade que o cidadão depositou naquela lei enquanto vigente e antes de ser declarada inconstitucional.

Como destaca Sarlet, em obra coletiva já citada, citando as palavras de Gomes Canotilho: “proteção da confiança e segurança jurídica andam abraçadas e não podem ser compreendidas isoladamente.” (SARLET, 2017, p. 68), e complementa o autor estrangeiro, que a segurança jurídica é tão importante que seria, em verdade, um princípio densificador do princípio do Estado de direito, um elemento essencial deste. (CANOTILHO, 1993, p. 380)

1.2. DO DIREITO ADQUIRIDO

O instituto do direito adquirido remonta a história do próprio direito, apesar de não haver consenso na doutrina acerca de sua origem propriamente dita, ele pode ser encontrado desde o direito mesopotâmico e egípcio, onde já se viam impedimentos à retroação legal, porém, foi somente no direito moderno, sendo alguns exemplos a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, nos Estados Unidos, de 1.776, a Constituição Federal Americana, de 1.787 e a Declaração dos

Direitos do Homem e do Cidadão, da França, de 1.789, que o princípio da irretroatividade das leis apareceu de forma expressa nos mesmos contornos que hoje, mas naquele tempo visava somente gerar segurança às relações no campo do direito penal. (ALMEIDA, 2012, p. 49)

No Brasil, como já citado, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, de 1.942, também previu de forma expressa no seu artigo 6º as garantias ao ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, redação não original, já que este dispositivo foi acrescentado somente em 1.957, através da Lei 3.238.

No direito brasileiro a expressão “segurança jurídica”, durante muito tempo, foi atrelada somente às questões de alteração legislativa, e não exatamente na necessidade de tutelar os direitos adquiridos em face das modificações legislativas, garantindo expressamente o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, que seriam espécies do gênero “direito adquirido”, que, porém, de um modo geral, visam proteger os direitos definitivamente incorporados ao patrimônio jurídico de seus titulares.

Humberto Ávila destaca que a legislador constituinte “terminou por confundir *gênero* com *espécie* e *fonte* com *efeito* ao fazer um paralelismo entre o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.” (ÁVILA, 2016, p. 368)

Por isso, necessário antes de qualquer estudo do direito adquirido, ainda que superficialmente, delimitar as hipóteses abrangidas pela regra constitucional em razão do direito adquirido, em consonância com o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, a fim de evitar o equívoco de se atribuir a todos estes as mesmas características gerais que, apesar de semelhantes, os diferencia no campo hermenêutico e de aplicação prática.

Segundo a melhor doutrina acerca do tema, o ato jurídico perfeito é aquele segundo o qual já se consumou nos termos de lei vigente quando da consumação, ou seja, nada mais é que:

[...] a proibição de que uma nova norma venha a alterar requisitos dos atos jurídicos que já tenham sido celebrados por meio do preenchimento de todos os elementos necessários à sua exigência com base na norma anterior, vigente no momento de sua celebração. (ÁVILA, 2016, p. 369)

A coisa julgada impede que nova lei seja aplicada em casos já julgados por tribunal e cuja decisão já não caiba mais recursos, ou seja, procura eternizar questões que já foram submetidas ao crivo do judiciário, analisadas e respondidas, que são qualificadas pela impossibilidade de mudança, em razão do trânsito em julgado da decisão – limite objetivo – o que traz fim à discussão e estabiliza as relações. (op. cit. p. 370)

O direito adquirido, por sua vez, seguindo entendimento do mesmo autor, visa proibir que uma norma nova altere os efeitos gerados ou surgidos pelo implemento de fatos necessários à geração de um direito subjetivo por completo, nos termos previstos pela lei anterior, quando, apesar do implemento do direito, não tenha sido ainda exercido pelo titular, o que lhe garante possa exercê-lo mesmo diante de lei nova que altere as condições. (op. cit. p. 369)

Como já destacado, tal instituto de direito tem base na teoria da proteção da confiança, direito dos mais importantes de todo o ordenamento, a proteger a confiança do cidadão no Estado e a possibilidade de previsibilidade das relações jurídicas.

Segundo Lilian Barros de Oliveira Almeida: “A proteção ao direito adquirido constitui uma das soluções apresentadas, ao longo da história do direito, para resolver questões atinentes ao conflito de leis no tempo.” (ALMEIDA, 2012, p. 44)

Carlo Francesco Gamba, italiano que escreveu provavelmente a mais relevante doutrina acerca do tema, tendo influenciado fortemente o direito brasileiro, explica:

A lei nova não pode violar direitos precedentemente adquiridos; mas onde não se ofendam direitos desta natureza, a lei deve receber a mais ampla aplicação, quer se trate de fatos ou relações jurídicas totalmente novas, quer da consequência de fatos ou relações anteriores. (...) O direito adquirido é a consequência de um fato aquisitivo que se realizou por inteiro, a expectativa de direito resulta de um fato aquisitivo incompleto. A faculdade legal traduz um poder concedido ao indivíduo pela lei, do qual ela não fez ainda nenhum uso. Nesta linha, os direitos consumados e os direitos adquiridos não são alcançados pela lei nova. As expectativas de direito são atingidas sem retroatividade pela lei nova, que passa a discipliná-las desde o momento em que começa a vigorar. Igualmente são reguladas pela lei moderna as faculdades legais. (GABBA apud WALDRAFF, 2000, p. 120-121)

Apesar da doutrina ainda não ter fixado com precisão o conceito de direito adquirido (SILVA, 2006, p. 343), pode ser afirmado que os direitos adquiridos são, portanto, situações, fatos ou negócios jurídicos já consolidados, isto é, praticados inteiramente e já consumados, não dependente de nenhuma ação para findar-se, pois já findo. Assim, se uma relação jurídica já se concretizou do início ao fim em determinado momento, ou sob a vigência de determinada lei, a gerar um direito subjetivo ao sujeito, tal relação está protegida pelo instituto do Direito Adquirido, e não pode ser mudado, ainda que sobrevenha lei nova dispendo diferentemente, ou a lei que tenha constituído aquela relação venha a ser revogada ou derogada, pois consolidado está o fato, não estando mais sujeito a mudanças. Isso é, verdadeiramente, garantir Segurança Jurídica.

Vicente Ráo, por sua vez, ensina que:

O direito adquirido é a consequência de um fato e esta palavra tanto designa o acontecimento independente da vontade humana do titular do direito, quanto o ato que desta vontade resulta e a exterioriza, pois um e outro, revestidos dos requisitos legais, são geradores de direitos” “para que o direito possa surgir desses fatos ou atos, preciso é que eles se hajam verificado, isto é, que se apresentem perfeitos e acabados, segundo a lei em vigor. (RÁO apud WALDRAFF, 2000, p. 125)

Clovis Beviláqua diz que enfocando a questão da intertemporiedade do Direito, o respeito aos direitos adquiridos é uma necessidade imposta pelo instituto de conservação da sociedade, que não teria organização estável, nem base para o seu natural desenvolvimento, se a ordem jurídica e os direitos que ela assegura se dissolvessem com as sucessivas reformas da legislação. (BEVILÁQUA apud WALDRAFF, 2000, p. 127)

A verdade é que o Direito Adquirido é de difícil conceituação, não havendo uma fórmula única e geral que é aceita por toda a doutrina, mormente porque a Constituição Federal de 1.988 não trouxe parâmetros para fixar o conteúdo do Direito Adquirido, ficando a cargo do intérprete sua conceituação e a dura tarefa de aplicação no campo prático, cuja interpretação pode variar dependendo de cada caso concreto.

Eis alguns conceitos da melhor doutrina sobre Direito Adquirido:

A cláusula do direito adquirido pode ser compreendida como a proibição de aplicação de nova norma relativamente a direitos surgidos pela concretização dos requisitos legais necessários à eficácia de fatos ou de atos jurídicos com base em norma anterior, vigente no momento da sua verificação. (ÁVILA, 2016, p. 369)

Segundo o conceito de Humberto Ávila, só seriam direitos adquiridos aqueles advindos de uma lei que foi revogada, derogada ou modificada, em prejuízo do sujeito, se tornando necessário concretizar a eficácia de fatos ou atos produzidos e consolidados com base na lei anterior. Em tese, somente mediante modificação legislativa é que surgiria o direito adquirido, que se aplicaria com base na lei anterior.

Chama-se adquirido o direito que se constitui regular e definitivamente e a cujo respeito completaram-se os requisitos legais e de fato para se integrar ao patrimônio do respectivo titular, quer tenha sido feito valer, quer não, antes de advir norma posterior em contrário. (MAXIMILIANO apud ALMEIDA, 2012, p. 119)

Maximiliano, por sua vez, aparenta ser um pouco mais flexível no conceito de direitos adquiridos, não restringindo sua aplicação somente à situações de modificação legal, mas a quaisquer direitos a que se completaram ou se constituíram situações jurídicas de forma definitiva.

O direito adquirido é a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência da lei nova sobre o mesmo objeto. (FRANÇA apud ALMEIDA, 2012, p. 119)

França e Ávila parecem alinhados no mesmo pensamento acerca dos direitos adquiridos, pois ambos concordam que o direito adquirido advém da lei que foi modificada, mas admite ainda a integralização do direito no patrimônio do sujeito, não somente materialmente, mas inclui um patrimônio moral no seu conceito.

Direito adquirido é a consequência de um fato idôneo a produzi-la, em virtude da lei do tempo no qual o mesmo se consumou e que antes da atuação da lei nova entrou a fazer parte do patrimônio da pessoa a quem respeita, sem que esta ainda o tenha feito valer. (LACERDA apud ALMEIDA, 2012, p. 119)

Lacerda, na mesma esteira de pensamento dos demais, afirma basicamente o mesmo conceito já expressado pela doutrina mais antiga, trazendo também

destaque à integralização de um direito no patrimônio jurídico do sujeito, de forma definitiva, mediante um fato idôneo que a produziu, isto é, legalmente.

Parece claro que nossa doutrina adotou essencialmente a denominada Teoria de Gabba, a teoria subjetivista, a qual determina a impossibilidade de alteração ou supressão do direito adquirido, ainda que o titular desse direito não se tenha manifestado interesse em garanti-lo, eis que já o possuía independentemente de prévia manifestação de vontade.

Para Gabba, é adquirido todo o direito que:

1) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato foi realizado, ainda que a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo; e que 2) nos termos da lei sob cujo império ocorreu o fato do qual se originou, passo imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu. (GABBA apud ALMEIDA, 2012, p. 53)

Uma citação interessante diz que é possível afirmar que todo e qualquer direito, se é direito, assim o é porque já foi adquirido. Se não for adquirido, também não será direito. Porém, essa interpretação do citado autor não revela o núcleo essencial do Direito Adquirido, que precisa ser esclarecido a fim de uma melhor compreensão do tema. (TOLOMEI apud ALMEIDA, 2012, p. 110)

Ressalte-se que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto princípio constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial tem por objetivo evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desproporcionais ou desmesuradas. Em termos exatos, tem-se em mira a efetividade de um direito fundamental. (MENDES apud ALMEIDA, 2012, p. 113)

A teoria absoluta entende que o núcleo essencial do direito consiste numa intensidade valorativa fundamental de cada direito, intocável, não sujeita a intervenção legislativa, isto é, um limite máximo de atuação do poder regulador do legislador ordinário, que não pode ser afetado sob pena de o próprio direito deixar de existir. Para a teoria relativa o núcleo do direito deve ser definido segundo cada caso em concreto, utilizando-se de um processo de ponderação, com base no princípio da proporcionalidade e razoabilidade. A diferença entre ambas as teorias é que na primeira o núcleo essencial é preestabelecido e fixo, predeterminado, e na

segunda ele é uma parte autônoma, variável conforme cada caso concreto. (ANDRADE, 2006, p. 304)

A questão é que, baseando-se numa ou noutra teoria, cuja distinção de qual é a predominante é irrelevante para este trabalho, o objetivo da proteção do núcleo essencial do direito fundamental, no caso o Direito Adquirido, é evitar uma relativização dos direitos fundamentais, a ponto de prejudicar sua essência e objetivo maiores, desvirtuando a proteção que ele deveria oferecer, mesmo a nossa Constituição brasileira não prevendo expressamente a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Apesar da não consagração expressa dessa garantia, como diz Gilmar Ferreira Mendes, é inequívoco que a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte, de modo que, a não admissão de um limite ao legislador tornaria inócua qualquer proteção fundamental. (MENDES, 2010, p. 309)

O princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, porém, dado sua importância e relevância para a conclusão do presente trabalho, será tratado em título próprio mais adiante.

O entendimento em face do princípio do direito adquirido era, portanto, ao se aceitar que a lei decorria da vontade geral dos cidadãos (ROUSSEAU, 2010, p. 49), naturalmente refletiria na paz social. Com as constantes mudanças necessárias para o aperfeiçoamento da lei e do direito, essa paz social seria quebrada, gerando insegurança, temor, desconfiança no sistema e no Estado, de modo que garantir os direitos já adquiridos, protegendo os cidadãos, lhes garantiria a paz social mesmo diante da necessidade de modificações legislativas. (TOLEDO, 2003, p. 141)

Em contrapartida a teoria objetiva previa que a preocupação do instituto do direito adquirido não era verdadeiramente preservar direito ou o patrimônio jurídico do cidadão particular, mas sim uma questão meramente temporal, a fim de determinar a impossibilidade de lei nova gerar efeitos para o passado, ou seja, era uma questão apenas de aplicabilidade das leis no tempo. (TOLEDO, 2003, p. 143)

Conforme já afirmado, o direito brasileiro adotou a teoria subjetivista de Gabba, aceito na quase totalidade do mundo, apesar de existirem críticas acerca de sua quase unanimidade, que teria gerado na doutrina posterior uma espécie de

reverência ao insigne jurista, não tendo sido produzido nada de novo ou rediscutido o tema desde então.

Nessa esteira, em suma, é possível entender que as situações jurídicas postas, enquanto não satisfeitos todos os requisitos, são meras expectativas de direito, não sendo compatível com os direitos adquiridos, que só incorporarão o patrimônio jurídico do titular, depois de integralmente satisfeitos e ainda não reclamados ou exigidos. A mera expectativa de direito não impede a incidência de lei nova na situação em curso, ou seja, ainda não terminada por completo.

Por fim, a conclusão que se tira não é a de que lei nova não possa retroagir, porque pode, mas desde que tenha como limite o Direito Adquirido, conforme acima fartamente conceituado, e o limite de interpretação do legislador infraconstitucional, no exercício do poder regulamentar da norma superior, encontra apoio no princípio da proteção do núcleo essencial do direito fundamental, que jamais poderá ser atingido, sob pena de se ter por rechaçado o próprio direito em si, o que atentaria contra cláusula pétrea e o próprio Estado Democrático de Direito.

1.2.1. Direito adquirido enquanto direito fundamental

O direito adquirido é um direito fundamental, previsto constitucionalmente, como já dito, no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1.988, garantido por cláusula pétrea, o que impede inclusive sua extinção, e como direito fundamental que é, merece especial atenção o tratamento jurídico dado aos direitos fundamentais no nosso ordenamento interno, a fim de, ao final, seja possível fechar o raciocínio com a conclusão que se pretende chegar através da presente pesquisa.

Segundo Robert Alexy:

Uma teoria geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã é uma teoria que se ocupa com problemas relacionados a todos os direitos fundamentais, ou a todos os direitos fundamentais de uma determinada espécie, como, por exemplo, a todos os direitos de liberdade, de igualdade ou a prestações positivas. (ALEXY, 2017, p. 38)

Apesar do autor fazer referência a constituição alemã, o estudo da teoria jurídica dos direitos fundamentais são aplicáveis às constituições democráticas de

outros países, uma vez que os problemas enfrentados em todas elas são particularmente iguais.

Mas o estudo da teoria dos direitos fundamentais é mais profunda, pois é afirmado pelos jusnaturalistas que os direitos fundamentais são pré-positivos, ou seja, direitos que precedem à própria Constituição, afetos à própria natureza humana, existentes naturalmente antes mesmo dos Estados os reconhecerem ou positivarem.

Em contrário, os positivistas entendem os direitos fundamentais como decorrentes da norma positivada, ou seja, decorrentes da própria Constituição do Estado.

Nos dizeres de Alexandre de Moraes, os direitos fundamentais são:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção ao arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana [...]. (MORAES apud PANCOTTI, 2009, p. 85)

José Afonso da Silva conceitua os direitos fundamentais como:

[...] aquelas prerrogativas e instituições consagradas pelo direito positivo para a garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas, tratando-se de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive, direitos que devem ser reconhecidos e efetivados em relação a todos. (SILVA, 2006, p. 495-496).

No conceito do festejado autor Luigi Ferrajoli:

Direitos Fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto pessoas. Por direito subjetivo quer dizer o autor que são qualquer expectativa positiva (de prestação) ou negativa (de não sofrer lesões) ligada a um sujeito por uma norma jurídica. (FERRAJOLI, 2001, p. 19)

Não há como não destacar, nos conceitos apresentados pela melhor doutrina, o uso das palavras ou frases como “convivência digna”, “garantias do ser humano”, “personalidade humana”, “dignidade”, “liberdade”, “igualdade”, o que demonstra claramente a relevância dos direitos fundamentais, cuja própria

terminologia já sugere, correspondente aos direitos base medular do Estado, as substanciais e elementares garantias do povo frente ao Estado, sempre com o fito de proteger a dignidade da pessoa humana.

Importante trazer à lume uma distinção existente entre direitos fundamentais e direitos humanos, frequentemente confundidos por muitos.

Conforme destaca com sobriedade Ingo Sarlet, a doutrina tem alertado para a homogeneidade da terminologia, que implica na necessidade de distinguir ambas as expressões, que não refletem exatamente a mesma coisa.

[...] o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos [...]. (SARLET, 2007, p. 35-36)

Dessa forma, é justificável a confusão entre direitos fundamentais e direitos humanos, dado sua íntima relação, mas necessário compreender que os direitos humanos são aqueles atribuídos à humanidade em geral, por meio de tratados internacionais, terminologia mais utilizada no âmbito do direito internacional. Os direitos fundamentais são os que estão positivados em determinado ordenamento jurídico interno. Por isso, aparentemente, a terminologia mais adequada no direito interno é “direitos fundamentais”, mesmo porque a própria constituição usa essa terminologia no título II.

Importante lembrar ainda que os direitos fundamentais, assim como a própria humanidade, são uma construção histórica, são dinâmicos, mudando de concepção em cada época e variando em cada localidade do planeta.

O que é fundamental, por exemplo, para o povo brasileiro, de característica predominantemente cristã, pode não ser para o povo do oriente médio, predominantemente islamista. Da mesma forma, o que é tido por fundamental no mundo atual não era igualmente interpretado na época anterior à revolução francesa.

Conforme defendeu Norberto Bobbio:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...] O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outra época e nem outras culturas. (BOBBIO, 2004, p. 9-13)

Gilmar Mendes, citando o espanhol Javier de Lucas, enfatiza o mesmo, ao dizer que “[...] os direitos fundamentais são um conjunto de faculdades e instituições que somente faz sentido num determinado contexto histórico”. (MENDES, 2010, p. 317)

Contudo, para o objetivo deste trabalho, vamos apenas lembrar, de forma bastante sucinta, as principais características dos direitos fundamentais.

Existem pelo menos três níveis de direitos fundamentais, classificados pela doutrina de primeira a terceira geração.

Os direitos fundamentais de primeira geração são os primeiros que surgiram com a ideia de um Estado submisso à uma Constituição, isto é, afastando os regimes totalitários, e distribuindo os poderes em órgãos independentes. Estes são os direitos que protegem o indivíduo perante o Estado, são os direitos civis, individuais e políticos, isto é, o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, voto, etc. Aqui a postura do estado é de abstenção, de não agir, sendo apenas um guardião das liberdades.

Os direitos fundamentais de segunda geração traduzem a evolução na proteção da dignidade humana, visando especialmente as necessidades do ser humano. Uma vez que o homem já estava garantido em face do poder do Estado, buscou-se agora a direção da proteção de sua dignidade, como direitos sociais, econômicos e os culturais. Aqui a postura do estado passa a ser ativa, fazendo-se presente, objetivando minimizar as carências individuais e sociais.

Os direitos fundamentais de terceira geração, depois de garantidas as liberdades e as necessidades humanas elementares, surge a busca do ser humano por uma essência, uma humanidade maior, com o sentimento de solidariedade e fraternidade, sem fronteiras físicas ou econômicas, incluindo-se aí a paz no mundo, o desenvolvimento econômico dos países, a preservação do ambiente, do patrimônio comum da humanidade e à comunicação, não adstritos apenas ao indivíduo ou à uma classe, mas universal.

Também são os Direitos Fundamentais divididos em três dimensões.

Analítica: que diz respeito à análise dos conceitos elementares, de norma, de direito subjetivo, de liberdade e de igualdade, buscando um exame profundo até à estrutura do sistema jurídico. Empírica: irradia-se a partir do conhecimento do direito positivo válido, e como o próprio conceito de “empírico” descreve, baseia-se na experiência, não se limitando à descrição do texto das leis. Requer análise da prática jurisprudencial nos casos concretos, que é uma necessidade irrenunciável do operador do Direito. Normativa: pressupõe o conhecimento da lei escrita, mas não é só isso, é a crítica da prática jurídica, especialmente a jurisprudencial. A questão central nessa dimensão é, a partir do direito positivo válido, determinar qual a decisão correta em um caso concreto, que pode ser a aplicação de juízo de valor à questão que foi deixada em aberto pela norma escrita. (ALEXY, 2017, p. 36)

Os Direitos Fundamentais são ainda divididos em quatro classes, sendo elas:

Direitos humanos: são direitos primários das pessoas e atinentes indistintamente a todos os seres humanos, como por exemplo, o direito à vida, liberdade, saúde, educação, etc.

Direitos públicos: também são direitos primários, mas reconhecidos somente aos cidadãos, como o direito à residência e circulação no território nacional, de reunião e associação, de trabalho, etc.

Direitos civis: são direitos secundários, atribuídos à todas as pessoas capazes, como a liberdade contratual, de escolher seu trabalho, poder negocial, de contrair matrimônio, direito de acionar o judiciário, etc.

Direitos políticos: também secundários, reservados unicamente aos cidadãos capazes, como o direito de voto, de ser votado, de ingressar em cargos públicos, e todos mais que representam a democracia política.

De todo modo, qualquer que seja o ordenamento levado em consideração, Direitos Fundamentais são todos e somente aqueles que resultem atribuídos universalmente à classes de sujeitos determinados pela identidade de pessoa, cidadão e capaz, e tem sido assim desde o Direito Romano, se bem que a maior parte limitados à classes bastante restritas de sujeitos. Mas tem sido sempre as três identidades citadas.

A universalidade, que indica que os direitos fundamentais são dirigidos à todos indistintamente, não circunscritos à uma determinada classe, sem distinção de cor, sexo, raça, religião, profissão, classe social, e inclusive nacionalidade, pois estendem-se aos estrangeiros no Brasil.

Gilmar Ferreira Mendes adverte que não são todos os direitos que são aplicáveis a todos, em face do âmbito de proteção que ele visa, seja quanto ao polo ativo (direito do trabalhador), seja quanto ao polo passivo (alguns são direcionados apenas ao Estado, outros aos particulares, e outros a ambos). (MENDES, 2010, p. 316)

Mas é claro que essa universalidade não é absoluta, como explica Luigi Ferrajoli, esses direitos são logicamente relacionados com as classes de pessoas a quem a titularidade é normativamente reconhecida, de modo que, por exemplo, no caso do princípio da igualdade, se a “intenção da igualdade” depende da quantidade e da qualidade dos interesses protegidos como direitos fundamentais, a “extensão da igualdade” depende da extensão daquelas classes de sujeitos, do *status* que a determina. (FERRAJOLI, 2001, p. 20)

São também Irrenunciáveis, ou seja, indisponíveis, o que quer dizer que são personalíssimos e o seu detentor não pode negociá-los, aliená-los ou renunciar aos mesmos, ainda que possa optar por não exercê-los. A dignidade humana é uma consequência de ser homem, e como o homem não pode deixar de ser homem apenas por livre vontade, não pode, também, abrir mão de sua dignidade (lembrando que é da dignidade que surgem os demais direitos fundamentais). (RODRIGUES, 2014, s/p.)

São inalienáveis, irrenunciáveis, inegociáveis, à medida em que o sujeito é submetido a eles independentemente de sua vontade pessoal, não podendo abrir mão destes ou negociá-los. O indivíduo pode, é verdade, deixar de exercer tais direitos, abster-se de exigi-los em determinada situação, mas não pode negociar, vender, alugar, emprestar ou abrir mão dos mesmos, pois são inerentes à própria condição humana.

Afirma-se ainda que tem aplicabilidade imediata, o que demonstra um zelo dos sistemas jurídicos democráticos em evitar que os direitos fundamentais virem letra morta, não estando sujeito à atuação do legislador infraconstitucional para sua efetivação no plano prático. Assim, os direitos fundamentais não são normas

meramente matrizes de outras, mas são diretamente reguladoras de relações jurídicas.

Propositalmente deixado para o fim, tem-se a característica da Limitabilidade e/ou Absolutidade, onde há muita divergência na doutrina, pois os direitos fundamentais não são absolutos, podendo não raramente chocar-se com outros direitos fundamentais ou outros valores constitucionais, o que implicaria a necessidade de um equacionamento entre eles, exigindo um regime de cedência recíproca (ARAÚJO; NUNES JR., 2001, p. 83), cujo tema é muito bem explicado por Pancotti nos capítulos 4 e 5 (op. cit.), com singular clareza, mas que para o objetivo da presente pesquisa será tratado mais adiante em título próprio.

Apesar da sua vital importância, estes direitos não são absolutos porque não podem ser usados como escudo protetivo contra atos ilícitos, o que demonstraria um desrespeito ao Estado de Direito. Os Direitos Fundamentais encontram seus limites nos demais direitos igualmente constitucionais, de forma que, havendo conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve usar das ferramentas para dirigir o conflito, evitando o sacrifício total de uns em privilégio de outros.

A ideia jusnaturalista de que os direitos fundamentais seriam absolutos, baseado na afirmação de estarem no patamar máximo da hierarquia jurídica, e de que o Estado existe para proteger direitos naturais, como a vida, a liberdade e a propriedade, encontra forte resistência no direito brasileiro, pois é uníssona a aceitação por aqui de que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, não sendo, portanto, absolutos, mesmo porque, ainda no âmbito internacional, a própria Convenção de Direitos Civis e Políticos de 1.966, da ONU, admite expressamente limitações “que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais de outros”. (MENDES, 2010, p. 316)

Dessa forma, os Direitos Fundamentais, especialmente os que serão tratados neste texto, Direito Adquirido e Segurança Jurídica, não são absolutos, encontrando limitações no próprio texto constitucional, podendo também se chocarem com outros direitos constitucionais, ocasiões em que o intérprete precisará equacionar o campo de atuação de cada instituto de direito e sopesar, no campo prático, qual deve prevalecer sobre o outro.

Não é raro que dois direitos fundamentais se choquem em casos concretos de modo a se mostrarem antagônicos, isto é, a aceitação de um pressupõe a eliminação de outro, o que, a bem da verdade, é temerário e merece ser visto com muito zelo, pois os direitos fundamentais não podem ser afastados pelo intérprete como se inexistentes fossem, ainda que seja em privilégio de outro direito fundamental.

Considerando que não existe hierarquia em abstrato entre princípios, por exemplo, somente no caso concreto é que se poderá visualizar uma possibilidade, ainda que mínima, de equacionamento entre eles, a fim de se evitar o afastamento total de um em sacrifício de outro.

Barroso ensina que:

Os limites dos direitos constitucionais, quando não constarem diretamente da Constituição, são demarcados em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz constitucional. Daí existir a necessidade de protegê-los contra a abusividade de leis restritivas, bem como de fornecer parâmetros ao intérprete judicial. (BARROSO, 2009, p. 332)

De suma importância lembrar que, apesar de não serem absolutos, mas relativos apenas, os direitos fundamentais não podem ser afastados totalmente, sob o risco de formar uma falsa noção de que as proteções constitucionais são frágeis e que podem ceder sempre que assim ditar o interesse público. Deve ficar claro que a regra é a observância dos direitos fundamentais e não sua restrição. (MAIA, 2012, s/p.)

CAPÍTULO 2. A BASE CONCEITUAL E PRINCIPIOLÓGICA

Feita no capítulo anterior uma apresentação genérica dos dois institutos colidentes a serem explorados no presente trabalho, parte-se agora para a base conceitual e principiológica que cerca toda a pesquisa, e que envolvem entendimentos necessários e conceitos importantes para a demonstração do conflito proposto pelo tema, para que ao final, no próximo capítulo, quando se pretende fechar a pesquisa com as considerações finais.

A base principiológica é de suma importância porque reflete um conteúdo extraído de todo um amplo conjunto de normas que conduzem à conclusão afirmativa proposta pelo enunciado do princípio.

Não há, portanto, um autor que seja “pai” de determinado princípio, ou o criador ou inventor deste ou daquele princípio, porque estes não podem ser criados ou inventados, mas apenas descobertos, mediante um exaustivo exercício interpretativo.

Como é sabido, os princípios atuam no direito como fonte primária do saber, se postando como proposições diretivas, com a finalidade precípua de orientar o desenvolvimento de ideias, e não são meramente afirmativas conforme as normas.

Conforme traz o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), “[...] princípios gerais de direito atuam também como socorro às situações lacunosas das leis, direcionando o intérprete e ao mesmo tempo limitando a discricionariedade do mesmo.”¹

Segundo Miguel Reale: “Princípios são, portanto, enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem um dado campo do saber.” (REALE, 2001, p. 306)

Canotilho lembra da importância de distinguir princípios de regras, afirmando que: “[...] é uma tarefa complexa distinguir entre regras e princípios, pois ambos assumem uma série de aproximações, por terem praticamente a mesma função dentro do conceito geral de norma.” (CANOTILHO, 1993, p. 166)

O mesmo é afirmado por Robert Alexy:

¹ Pode ser obtida na íntegra através do endereço eletrônico: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 09/04/2019.

[...] a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais. Não faltam indícios de que a distinção entre regras e princípios desempenha um papel no contexto dos direitos fundamentais. As normas de direitos fundamentais são não raro caracterizadas como “princípios”. (ALEXY, 2017, p. 85-86)

Entretanto, dado ao fato de não ser o objetivo do presente trabalho, não nos atentaremos profundamente acerca do tema, nos cumprindo, nessa fase, apenas elucidar a importância dos princípios que mais abaixo se propõe destacar, e a importância de sua conceituação e distinção com as regras.

Assim e por tudo, os princípios podem ser tidos por abstratos, genéricos, meios de proteção de direito, impondo situações para que algo seja realizado da melhor forma possível e atendendo aos preceitos legais, podendo ser aplicados em vários graus de realização, se evidenciando como vinculantes ao operador do direito; Já as normas, por sua vez, são concretas, específicas, sempre positivadas, se mostrando como imposições definitivas, não permitindo graus de realização, isto é, ou são aplicadas ou não são, e não são vinculantes, mas apenas funcionais.

Enfim, pode ser concluído que violar uma norma afeta apenas o campo de proteção, ou o valor, que ela visava proteger; mas violar um princípio é atingir todo um ordenamento jurídico do qual aquele adveio, conforme chama a atenção Celso Antonio Bandeira de Mello: “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.” (MELLO, 2000, p. 748)

2.1. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

A concepção de Segurança Jurídica passa não apenas pela necessidade de estabilizar relações jurídicas no tempo, mas está consubstanciada também na confiança dos destinatários das leis no trato das relações jurídicas públicas e privadas.

É sabido que as leis nascem para atender aos anseios do povo a que ela se destina, isto é, em tese, a lei visa atender uma demanda necessária e que vem de encontro com as necessidades do povo, especialmente em sociedades tão dinâmicas como a atual, que evolui rapidamente, tornando necessário que a lei

acompanhe essas mudanças e avanços, de modo que é cada vez mais importante preservar expectativas de direito.

Humberto Ávila identifica a proteção da confiança como:

O chamado princípio da proteção da confiança serve de instrumento de defesa de interesses individuais nos casos em que o particular, não sendo protegido pelo direito adquirido ou pelo ato jurídico perfeito, em qualquer âmbito, inclusive no tributário, exerce a sua liberdade, em maior ou menor medida, confiando na validade (ou na aparência de validade) de um conhecido ato normativo geral ou individual e, posteriormente, tem a sua confiança frustrada pela descontinuidade da sua vigência ou dos seus efeitos, quer por simples mudança, quer por revogação ou anulação, quer, ainda, por declaração de sua invalidade. (ÁVILA, 2016, p. 379)

De suma importância, portanto, que o indivíduo acredite, ao menos em regra, que os membros daquela sociedade obedeçam ao direito posto, ou seja, tenham confiança, já que a confiança é um dos pilares que sustentam um Estado de Direito que realmente atinge seus objetivos de promover a paz social e a justiça.

Não fosse essa confiança, reflexo da busca por maior segurança, a vida em sociedade deteria muito maior grau de complexidade, pela baixa previsibilidade do futuro. A confiança, nestes termos, é a percepção individual acerca da segurança mínima que o homem deve ter. (SOUZA, 2018, p. 139-140)

A partir do momento em que todo ou qualquer ato jurídico tenha sua validade questionada *incontinenti*, ou em que haja a necessidade de prévia validação administrativa ou judicial de todas as relações jurídicas operantes no seio de uma sociedade, o Direito torna-se algo absolutamente extrínseco aos seus destinatários e sufoca a liberdade e o bem-estar dos cidadãos, ao invés de protegê-los. (SANTOS, 2013, s/p.)

É exatamente essa confiança na legitimidade do Direito, e obviamente nas leis em vigor, que traz a segurança necessária ao desenvolvimento da vida em sociedade, pois do contrário seria absolutamente lotérico realizar negócios jurídicos, sem se saber qual seria o destino nas obrigações assumidas caso descumpridas, por exemplo.

É necessário, portanto, que o ordenamento jurídico seja dotado de mecanismos garantidores da fé do cidadão na lei e no Estado, ou seja, que haja

confiança do povo no sistema, pois de modo contrário o Direito não opera, por carecer de aplicabilidade, credibilidade, de confiança, e obviamente, carece da tão almejada segurança jurídica.

O princípio sofre grande crítica por parte minoritária da doutrina, como chama atenção Leandro Maciel do Nascimento, no sentido de se tratar de um princípio desnecessário, sob alegação de que já existem mecanismos a preservar expectativa justa de direito, bem como por conceder ao aplicador do direito muita subjetividade na interpretação do que seria confiança *stricto senso*, ou ainda, por limitar demasiadamente o Estado impondo limites ao exercício de seu mister, inclusive de atender aos interesses sociais mais relevantes. (NASCIMENTO, 2017, p. 130)

Ocorre que tais críticas não se sustentam, pois, como alerta Victor Souza:

[...] a irretroatividade, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, a prescrição e a decadência tem um ponto em comum: são todos institutos jurídicos voltados à proteção da segurança jurídica dos indivíduos em suas relações com o Estado, mas parametrizados por critérios objetivos, como a data do trânsito da sentença judicial, a data em que foram implementados os requisitos para a aposentadoria, a data do fato gerador tributário, a data da prática delituosa ou de sua consumação, a data do ato de concessão da aposentadoria, etc. [...] Nenhum desses institutos, todavia, destaca atenção aos aspectos subjetivos envolvidos, nas relações entre Estado e cidadão. Além disso, também não são institutos preparados para atos complexos, em formação, nem para as expectativas legítimas criadas por atos deste mesmo Estado. (SOUZA, 2018, p. 137)

Nessa esteira de pensamento, ao contrário da crítica doutrinária, o princípio da proteção da confiança se mostra não somente importante, mas extremamente necessário, ao passo que visa atender essa lacuna de situações jurídicas subjetivas que necessitam maior atenção do intérprete, não refletindo na impossibilidade de mudança, mas apenas na necessidade de maior atenção a elas, para que ocorram de forma racional e atinja minimamente o cidadão, a não afetar sua confiança no sistema. (op. cit. p. 137)

É exatamente na necessidade de se manter uma mínima confiança jurídica do homem no sistema é que surge o princípio da proteção da confiança, que prestigia a confiança na juridicidade em detrimento, muitas vezes, do próprio texto da lei,

quando criadas legítimas expectativas de direito do sujeito em relação a determinada lei ou ato jurídico ou administrativo já constituído.

O princípio da proteção da confiança é, portanto, mecanismo excepcional que visa estabilizar e preservar expectativas de direito que, ainda que prolongado no tempo, não se tornaram direito adquirido.

Assim, apenas excepcionalmente, em exercício de ponderação entre o interesse público consubstanciado na legalidade (que demanda o cancelamento do ato ilegal) e o interesse privado consubstanciado na segurança jurídica (que demanda a manutenção do ato ilegal), caso se comprove que haja confiança a ser protegida e que o indivíduo procedeu a alterações drásticas e duradouras de sua vida e de seu patrimônio em face do ato estatal inicial, em nome da proporcionalidade, deverá este ato estatal ser mantido [...]. (SOUZA, 2018, p. 181)

Em suma, visa impedir que alguém, o particular ou o Estado, vá contra seu próprio ato, ainda que esse ato seja equivocado ou ilegal, mas, se vigeu legalmente durante determinado tempo, e situações ou fatos jurídicos se constituíram durante essa vigência, ainda que o reconhecimento tardio da ilegalidade ou inconstitucionalidade da norma ocorra, diz o princípio que as situações, negócios ou fatos jurídicos constituídos nesse interim devem ser preservados, prestigiando a confiança que o cidadão depositou naquela norma.

Se o sujeito depositou sua confiança naquele ato, negócio ou norma, porque válidos, os efeitos de repentina mudança não lhe podem atingir, ou anular os efeitos do ato, negócio ou norma gerados para si, ainda que não se trate de direito já adquirido, que, como já visto, depende da total e completa realização dos requisitos a incorporar o direito em seu patrimônio jurídico.

Nota-se a importância de evitar que condutas de mudança repentina e imprevisível, atinjam ou desprezem expectativas legítimas dos cidadãos no ato ou norma, ainda que não se tenha por implementado o direito adquirido, o que afetaria a mesma esfera de proteção garantida pelos direitos adquiridos, que é a segurança jurídica.

Em suma, o princípio da proteção da confiança, implica em reconhecer que, em casos onde haja reconhecida, verdadeira e legítima credibilidade no direito por parte de um sujeito, isto é, a *confiança*, ainda que o ato tenha sido produzido ilegalmente, mas de boa-fé e já consolidado no tempo, tornar-se-ia necessário

garantir a proteção dessa confiança depositada no sistema jurídico, prevalecendo o ato em face da própria lei, o que torna o ambiente jurídico mais seguro.

As belas palavras de Vicente Ráo elucidam que:

[...] a inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de Portalis, “o homem que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não se pudesse julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso de seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem da natureza só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira de nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade, querer mudar através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças. (RÁO, 1991, p. 323)

A tarefa é árdua para o poder judiciário e para o intérprete da lei em geral, ao passo que deve escolher entre a proteção da confiança e o respeito ao ordenamento jurídico, à legalidade. Daí emerge uma eminente necessidade de ponderação de valores, apesar da alta subjetividade, para preservar a justa confiança depositada pelo cidadão no sistema, sem ferir substancialmente o Direito e a Constituição Federal, mas com vistas a manter a segurança jurídica e, ao mesmo tempo, sem impedir o exercício legítimo das funções estatais nas necessidades de mudança de acordo com o interesse público e/ou visando atender direitos fundamentais e sociais.

O objetivo principal do princípio da proteção da confiança legítima não visa obstaculizar o progresso do direito ou o avanço legislativo, cuja evolução é natural e necessária, mas apenas proteger os cidadãos de abruptas modificações que lhes frustrem expectativas legítimas, a fé depositada no Estado. (ARAÚJO apud SOUZA, 2018, p. 144)

Quanto ao seu conceito, o mesmo autor acima classifica ser:

[...] possível definir o princípio da proteção da confiança como uma norma com pretensão de complementariedade e com alcance determinável pelo caso concreto e impeditiva ou atenuadora dos possíveis efeitos negativos decorrentes da frustração, pelo Estado, de uma expectativa legítima do administrado ou jurisdicionado. (op. cit. p. 144)

Luís Felipe Colaço Antunes também citado por Victor Souza, em excelente obra sobre o tema, esclarece de forma muito objetiva o seguinte:

[...] o princípio da proteção da confiança legítima deve ser visto como *topos* essencial dos princípios da justiça e da equidade, com uma função de guia hermenêutico na procura da melhor solução jurídica. (ANTUNES apud SOUZA, 2018, p. 145)

Humberto Ávila, por sua vez, emenda: “[...] segurança jurídica que pode ser vista acima do mar, tal qual um iceberg, cuja ponta esconde uma imensa, externa e profunda base submersa.”, ao se referir ao fato de que a segurança jurídica é o gênero, da qual emana uma imensa e inteligente rede de espécies, da qual o princípio da proteção da confiança é uma delas, e talvez a mais importante do ponto de vista da justiça. (ÁVILA, 2016, p. 106)

O critério mais aceitável, como se nota, apesar da divergência doutrinária e também jurisprudencial, seria a análise e interpretação de cada caso concreto individualmente, com vistas a esclarecer os efeitos que referido ato tenha causado no plano prático, isto é, se o ato já perdura por longo período de tempo de modo que a sua invalidação ou desfazimento cause mais prejuízos às partes interessadas do que sua convalescença.

Mas não é somente isso, é imperioso que o direito tenha sido consumado pelo manto da boa-fé, daí sim, ele deve ser convalidado e mantido em nome da segurança jurídica, do contrário, deve prevalecer a lei.

Humberto Ávila propõe os seguintes critérios para diferenciação da proteção da confiança e da segurança jurídica:

O princípio da proteção da confiança (*Vertrauensschutzprinzipz*, *príncipe de protection de la confiance legitime*, *principle of protection of legitimate expectations*) é diferenciado do princípio da segurança jurídica pelos seguintes critérios: (a) *âmbito normativo* – enquanto o princípio da segurança jurídica diz respeito ao ordenamento jurídico como um todo, focando o âmbito macrojurídico, o princípio da confiança legítima relaciona-se com um aspecto normativo do ordenamento jurídico, enfatizando um âmbito microjurídico; (b) *âmbito pessoal* – enquanto o princípio da segurança jurídica representa uma norma objetiva, não necessariamente vinculada a um sujeito específico, o princípio da confiança legítima protege o interesse de uma pessoa específica; (c) *nível de concretização* – enquanto o princípio da segurança jurídica refere-se, primordialmente, ao plano abstrato, o princípio da confiança legítima

pressupõe o nível concreto de aplicação; (d) *amplitude subjetiva de proteção* – enquanto o princípio da segurança jurídica serve de instrumento de proteção de interesses coletivos, o princípio da confiança legítima funciona como meio de proteção de interesse(s) individual(is); (e) *protetividade individual* - enquanto o princípio da proteção da segurança jurídica é neutro com relação ao interesse dos cidadãos, podendo tanto ser usado em seu favor quanto em seu desfavor, o princípio da proteção da confiança só é utilizado com a finalidade de proteger os interesses daqueles que se sentem prejudicados pelo exercício passado de liberdade juridicamente orientada. (ÁVILA, 2016, p. 381)

Como o princípio da proteção da confiança, conquanto constitua uma das vertentes de incidência do princípio da segurança jurídica, acaba por mitigar a aplicação das leis tal qual interpretadas a fatos que a elas estariam subsumidos, aplicação essa que também é, de seu turno, uma medida de preservação do mesmo princípio da segurança jurídica, nessa segunda hipótese, relacionada à certeza de que as leis terão efetividade, é preciso que se busquem elementos, requisitos, critérios para que se decida, em cada caso concreto que demande o enfrentamento dessa questão, qual dos valores albergados pelo dito princípio deve prevalecer: a confiança ou a credibilidade na infalível incidência da lei. (RÁO, 1991, p. 324-325)

De todo modo, o importante princípio da proteção da confiança legítima visa exatamente a preservação de determinada segurança jurídica, quando atos são praticados com legítima confiança por parte do sujeito, consumado pelo manto da boa-fé, que ao passar do tempo torna o desfazimento do ato mais oneroso e menos cabível do que respeitar a confiança depositada pelo sujeito na legislação ou no ato, para convaler o mesmo como se imaculado fosse. Mas é importante esclarecer que tal teoria tem aplicação excepcionalíssima, cabendo ao intérprete analisar o caso concreto com extrema cautela, pois a legalidade não pode ser segregada tão facilmente a ponto de passar a impressão de ser dispensável.

Diferencia-se da teoria do fato consumado porque aquela visa proteger uma expectativa de alcançar o direito, que gerou a confiança de que o mesmo se realizaria, ou se já realizado, se manteria devido o decorrer do tempo. Neste, o fato ou negócio já se consolidou, se consumou integralmente, e ainda que ilegal ou venha a ser declarado nulo futuramente, após decorrido longo período, se convaler, se mantém, porque o cidadão acreditou, depositou confiança, de boa-fé, de que aquele ato consumado era legítimo.

A saber, o princípio da proteção da confiança, para sua caracterização, exige-se:

A presença de pelo menos quatro requisitos (um comportamento estatal que configure uma base de confiança, a existência, no destinatário do comportamento, de uma confiança naquela base, o exercício efetivo e concreto dessa confiança e a sua frustração em razão de mudança de comportamento do Poder Público); em segundo lugar, desde que cumprida a etapa anterior, deve-se realizar a ponderação desta confiança (individual) com a finalidade (pública, meta-individual) que justifica a atuação estatal. (NASCIMENTO, 2017, p. 143)

Diante da impossibilidade de aplicação de qualquer desses mecanismos de estabilização das relações jurídicas, ainda é possível manter situações jurídicas irregulares ou ilegais desde sua origem, com base na teoria do fato consumado, conforme preleciona de forma muito objetiva e clarividente Odim Brandão Ferreira, citado por Nascimento:

O fato consumado constitui o argumento judicial utilizado para validar, em sentenças, as atividades ilegais protegidas por liminares, tão-somente porque o beneficiário delas já praticou o ato que lhe interessava, quando chegado o momento de decidir a causa. Essa definição parece reunir as duas características do objeto estudado. Antes de tudo, a decisão que prestigia o fato consumado protege situação contrária ao direito. Com o passar de décadas e com a utilização das fórmulas prontas ‘fato consumado’ e ‘situação de fato consolidada’, perdeu-se a consciência de algo fundamental: o Judiciário preserva sempre uma ilicitude, quando usa ambos os apelidos para decidir causas. Fosse o provimento cautelar válido, o Judiciário não precisaria do argumento em causa para conservá-lo. Bastaria dizer que a liminar deferida respeita o direito, motivo pelo qual a sentença a confirma. Portanto, quem fala em fato consumado fala também em ilicitude. A segunda característica do fato consumado consiste em que, apenas do ponto de vista de fato, sensorial, a atividade ilícita desenvolvida sob a proteção da liminar se esgota anteriormente à decisão judicial do mérito da causa. (FERREIRA apud NASCIMENTO, 2017, p. 148)

2.2. O PRINCÍPIO *TEMPUS REGIT ACTUM*

Tempus regit actum, do latim, significa literalmente “o tempo rege o ato”, no sentido de que os atos jurídicos se regem pela lei da época em que ocorreram, se

mostrando como regra, frente às exceções que permitem a retroatividade e ultratividade dos efeitos de leis novas, que podem gerar efeitos para momento anterior à sua vigência ou somente para o futuro, após sua vigência.

Grosso modo, a norma a ser aplicada nas mais diversas situações ou fatos jurídicos é aquela vigente no momento da prática do ato ou ocorrência do fato, evitando-se sucessivas mudanças de situação jurídica já consolidada ou que se consolidaram na vigência de determinada lei, com o claro objetivo de trazer segurança jurídica às relações.

Como já dito mais acima nos títulos anteriores, mas que vale reiterar, os princípios de direito são extraídos de um conjunto de normas, ou de todo o ordenamento, através de um exercício de interpretação, se mostrando um resultado de todo um conjunto de normas que indica aquela determinada conclusão.

Dessa forma, o princípio citado não foi inventado, ou criado, sem base legal ou científica. O mesmo é fruto de longa aplicação da mais estrita hermenêutica, extraindo-se do texto e dos mandamentos constitucionais, nada mais nada menos do que mais um mecanismo de expressão da segurança jurídica.

A vedação da retroatividade da norma nova para atingir, ou modificar, situações anteriormente consolidadas, tem previsão constitucional, no mesmo artigo que defende, exatamente, os direitos adquiridos, artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna.

Ainda a título de exemplo, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, já citada anteriormente, a LINDB, no seu artigo 24, traz o seguinte enunciado:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. (grifo nosso) (op. cit. s/p.)

Nota-se que o artigo traduz exatamente o conceito do princípio *tempus regit actum*, ao afirmar que, quando completado o ato na vigência de determinada orientação, esta deve ser levada em conta, ainda que houverem mudanças posteriores, ou seja, aplica-se o entendimento da data do ato ou fato jurídico, a fim de resguardar segurança jurídica e, deste entendimento, também pode ser concluído

que o objetivo do citado artigo é, também, resguardar os direitos adquiridos, já que a situação se consolidou na vigência de determinado entendimento, não poderia ser modificado futuramente, porque o sujeito atingido pela norma nela confiou, adquiriu direitos e contraiu obrigações com base naquele entendimento, merecendo a salvaguarda de confiança no sistema então vigente.

Apesar da aparente simplicidade do tema, não é raro ver na jurisprudência brasileira, especialmente do Supremo Tribunal Federal, decisões que, permita-se dizer, sem critério jurídico aceitável, varia de posicionamento, ora aplicando irrestritamente a irretroatividade, outrora permitindo a retroatividade para situação jurídica similar, causando ainda mais instabilidade e insegurança que já se vê e se vive no direito brasileiro há muito.

Como destaca José Afonso da Silva, o ato jurídico perfeito é instituto irmão do direito adquirido, que se sintetizam no princípio *tempus regit actum*, por visarem, todos eles, o mesmo objetivo comum, a garantia da segurança jurídica, de modo que é impossível dissociar um do outro. (SILVA, 2006, p. 435-436)

Para o propósito deste trabalho não se tratará das exceções à regra de não retroatividade da lei para situações passadas e consolidadas, como no caso do direito penal, que admite a retroação da norma mais benéfica ao réu, porque desnecessárias ao fim a que se destina a pesquisa.

Basta, neste momento, sintetizar o entendimento e a compreensão de que o referido princípio é a expressão da segurança jurídica, como mais um argumento a demonstrar a necessidade de se respeitar os direitos adquiridos sob a vigência de determinada lei anterior.

2.3. O INSTITUTO DA DECADÊNCIA

O instituto da decadência decorre de norma infraconstitucional (artigos 207 a 211 do Código Civil Brasileiro), que visa regular a perda de um direito potestativo devido ao decurso de determinado prazo decadencial fixado em lei, ou por convenção entre as partes de um negócio jurídico.

A título de exemplo a decadência pode ser encontrada no Código Civil Brasileiro, nos artigos 119, parágrafo único, 178, 210, 446, 505 dentre outros, e na já citada Lei 8.213/91 no artigo 103, que dispõem, respectivamente:

Código Civil:

Art. 119. É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou.

Parágrafo único. É de cento e oitenta dias, a contar da conclusão do negócio ou da cessação da incapacidade, o prazo de decadência para pleitear-se a anulação prevista neste artigo.

Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

I - no caso de coação, do dia em que ela cessar;

II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

Art. 210. Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei.

Art. 446. Não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos trinta dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência.

Art. 505. O vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de três anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias.

Lei 8.213/91:

Art. 103. O prazo de decadência do direito ou da ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão, indeferimento, cancelamento ou cessação de benefício, do ato de deferimento, indeferimento ou não concessão de revisão de benefício é de dez anos, contado: (Redação dada pela Medida Provisória nº 871, de 2019)

I - do dia primeiro do mês subsequente ao do recebimento da primeira prestação ou da data em que a prestação deveria ter sido paga com o valor revisto; ou (Incluído pela Medida Provisória nº 871, de 2019)

II - do dia em que o segurado tomar conhecimento da decisão de indeferimento, cancelamento ou cessação do seu pedido de benefício ou da decisão de deferimento ou indeferimento de revisão de benefício, no âmbito administrativo. (Incluído pela Medida Provisória nº 871, de 2019)

Antônio Luiz Câmara Leal conceitua a decadência como sendo:

A extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício se tivesse verificado. (LEAL, 1982, p. 123)

Já Sílvio de Salvo Venosa, no mesmo sentido, conceitua:

Decadência é a ação de cair ou o estado daquilo que caiu. No campo jurídico, indica a queda ou perecimento de direito pelo decurso do prazo fixado para seu exercício, sem que o titular o tivesse exercido. (VENOSA, 2013, p. 578)

Para Humberto Ávila, tratando do direito tributário:

A decadência significa, portanto, um efeito jurídico instituído por regra infraconstitucional que marca a prevalência incondicional da segurança jurídica sobre a justiça: mesmo que o contribuinte deva, e saiba que deve, o transcurso do prazo opera a perda do direito da Fazenda de constituir o crédito tributário. (ÁVILA, 2016, p. 364-365)

Através de seu conceito, pode ser concluído que a decadência ocorre quando o titular de determinado direito que havia prazo previsto em lei para seu exercício, não o exerce, ficando inerte, esgotando-se o prazo e com ele esvaindo-se o direito em si, ou seja, é o término definitivo do próprio direito.

Assim, o instituto da decadência existe exatamente para trazer segurança jurídica e estabilidade às relações jurídicas a ela impostas, não havendo outra razão para limitar o exercício de determinado direito senão a garantia de segurança e estabilidade, sendo uma decorrência objetiva do princípio objetivo da segurança jurídica. (op. cit. p. 365)

Parece não haver dúvida da importância do instituto da decadência para a efetivação da almejada segurança jurídica, ao encerrar o direito em razão da inércia do titular por determinado tempo, demonstrando verdadeiro desinteresse na modificação ou realização do direito que lhe assistia.

Não se pretende desvalorizar ou mitigar o instituto da decadência de forma a inutiliza-lo do nosso ordenamento, porém, para o objetivo deste trabalho, necessário destacar que a decadência deve ter aplicação apenas e tão somente às questões que não envolvam direitos adquiridos, pois do contrário, tal lei

infraconstitucional invadiria a esfera de proteção de norma constitucional, direito fundamental inclusive, que são os direitos adquiridos.

Não se poderia admitir, nessa esteira, que direito fundamental de tamanha importância, que por sua vez já é mecanismo de proteção da segurança jurídica, seja atacado por norma infraconstitucional, que também tem a mesma finalidade de efetivar a segurança jurídica, o que evidencia claro conflito ou choque entre ambos os institutos.

A melhor doutrina a respeito é firme ao enfatizar que:

A decadência, como visto, fulmina o direito, excluindo por via indireta qualquer possível pretensão do interessado. Todavia, é fundamental lembrar-se que tal hipótese esbarra na garantia constitucional do direito adquirido, que não pode ser aviltado pela lei, a qual, por sua vez, evidentemente não poderá fixar prazos para seu exercício. A decadência somente poderá atingir direitos potestativos abstratamente considerados, nunca o direito concreto, individualizado, já integrado ao patrimônio jurídico do segurado da Previdência Social, sob pena de desrespeito à Constituição. (IBRAHIM, 2015, p. 421)

Sendo a decadência decorrência lógica do princípio da segurança jurídica, e indissociável deste, remete-se novamente ao raciocínio originalmente proposto, da existência de conflito entre a segurança jurídica e os direitos adquiridos, porque:

“O essencial é que a própria fixação de prazos opera em favor da estabilidade das situações jurídicas e da eliminação das incertezas. O que se prestigia, em outras palavras, é o princípio da segurança jurídica.” (ÁVILA, 2016, p. 365)

Entretanto, a questão atinente ao choque, ou conflito, entre o instituto da decadência e os direitos adquiridos, será tratado mais adiante em título próprio.

2.3.1. A diferença conceitual entre prescrição e decadência e a teoria de Agnelo Amorim Filho

Há muitos conceitos trazidos pela mais ampla doutrina acerca das essenciais diferenças entre prescrição e decadência que, porém, pouco contribuem ou esclarecem o tema, se limitando a afirmar, grosso modo, que a prescrição extingue o direito de ação, enquanto a decadência extingue o direito material em si mesmo,

como escreveram Clóvis Bevilacqua, Antonio Luís da Câmara Leal e Friedrich Carl von Savigny, apenas a título de exemplo.

Se se admitir que tanto o tempo quanto a inércia revestem-se de juridicidade, com capacidade de se constituir fato jurídico, o transcurso de determinado tempo precisa ser, mesmo em inércia de uma ou todas as partes de uma relação jurídica, reconhecida como imperativo da proteção da confiança.

Não se pretende, neste trabalho, negar a importância do tempo como fator decisivo para a estabilização de relações jurídicas, cuja ignorância traria insegurança jurídica e social, mas que, porém, se limitam apenas à situações em que os negócios jurídicos, fatos jurídicos ou interesses jurídicos ainda não se concretizaram definitivamente.

Nestas situações, de relações jurídicas ainda não implementadas totalmente, ou definitivamente, o transcurso de determinado tempo, acompanhado da inércia dos interessados, em defender ou reclamar o que entendem de direito, pode se revestir de juridicidade e constituir fato jurídico imutável, aplicável, repita-se, à situações que ainda eram mutáveis, portanto ainda incertas.

Segundo Câmara Leal, citado por Santos, a teoria mais aceita na doutrina atual é da estabilidade das relações jurídicas e do interesse social, com fundamento principal na adoção de regras de prescrição e decadência. (SANTOS, 2016, p. 26)

Assim, é possível dizer que o direito de ação, quando passou a ser um direito subjetivo independente, na doutrina mais moderna, pode ser separado da pretensão, isto é, a pretensão seria a possibilidade de invocação de um direito supostamente existente, enquanto a ação seria o meio pelo qual a pretensão é trazida ao juízo. (SANTOS, 2016, p. 28)

O direito de ação é essencialmente processual, isto é, antes de analisar o direito material em questão, o judiciário, ao receber a demanda, analisa a legitimidade do direito à ação. Ao final, existindo o direito de ação, e sendo ele exercido de maneira válida, é que passa à análise da pretensão.

Nessa conjuntura, o direito de ação e a pretensão material são perfeitamente distinguível, separável, e assim sendo, é mais fácil visualizar onde a prescrição atinge o direito de ação da parte e onde a decadência atinge o seu direito material.

Tal diferenciação foi prescrita expressamente pelo atual Código Civil, no seu artigo 189, segundo o qual: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”

Nos comentários, em obra coletiva coordenada pelo Ministro Cezar Peluso, diz-se que:

[...] a ação é direito público subjetivo de pedir prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), a prescrição não mais pode ser compreendida naqueles termos, mas deve ser conceituada como a perda da exigibilidade do direito pelo decurso do tempo. Não é o direito que se extingue, apenas sua exigibilidade. (GODOY; LOUREIRO; BDINE JR., 2017, p. 121)

A prescrição, conforme assente doutrina atual, atinge o direito de exigir em juízo a prestação ou direito, em razão da demora, da inércia, mas não mata o direito subjetivo em si, que continua existindo, tendo sido comprometido apenas a possibilidade de reação do titular contra uma violação ou abstenção de um direito.

Importante chamar a atenção para o fato de que é através da prescrição que o direito busca evitar a perpetuação dos conflitos. (SANTOS, 2016, p. 35)

O mesmo autor ainda esclarece que:

Na prescrição, o titular de um direito subjetivo dele frui regularmente até o momento em que este direito vem a ser desrespeitado. A partir deste instante, deve agir dentro de um prazo previsto em lei para defendê-lo, sob pena de sua pretensão (a de restaurar o direito ou de ser devidamente recompensado na impossibilidade física ou jurídica de restauração) ser extinta. Por outro lado, o direito submetido a prazo decadencial, na hipótese de inércia de seu titular, extingue-se sem sequer ser usufruído. (SANTOS, 2016, p. 40)

Já a decadência, não acaba com o direito de ação, de reclamar ao judiciário uma pretensão, mas o próprio direito em si mesmo, ou seja, fulmina o próprio direito que deixa de existir, não podendo ser objeto de uma sentença judicial de mérito, porque inexistente no mundo jurídico a pretensão material, em razão do decurso de determinado tempo.

Conforme esclarece Bruno Santos: “O prazo decadencial, portanto, é aquele dentro do qual o titular de um direito potestativo deve exercê-lo, sob pena de esse direito (não exercido) extinguir-se por completo.” (SANTOS, 2016, p. 36)

Ao contrário da prescrição, a decadência tem poucas aparições no texto legal, carecendo de uma definição por parte do legislador, se evidenciando mais uma construção doutrinária, que foi aceita pela legislação, do que uma determinação legislativa que foi explicada pela doutrina.

Como se nota, a diferenciação entre prescrição e decadência não é tão simples quanto parece, merecendo uma atenção mais detida, porque o legislador parece não ter se utilizado da melhor técnica ao tratar da questão, conforme tem reclamado grande parte da doutrina atual.

Nessa esteira, no Brasil se destaca a doutrina de Agnelo Amorim Filho, jurista paraibano já falecido, que deixou importante obra esclarecedora acerca do tema, procurando encontrar e delimitar critérios incontestáveis, ou pelo menos seguros, para diferenciar ambos os institutos, tendo sido acolhido pelo Código Civil Brasileiro atual, o que evidencia ainda mais a importância da teoria chamada de agneliana. (GRILO, 2019, s/p.)

A teoria de Agnelo Amorim Filho usa a base da classificação dos direitos subjetivos de Chiovenda, que divide os direitos subjetivos em direitos a uma prestação e direitos potestativos, sendo os primeiros:

[...] aqueles em que se exige uma contraprestação do sujeito passivo e uma prestação deste, estando exemplificados nos diversos direitos reais e pessoais, como a sujeição do devedor ao cumprimento da obrigação para com o credor, em uma obrigação de crédito, e o exemplo da sujeição coletiva ao direito de propriedade do seu titular. Os potestativos são aqueles direitos referentes a possibilidade de uma pessoa com a sua declaração de vontade influir na esfera jurídica de outrem, sem a vontade desta, e produzindo efeitos jurídicos. (AMORIM FILHO apud GRILO, 2019, s/p.)

Assim, segundo o doutrinador, o direito potestativo, ao ser exercitado, sujeita outras pessoas na relação, não se igualando com uma mera faculdade. Seria a situação daquele que exige uma prestação de outra pessoa, independentemente de sua vontade, ou até mesmo contra a sua vontade. De outro turno, a mera faculdade depende da aceitação da outra pessoa da relação, não podendo ser imposta, ou exigida, e depende dessa outra pessoa a concretização da relação jurídica que, sem tal aceitação, não se perfaz.

O que diferencia, então, os direitos potestativos das faculdades jurídicas, seria o poder de um sujeito mudar a esfera jurídica de outrem, isto é, os direitos

potestativos criam um estado de sujeição alheia, e dizem respeito, pelo menos em princípio, ao estado das pessoas.

Inteligivelmente exemplifica e esclarece Giordanno Grilo:

Assim, o réu, embora não esteja sujeito a uma prestação, se submete a uma sujeição. E desta forma, por exemplo do autor do texto, sabe-se que a parte ativa de uma demanda de anulação de casamento submete, pela ação, a outra parte, ao seu efeito, independentemente de sua vontade. Não havendo, neste caso, uma condenação a uma prestação, mas sim uma sujeição, como descrito, ao seu efeito. (GRILO, 2019, s/p.)

Segundo o autor, ainda apoiado em Chiovenda, que classificou as ações em condenatórias, constitutivas e declaratórias, afirmando que as duas primeiras representam o maior número de direitos subjetivos, sendo as condenatórias as que impõem uma obrigação de prestação, e as constitutivas as que criam, ou modificam, ou extinguem, um estado jurídico.

Nessa linha, conclui Amorim Filho que as ações condenatórias são modo de proteção dos direitos a uma prestação e as ações constitutivas asseguram os direitos potestativos. (GRILO, 2019, s/p.)

A doutrina ainda divide ou classifica as ações em mais categorias, além das três destacadas por Amorim Filho, porém, para o presente título, no que diz respeito à prescrição e à decadência, a divisão proposta pelo autor se mostra suficiente, com destaque, obviamente, às ações constitutivas, que veiculam direitos potestativos.

Destaca Amorim Filho ainda que a prescrição, durante muito, foi instituto estranho ao Direito Romano, só terminando com a abolição da regra da duração perpétua das ações, com o Direito Pretoriano, sendo que seu principal fundamento, citando Savigny, é a necessidade de serem fixadas as relações jurídicas incertas, suscetíveis de dúvidas e controvérsias, a serem encerradas em dado período de tempo.

Desse modo, agora citando Pontes de Miranda, o autor da teoria destaca que a prescrição serve à segurança e à paz públicas, sendo este o fundamento que prevalece na doutrina, sobrepondo-se ao fundamento de que a prescrição seria a punição ou castigo à inércia, à negligência, reforçando o brocardo jurídico que diz: “o direito não socorre aos que dormem.”

Feitas estas importantes distinções entre o direito de pretensão e o de ação, que apesar da semelhança demonstram situações bastante distintas a serem consideradas para o estudo da aplicação e do momento da incidência da prescrição, necessário agora compreender sua efetiva aplicação prática.

A prescrição, por conseguinte, só teria efeitos a partir do momento em que nasceu o direito de ação do titular, e não a partir da violação do direito, isso porque, violado o direito, nasce apenas a pretensão. O direito de ação propriamente dito somente nasce a partir do momento em que o devedor se nega a cumprir a obrigação, evidenciando a resistência à pretensão. A partir daí, então, nasce o direito do credor de exigir do Estado a imposição da lei em face do devedor e obriga-lo a cumprir.

Em suma, seguindo este entendimento, conclui-se que não é a ação que prescreve, conforme nossa atual legislação e doutrina já se firmaram, mas o direito de pretensão, este sim, dá início ao prazo prescricional, conforme expressa Amorim Filho: “[...] segue-se daí, como conclusão lógica e inevitável, que a primeira coisa atingida pela prescrição é a pretensão, e não a ação.” (AMORIM FILHO apud GRILLO, 2019, s/p.)

Somos levados a concluir, na esteira de pensamento do citado jurista, que:

[...] o nascimento da pretensão e o início da contagem do prazo prescricional são correlatos, como causa e efeito, a conclusão que se extrai, após a análise já realizada da classificação dos direitos de Chiovenda é que os direitos que prescrevem são aqueles da primeira categoria da classificação proposta e estudada, quais sejam, os direitos a uma prestação. Os direitos a uma prestação é que se submetem a prescrição. Os direitos potestativos, estudados anteriormente, e identificados como direitos em que não se exige prestação, e são insusceptíveis de lesão ou violação, estes são, portanto, imprescritíveis. (GRILLO, 2019, s/p.)

Quanto à decadência, Amorim Filho destaca que os direitos potestativos muitas vezes vão muito além da esfera jurídica de terceiros, e chegam a atingir interesses da coletividade, o que cria ou pode criar uma situação de intranquilidade de âmbito geral.

Em razão desse interesse do Estado em proteger a paz social e a segurança geral, surgiu a necessidade de se estabelecer prazos para o exercício de algumas ações, dos já mencionados direitos potestativos, mas somente daqueles que sejam

capazes, por atingir interesses coletivos, de perturbar a paz social, ou gerar insegurança jurídica ao cidadão.

Tais prazos não limitam o direito de ação propriamente dito, mas sim o exercício do direito. Por isso, alguns direitos potestativos a lei não previu prazos, o que indica que são inesgotáveis, ou perpétuos, e para os direitos potestativos que a lei previu prazo para o seu exercício, somente ações potestativas constitutivas é que podem se submeter ao prazo especial denominado decadencial.

A regra que a teoria de Agnelo Amorim Filho cria, que foi aceita pela quase totalidade da doutrina e incorporada pelo nosso atual Código Civil, seria a de que:

Os únicos direitos para os quais podem ser fixados prazos de decadência são os direitos potestativos, e, assim, as únicas ações ligadas ao instituto da decadência são as ações constitutivas, que tem prazo especial de exercício fixado em lei. (GRILLO, 2019, s/p.)

Em linhas gerais, concluiu a teoria Agneliana que estão sujeitas à decadência todas as ações constitutivas que não estão, por vontade legal, submetidas a prazo especial de exercício do direito. Por consequência, são imprescritíveis todas as ações declaratórias e todas as ações constitutivas em que não submeteu a prazo especial para exercício dos direitos.

2.4. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O princípio da proteção do núcleo essencial do direito fundamental indica um limite aos poderes do Estado de limitar ou restringir os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, fazendo com que esse direito perca a sua mínima eficácia, ou de forma que atinja a essência da norma, o espírito que originou aquela norma fundamental, a ponto de esgota-lo e torna-lo inútil ou inaplicável.

Apesar dos direitos fundamentais não serem absolutos, mas relativos, sujeitos a limitações, como já tratado mais acima, há um importante limite ao legislador infraconstitucional no poder de restringir esses direitos, devendo este observar o núcleo da norma fundamental, que não pode ser suprimido, sob pena de agir inconstitucionalmente.

Mas não é somente o poder do legislador que é limitado pelo princípio da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, mas também do intérprete da lei, uma vez que em caso de conflito, como o suscitado neste trabalho, no exercício hermenêutico de ponderação e/ou proporcionalidade, visando dirimir esse conflito, o aplicador do direito não pode ultrapassar o limite imposto por este princípio, para não atingir de morte o seu núcleo essencial, a proteção mais íntima que aquele direito fundamental visa proteger.

O procurador federal Fábio Rodrigo Victorino, conceitua o núcleo essencial como “uma garantia inatingível de cada direito fundamental, um conteúdo mínimo cuja restrição está fora de alcance do legislador ou do próprio intérprete em eventual juízo de ponderação”. (VICTORINO, 2014, s/p.)

Veja-se o que diz Willis Santiago Guerra Filho, referência no Brasil quando o assunto é princípio da proporcionalidade e ponderação de bens:

[...] para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, preconiza-se o recurso a um ‘princípio dos princípios’, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo o(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando totalmente com respeito, isto é, ferindo-lhe(s) seu ‘núcleo essencial’, *onde se acha insculpida a dignidade da pessoa humana*. (GUERRA FILHO apud VICTORINO, 2014, s/p.)

Segundo o entendimento de Suzana de Toledo Barros, citada por Cláudia Toledo:

Esse conteúdo essencial significa o núcleo axiológico do direito fundamental, o valor central por ele protegido e que, como tal, deve ser assumido como intocável perante legislações futuras e como a diretiva por que se deve guiar o intérprete na ponderação valorativa a que procede na aplicação do princípio da proporcionalidade para a solução de colisão entre princípios jusfundamentais. (BARROS apud TOLEDO, 2003, p. 258):

Ainda a mesma autora complementa que:

[...] o princípio do direito adquirido apresenta-se como uma das condições de possibilidade do Estado Democrático de Direito porque

surge como um dos instrumentos hábeis a proporcionar a garantia de certeza jurídica e, conseqüentemente, de segurança jurídica. Ambas são requisitos essenciais desse Estado para sua caracterização tanto como Democrático quanto de Direito. (TOLEDO, 2003, p. 262)

Dessa forma, qualquer atentado à tais direitos, ou mesmo tentativas de restrição ou subtração de seus efeitos, atinge diretamente o seu núcleo essencial original, que leva à ferir diretamente o próprio direito objetivado naquela norma, tornando-a ineficaz.

A Constituição brasileira de 1.988 não traz em seu texto qualquer menção ao princípio da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, como é comum nas constituições estrangeiras, porém, a própria natureza desses direitos fundamentais indica de forma indubitável a necessidade de preservação e reconhecimento desse princípio limitador do poder de atuação do legislador e do intérprete.

Conforme destaca Denny Mendes Santiago, as Constituições de Portugal e Alemanha trazem o postulado protetivo expressamente (SANTIAGO, 2014, p. 49), conforme texto da Constituição portuguesa:

Constituição da República Portuguesa:

Art. 18. Força jurídica:

[...]

3 – As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Se tais direitos são fundamentais, isto é, como já dito, um conjunto de direitos e garantias do ser humano que visa precipuamente o respeito à dignidade da pessoa humana, através da proteção ao arbítrio do estado, a buscar condições mínimas de vida aos sujeitos, sua importância tem de ser preservada com garantias que impeçam o legislador ou o intérprete de usurpar tais direitos, ao ponto de torna-los letra morta ou simplesmente suprimi-los.

É o que prevê o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da nossa Constituição Federal de 1.988, que de forma indireta consubstancia o princípio da proteção do

núcleo essencial dos direitos fundamentais, ao impedir a liberdade do legislador, prevendo:

Constituição Federal do Brasil:

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.

A jurisprudência brasileira por vezes também já se manifestou aceitando, reconhecendo e aplicando o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, tornando indubitável que tal garantia é presente e aceita em nosso sistema jurídico, como por exemplo, no STF, através do Recurso Extraordinário nº 870.947² de 20/09/2017 e a Ação Civil Originária nº 1472³, Segundo Agravo, de 16/03/2017.

Dado à dificuldade de identificar no contexto prático qual é o limite do núcleo essencial de cada direito fundamental, cujo entendimento é por demais subjetivo, surgiram várias teorias que tentam delimitar o que vem a ser o núcleo essencial desses direitos, que se mostra desnecessário apresentar no âmbito deste texto, em razão do seu caráter menos abrangente, porém, pode se afirmar que todas as teorias parecem concordar que os direitos fundamentais, apesar de não serem absolutos, podem sofrer limitações mínimas, sem nunca atentar contra a existência ou efetividade de tal direito, consubstanciado no objetivo maior e original da sua criação, que é o objetivo maior de sua proteção e a dignidade da pessoa humana, de modo que pode ser afetado, mas jamais deixar de existir.

² O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; [...] (Supremo Tribunal Federal, Plenário, Recurso Extraordinário n. 870.947/SE, relator Ministro Luiz Fux, DJ de 25.09.2017)

³ [...] Com efeito, a omissão dos réus em oferecer condições de saúde digna aos portadores de transtornos mentais exige uma intervenção do Judiciário, tal como solicitado pela União para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades locais no tocante a esse tema, ainda mais quando demonstrados os repasses do executivo federal para a concessão desse mister. (Supremo Tribunal Federal, Pleno, Segundo Agravo Regimental na Ação Civil Originária n. 1472/PA, relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 18.09.2017)

Fato é que, apesar da possibilidade de restrição dos direitos fundamentais, o legislador e o judiciário devem fazê-lo com muita cautela e excepcionalidade, para não causar um risco à proteção de tais direitos, dado à difícil tarefa de identificar os limites de restrição conforme já argumentado, sem se olvidar da importância de tais direitos e garantias para o bom desenvolvimento de qualquer Estado Democrático, já que sem eles, ou sendo eles exageradamente limitados, estaríamos, então, sujeitos ao totalitarismo.

Encerrando a parte principiológica da pesquisa, afim de agora adentrar na discussão do tema proposto com as considerações conclusivas, nos cumpre lembrar o que com muita propriedade chama a atenção Gomes Canotilho, em face do princípio da unidade da Constituição, afirmando que:

O princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio de autonomia regional e local). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios. (CANOTILHO, 1993, p. 226)

CAPÍTULO 3. A COMPLEXA RELAÇÃO ENTRE A PRESERVAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A TUTELA AOS DIREITOS ADQUIRIDOS

Após a análise do conceito e das nuances que envolvem o princípio constitucional da segurança jurídica, os direitos adquiridos e o princípio da proteção da confiança, reconhecidos e aplicados pelo direito brasileiro, possível concluir que os direitos adquiridos, por exigirem implemento total e completo dos requisitos ensejadores do direito a ser incorporado pelo titular, ao contrário da proteção da confiança, que atende a manutenção de meras expectativas legítimas, possuem maior densidade normativa, e obviamente, maior ônus argumentativo.

Essa maior densidade dos direitos adquiridos os fazem possuir também maior valor normativo, forçando o legislador e o intérprete a um exercício mais complexo para seu reconhecimento e aplicação prática. (NASCIMENTO, 2017, p. 119)

O problema proposto pelo presente trabalho busca exatamente a complexa relação entre a preservação da segurança jurídica (anseio social e determinação constitucional), e a preservação dos direitos adquiridos (direito fundamental e base do Estado de Direito), reconhecidos tal como são, sem que haja choque entre estes dois princípios ou valores constitucionais.

Chegado a hora, portanto, de compreender a esfera de atuação de cada um desses valores-princípios no campo prático, exatamente onde eles se chocam e provocam uma confusão de entendimentos, que tem se evidenciado nas decisões dos tribunais superiores.

Ambos os institutos de direito (segurança jurídica e direitos adquiridos) refletem o mesmo objetivo maior, que é a salvaguarda de relações jurídicas já consolidadas, isto é, cujos requisitos já se tenham operado e o direito se tenha incorporado ao patrimônio jurídico do titular, a fim de trazer estabilidade ao sistema jurídico, e segurança aos cidadãos nas relações jurídicas entre particulares, e entre particulares com o Estado, de modo que o direito adquirido, a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e a teoria do fato consumado conectam-se com o tema segurança jurídica indissociavelmente.

Relembre-se que não se trata de proteção à mera expectativa de direito. A exemplo de distinção, no campo previdenciário por exemplo, é possível identificar as

significativas diferenças entre direito adquirido e expectativa de direitos. Se o sujeito já preencheu os requisitos para a aposentação durante a vigência de determinada lei, ainda que não tenha solicitado o benefício a tempo, e a referida lei venha a ser alterada, há direito adquirido do segurado aposentar-se conforme as regras antigas, pois preencheu os requisitos garantidores do direito na vigência daquela, ainda que não tenha exercido tal direito antes da mudança.

Ao contrário, se o segurado ainda não havia preenchido os requisitos garantidores do direito à aposentação, e a lei venha a mudar, não há direito adquirido em aposentar-se pelas regras antigas, pois ainda não havia implementado todos os requisitos, e o direito não estava completamente implementado, de modo que havia apenas expectativa de um dia aposentar-se, portanto, expectativa de direito, que como já dito, não recebe salvaguarda do direito adquirido.

Há importante exceção em questões onde, ainda que não se tenha preenchido todos os requisitos para a aposentação, envolvem direito adquirido, como por exemplo o trabalho em condições insalubres, tidas como especiais. Antes da Lei 9.032 de 28/04/1995 era possível o reconhecimento da especialidade por mero enquadramento nos decretos reguladores do trabalho insalubre e seus anexos, sem necessidade de prova da efetiva exposição à agentes nocivos prejudiciais à saúde.

Mesmo agora, depois da mudança legislativa que retirou essa possibilidade, tornando obrigatória a comprovação documental da efetiva exposição a agentes nocivos à saúde, o tempo laborado até aquela data ainda pode ser reconhecido e contado como tempo especial por mero enquadramento, aplicando-se a lei vigente na época da prestação do serviço, ou seja, há direito adquirido no reconhecimento da especialidade até 28/04/1995, porque o trabalho foi exercido, e a saúde do trabalhador foi afetada de modo imutável, ainda que lei nova tenha imposto novas exigências comprobatórias, em atenção ao princípio *tempus regit actum*⁴.

Assim, nos casos em que há preenchimento de requisitos na vigência de lei antiga, de forma perfeita e acabada, isto é, na vigência da lei antiga o direito já se havia consubstanciado, carecendo apenas do seu exercício efetivo ou de manifestação do titular, ainda que haja mudança legislativa, o titular pode reclamar

⁴ Expressão latina que significa literalmente *o tempo gere o ato*, no sentido de que os atos jurídicos se regem pela lei da época em que ocorreram.

o direito incorporado em seu patrimônio jurídico a qualquer tempo, sem sofrer limitações temporais, exceto pela prescrição das parcelas vencidas há mais de cinco anos, no caso previdenciário, ou conforme as regras de prescrição de cada caso concreto.

Ocorre que não raras vezes os tribunais tem entendido que, mesmo questões onde haja direito adquirido devidamente reconhecido, o titular deste não pode manifestá-lo ou reclamá-lo em razão do decurso de determinado tempo, operando-se a decadência, sob o argumento da necessidade de se manter a segurança jurídica, assim como foi decidido através do RE 626.489, publicado em 23/09/2014, em matéria previdenciária pelo Supremo Tribunal Federal.

É importante frisar logo, ao se invocar a segurança jurídica como valor, pode-se adotar uma posição conservadora – em sentido amplo, já que muitas conquistas hão de ser efetivamente conservadas. A manipulação ideológica, todavia, está muitas vezes presente, e o que de fato se pretende é a preservação de interesses limitados contra a evolução decorrente de conquistas da coletividade. (WALDRAFF, 2000, p. 128-129)

Pontes de Miranda, citado por Lilian Barros de Oliveira Almeida, explica com exímia competência a respeito do tema da seguinte forma:

O ato jurídico perfeito é o fato jurídico que tem o seu momento-ponto no espaço-tempo; entrou em algum sistema jurídico, em dado lugar e data. Está, pois, no plano da EXISTÊNCIA e, deste plano, irradiará efeitos, dos quais o DIREITO ADQUIRIDO é um deles, sendo direito que nasceu a alguém e, assim, situado no plano da eficácia, eis que todo o direito é efeito do qual o ato jurídico é causa, como fato que, por pretérito, a lei nova não pode incidir e, por isso mesmo, NÃO PODE PREJUDICAR OS DIREITOS ADQUIRIDOS, isto é, os direitos que se irradiaram do fato ou que terão de se irradiar. (MIRANDA apud ALMEIDA, 2012, p. 40)

Cármem Lúcia Antunes Rocha, sobre a citação de Pontes de Miranda, esclarece que as questões de direito intertemporal tem de levar em consideração a existência, a validade e a eficácia das regras jurídicas. Tomando-se estes elementos apontados pelo insigne jurista como base de análise da norma constitucional enfocada, tem-se que o ato jurídico perfeito é conceito do plano da existência; a coisa

julgada é conceito do plano da validade; e o direito adquirido é conceito do plano da eficácia. (ROCHA, 1989, s/p.)

É, portanto, a valorização destes institutos, que são análogos, que compõem um conjunto de direitos essenciais ao Estado de Direito.

Há entendimento doutrinário, entretanto, que sugere que as normas de ordem pública não estariam sujeitas às mesmas limitações das normas de direito privado, isto é, admitir-se-ia que tais normas (cogentes ou de ordem pública) possam violar até o direito adquirido, por sua natureza e finalidade, o que, com o devido resguardo da paixão envolvida, ousa-se discordar veementemente.

O argumento foi trazido por Vicente Ráo, ao afirmar:

Na esfera do direito público predomina, ao contrário, o interesse do indivíduo e, assim sendo, a obrigatoriedade mais intensa das normas de direito público exige que a lei nova se apodere imediatamente das relações e dos fatos anteriores, disciplinando-os segundo o novo preceito. Em consequência, deve predominar o princípio da irretroatividade na esfera do direito privado e o da retroatividade na esfera do direito público e, também, na das normas que disciplinam matéria de ordem pública. (RÁO, 1991, p. 237)

Nesse aspecto, importante então verificar se a norma envolvida na discussão é de ordem pública ou privada, cujo diagnóstico poderia resolver toda a dúvida sobre a prevalência ou não dos direitos adquiridos em face da segurança jurídica, mas a solução não é tão simples assim, pois irrelevante se a norma é de direito público ou privado, a garantia constitucional envolvida, direito fundamental, não pode ser atingido por qualquer delas, ainda que haja importante interesse público, pois as garantias constitucionais fundamentais não visam somente a proteção do particular, mas no caso dos direitos adquiridos, por exemplo, também protegem o Estado.

Na voz de Antônio Joaquim Ribas o argumento da prevalência dos direitos adquiridos também em face das normas de ordem pública, pela irretroatividade, afirma:

[...] alguns juristas sustentam que as leis de Ordem Pública e de Polícia devem ser aplicadas retroativamente, porque não se deve manter o que perturba a ordem, ou ofende os bons costumes, visto que não pode haver direitos adquiridos contra a maior felicidade dos estados. [...] A proceder, porém, esta razão, todas as leis podem ser retroativas, visto que todas são inspiradas imediata ou mediatamente pelo princípio da pública utilidade [...] E quando se torne

indispensável privar alguém de seus direitos adquiridos, restará o meio constitucional da desapropriação com a prévia indenização do seu valor. (RIBAS apud JEVEAUX, 2010, p. 71)

Os direitos fundamentais primários, isto é, àqueles sob os quais o Estado Democrático se fundou, que são requisitos indispensáveis à democracia e à soberania do povo, não estariam sujeitos a restrições ou interpretação baseada nos princípios da proporcionalidade ou quaisquer outros, dado seu caráter de vitalidade à ordem jurídica, cuja violação atenta diretamente contra a base de formação do Estado Democrático de Direito.

No mesmo sentido, e com muita eloquência, Reynaldo Pochat, que se apoia fortemente em Gabba, também defende que:

[...] seria altamente perigoso proclamar como verdade que as leis de ordem pública ou de direito público têm efeito retroativo, porque mesmo diante dessas leis aparecem algumas vezes direitos adquiridos, que a justiça não permite que sejam desconhecidos e apagados [...] a simples invocação de um motivo de ordem pública não basta para justificar a ofensa ao direito adquirido, cuja inviolabilidade, no dizer de Gabba, é também um forte motivo de interesse público. (POCHAT apud JEVEAUX, 2010, p. 71)

Porém, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito da indiferença de se tratar de norma de direito público ou privado, e como já dito, adotando a teoria de Gabba, mais aceita:

[...] *O dispositivo do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de Direito público e lei de Direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva.* Precedentes. STF [...] (STF, Tribunal Pleno, ADIn 493-DF, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 143-03/724, j. 25.6.1992). (PIRES, 2005, p. 331)

Ora, se o Estado não é seguro, se não é minimamente previsível, se não é juridicamente estável, desrespeitando até mesmo o ato de sua Constituição, os direitos fundamentais que ela expressou como pilares de sustentação e de sua manutenção, como o direito adquirido, é possível concluir que não é também democrático e tampouco digno, mas seria no máximo totalitário.

Brilhantemente explica Cláudia Toledo:

Ademais, se o Estado é democrático, o conteúdo de suas leis é dado pelo povo, a partir dos seus anseios, segundo os seus valores, ou seja, segundo a consciência moral dos indivíduos, a consciência moral intersubjetiva e a consciência jurídica da sociedade. As leis correspondem, portanto, à vontade popular. Se compõem essa vontade, de modo permanente, os valores certeza e segurança, para a garantia dos quais é indispensável o princípio do direito adquirido, ele constitui a estrutura essencial do Estado Democrático de Direito, sem a qual deixa de existir como democrático. (TOLEDO, 2003, p. 256)

3.1. A ASSENTADA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

O cerne da questão que deu origem ao presente trabalho de pesquisa nasceu através da prática na advocacia, ao se perceber que reiteradas decisões dos tribunais superiores, era latente uma certa confusão dos juízos acerca das situações em que se pretendia respeitar os direitos adquiridos e/ou em manter a segurança jurídica.

Ocorre que em diversas decisões sobre diferentes matérias, tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal, tem aplicado indistintamente o princípio da segurança jurídica, sobrepondo a toda e qualquer garantia jurídica, principalmente em face do direito adquirido, mas também em face da própria legalidade, como já levantado nos títulos anteriores.

Isso é facilmente verificável nas decisões em matéria de revisão de benefícios previdenciários, nos casos específicos em que há reconhecido direito adquirido, tal garantia ser rechaçada em face de uma suposta segurança jurídica, aplicando-se o prazo decadencial de dez anos para o direito à revisão, previsto no artigo 103 da Lei 8.213/91, conforme recentemente decidido, a título de exemplo, no já citado Recurso Extraordinário nº 626.489⁵, de 16/10/2013, julgado em regime de repercussão geral.

⁵ [...] A decadência instituída pela MP nº 1.523-9/1997 atinge apenas a pretensão de rever benefício previdenciário. Em outras palavras: a pretensão de discutir a graduação econômica do benefício já concedido. Como é natural, a instituição de um limite temporal máximo destina-se a resguardar a segurança jurídica, facilitando a previsão do custo global das prestações devidas. [...] Não há nada de revolucionário na medida em questão. É legítimo que o Estado-legislador, ao fazer a ponderação entre os valores da justiça e da segurança jurídica, procure impedir que situações geradoras de instabilidade social e litígios possam se eternizar. [...] No momento em que a lei entra em vigor, ela conjuga a possibilidade de se alegar insegurança jurídica, porque ela, na verdade, estabelece todos os elementos necessários para o exercício do direito de ação. Por isso é que a parte, exatamente, a partir desse momento, sabe qual é o prazo remanescente para o exercício

Algumas decisões confundem até mesmo os institutos da prescrição com a decadência, divergindo o conceito de ambos e aplicando, ou negando, um em face do outro, interferindo um na esfera de proteção do outro, de forma que chega próximo do incompreensível, como muito bem destaca Malcon Gomes e Francisco Santos, em obra sobre os temas em direito previdenciário:

O tema *Prescrição e Decadência*, hoje, se encontra com destaque no cenário nacional previdenciário e não somente pela complexidade referente às duas definições e hipóteses de incidência, muitas vezes confusas; tanto nas ações concessórias como nas revisionais encontramos decisões totalmente díspares, muitas vezes afastadas por uma parede, isto é, em uma sala se decide de uma maneira, em outra, vizinha, em rumo totalmente diverso, gerando, principalmente, nos benefícios da Previdência Social uma sensação de angústia e desespero, pois não se tem definido um rumo a ser seguido, um norte para os orientar em seus dissabores previdenciários experimentados junto à Autarquia Previdenciária. (GOMES; SANTOS, 2014, p. 15)

O mesmo ocorre nas situações em que há erro ou dolo na concessão de benefícios previdenciários, onde o judiciário tem reconhecido que os atos jurídicos, ainda que não se tenha observado o princípio da legalidade, moralidade e eficiência do ente previdenciário, tais atos se convalidam com o tempo, e benefícios concedidos ilegalmente, mediante erro ou fraude, tanto por parte do segurado quanto da parte do próprio órgão, independentemente de serem atos nulos ou anuláveis, são mantidos como se legais fossem, como decidido, a título de exemplo, através do Mandado de Segurança nº 24.268-0 MG⁶, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 05/02/2004.

do seu direito. [...] Inclusive, em função dessa razoabilidade, presta homenagem ao princípio da solidariedade sobre o qual repousa o Sistema Previdenciário; representa uma conciliação entre o direito da segurada, ora recorrente, e os interesses da presente e das futuras gerações; tem, ainda, vantagem, este prazo decadencial razoável de dez anos, de evitar a eternização dos conflitos, ou seja, impede que se instaure entre nós a insegurança jurídica por todas as formas e razões condenáveis. (Supremo Tribunal Federal, Plenário, Recurso Extraordinário n.626.489/SE, relator Ministro Roberto Barroso, DJ de 23.09.2014)

⁶ [...] Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. [...] Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. [...] Mas, afigura-se-me inegável que há um “quid” relacionado com a segurança jurídica que recomenda, no mínimo, maior cautela em casos como o dos autos. Se estivéssemos a falar de direito real, certamente já seria invocável a usucapião. [...] Registre-se que o tema é pedra angular do Estado de Direito sob a forma de proteção à confiança. [...] É o que destaca Karl Larenz, que tem na consecução da paz jurídica um elemento nuclear do Estado de Direito material e também vê como aspecto do princípio da segurança o da confiança: O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protege-la, porque poder confiar (...) é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da

O conflito entre estes dois institutos de controle de estabilização das relações jurídica (direitos adquiridos e segurança jurídica) é patente. Um exemplo esclarecedor, citado por Nascimento, explica que:

Constatou-se que, embora resolva os diversos casos através de mecanismos de ponderação, a jurisprudência da Corte possui dois entendimentos consolidados. De um lado, em se tratando de questões de ensino superior (ingresso ou transferência irregulares de alunos), caso o aluno venha a concluir o curso, sua situação se consolida e terá direito à certificação (independentemente do reconhecimento da inidoneidade dos pressupostos da matrícula), sob o entendimento de que sua situação se consolidou, mesmo não havendo direito adquirido ou mesmo confiança a ser protegida. De outro, em se tratando de ingresso em cargo público mediante ordem judicial precária, o entendimento é o de que não há “fato consumado” e o beneficiado deverá ser afastado do cargo independentemente do tempo em que exerceu suas atribuições. Nessa última hipótese, o STF entende que não há direito adquirido, confiança a ser protegida, muito menos situação fática consolidada a ser preservada. (NASCIMENTO, 2017, p. 159)

As decisões citadas pelo autor acima parecem acertadas pois, no primeiro caso houve o preenchimento dos requisitos ensejadores do direito à certificação (aprovação no curso), de modo que o vício na matrícula é facilmente sanável e não gera prejuízo à nenhuma das partes; Já no segundo caso, um dos requisitos principais não foi preenchido (reprovação em uma das fases do processo), vício insanável ao passo que contraria o edital, não havendo de fato direito adquirido ao cargo.

Ocorre que ambos os casos citados possuem uma similaridade singular. Em ambos não há direito adquirido e nem confiança a ser protegida, mas ainda assim o Supremo Tribunal Federal aplicou resultados diferentes em cada um deles.

O que não se pode olvidar, e parece estar sendo esquecido, é que os direitos adquiridos são meio de proteção da segurança jurídica, e esta só estará garantida e preservada com o respeito aos direitos adquiridos, de modo que ambos os institutos estão do mesmo lado, e não são antagônicos.

paz jurídica. (Supremo Tribunal Federal, Pleno, Mandado de Segurança n.24.268-0/MG, relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 17.09.2004)

A segurança jurídica é gênero, da qual os direitos adquiridos são espécie, e ambos visam a mesma coisa – a estabilização das relações jurídicas no tempo – e, conseqüentemente, a pacificação social dos conflitos.

Retornando ao exemplo previdenciário das decisões citadas mais acima, no julgamento do Recurso Extraordinário 630.501⁷, julgado em regime de repercussão geral em 2013, ficou expresso que a questão envolvia direito adquirido, isto é, o aposentado pelo INSS teria direito adquirido ao benefício mais vantajoso possível dentro daqueles que houvesse preenchido os requisitos na data da concessão, ou cujo valor se mostrasse mais vantajoso, nos termos do artigo 122 da Lei 8.213/91, isto é, o melhor benefício possível dentre todos que o segurado fizer jus no momento do requerimento do benefício.

Ocorre que o exercício desse direito adquirido, apesar de expressamente reconhecido e garantido, está sendo obstaculizado para os segurados que se aposentaram há mais de dez anos, por decadência do direito à revisão do benefício, previsto no artigo 103 da mesma lei, segundo o entendimento dos órgãos fracionários do Superior Tribunal de Justiça, onde o desentendimento de teses e teorias é mais comum em razão do maior número de turmas.

Tanto é verdade, que o órgão afetou o Tema 966⁸ no rito dos recursos repetitivos para resolver a divergência existente, através dos Recursos Especiais nº

⁷ [...] O instituto do direito adquirido insere-se, normalmente, nas questões de direito intertemporal. Não temos, no nosso direito, uma garantia ampla e genérica de irretroatividade das leis, mas a garantia de que determinadas situações jurídicas consolidadas não serão alcançadas por lei nova. Assegura-se, com isso, a ultratividade da lei revogada em determinados casos, de modo que o direito surgido sob sua vigência continue a ser reconhecido e assegurado. [...] Em matéria previdenciária, já está consolidado o entendimento de que é assegurado o direito adquirido sempre que, preenchidos os requisitos para o gozo de determinado benefício, lei posterior revogue o dito benefício, estabeleça requisitos mais rigorosos para a sua concessão ou, ainda, imponha critérios de cálculo menos favoráveis. É que, nessas situações, coloca-se a questão da supressão de um direito já incorporado ao patrimônio do segurado e constitucionalmente protegido contra lei posterior, que, no dizer do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição, não pode prejudica-lo. [...] Admitir que circunstâncias posteriores possam implicar renda mensal inferior àquela garantida no momento do cumprimento dos requisitos mínimos é permitir que o direito adquirido não possa ser exercido tal como adquirido. [...] Atribuo os efeitos de repercussão geral ao acolhimento da tese de direito adquirido ao melhor benefício, assegurando-se a possibilidade de os segurados verem seus benefícios deferidos ou revisados de modo que correspondam à maior renda mensal inicial possível no cotejo entre aquela obtida e as rendas mensais que estariam percebendo na mesma data caso tivessem requerido o benefício em algum momento anterior, desde quando possível a aposentadoria proporcional [...].(Supremo Tribunal Federal, Plenário, Recurso Extraordinário n. 630.501/RS, relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 26.08/2013)

⁸ EMENTA: Previdenciário. Recurso Especial representativo de controvérsia. Reconhecimento do direito adquirido ao benefício mais vantajoso. Equiparação ao ato de revisão. Incidência do prazo decadencial. Artigo 103 *caput* da Lei 8.213/1991. Tema 966. Recurso Especial não provido. [...] O direito ao benefício mais vantajoso, incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador segurado, deve ser exercido por seu titular nos dez anos previstos no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991. Decorrido o decênio legal, acarretará a caducidade

1.631.021/PR e 1.612.818/PR, que visava estabelecer, definitivamente, se para os casos do benefício mais vantajoso (em que o STF já disse se tratar de direito adquirido), está ou não sujeito ao prazo decadencial de dez anos previsto no artigo 103 da Lei 8.213/91, decisão esta que saiu recentemente, firmando o entendimento de que o prazo decadencial é aplicável ao caso, conforme destacado no rodapé da presente página.

Ora, a indagação é pertinente, se a questão é de direito adquirido, o segurado deveria, em tese, poder reclamar tal direito quando bem entender, pois este integra seu patrimônio jurídico, conforme o próprio conceito de direitos adquiridos impõe.

Estaria longe de ser justo o impedimento ao segurado exercer esse direito, pois: “Uma sociedade justa não deve frustrar os esforços dos que se preparam diligentemente para a velhice e a aposentadoria ou para doenças e necessidades imprevistas.” (GALBRAITH, 1996, p. 33)

Mas os tribunais superiores tendem a aplicar a decadência do direito à revisão, para os aposentados que não reclamaram revisão dentro do prazo de dez anos, afastando ou mitigando o direito adquirido, sob argumento da necessidade de se manter certa segurança jurídica das relações previdenciárias.

Como alerta Teresa Arruda Alvim Wambier:

Várias são as causas que geram diversidade na interpretação da lei. Uma delas, sem dúvida, é o fato de a lei hoje conter uma pluralidade impressionante de conceitos vagos e cláusulas gerais. [...] No Brasil, enfrentamos o problema do excesso de casos em que há diversidade de interpretações de lei num mesmo momento histórico, o que compromete a previsibilidade e a igualdade. [...]. (WAMBIER apud GOMES; SANTOS, 2014, p. 15)

Nota-se que o direito reconhecidamente adquirido está sendo afastado em prol de se manter segurança jurídica. A pergunta que não se cala é: Se o objetivo de

do próprio direito. O direito pode ser exercido nas melhores condições em que foi adquirido, no prazo previsto no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991. O reconhecimento do direito adquirido ao benefício mais vantajoso equipara-se ao ato revisional e, por isso, está submetido ao regramento legal. Importante resguardar, além da segurança jurídica das relações firmadas com a previdência social, o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário. Tese delimitada em sede de representativo da controvérsia: sob a exegese do *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991, incide o prazo decadencial para reconhecimento do direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso. [...]. (Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, Recurso Especial n. 1.631.021/PR (Tema 966), relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJ de 13.03.2019)

se preservar os direitos adquiridos é exatamente manter segurança jurídica ao sistema, como é possível afastar os direitos adquiridos sob o argumento de se manter segurança jurídica? É um contrassenso.

É evidente que ambos os institutos citados coincidem e se confundem. O direito adquirido é, na verdade, meio de se garantir a segurança jurídica, e a segurança jurídica é alcançada com a preservação dos direitos adquiridos, o que demonstra assente confusão de entendimentos e latente violação de direito fundamental.

Hans Kelsen destaca que as decisões judiciais precisam de equilíbrio ao se embasar na lei escrita e na liberdade do julgador. A total inflexibilidade nas decisões em respeito ao estrito texto da lei escrita pelo constituinte ou legislador ordinário, torna as decisões totalmente previsíveis, mas tolhe do Direito a sensibilidade de interpretar cada caso diferentemente, diante das suas particularidades. Mas a total flexibilidade, permitindo ao julgador criar leis e regras através das suas decisões, em desrespeito à legislação escrita, está na total contramão da segurança jurídica que se espera dos órgãos judiciais e do sistema jurídico como um todo. (KELSEN, 1997, p. 277-283)

Nessa esteira, é perceptível que o judiciário, ao reconhecer o direito, afirmando expressamente tratar-se de direito adquirido, assegurou aos titulares a possibilidade de requerer a revisão da data de início dos seus benefícios, e conseqüentemente do valor dos mesmos, visando exatamente esse direito ao benefício mais vantajoso.

Entretanto, ao se restringir ou obstaculizar o titular do direito de exercê-lo, requerendo aquilo que já lhe foi garantido e integrou seu patrimônio jurídico, por ter, em tese, transcorrido o prazo decadencial para revisão de benefícios, o judiciário nada mais faz do que entregar o direito com uma mão e imediatamente tira-lo com a outra, pois a efetivação, a realização, o exercício desse direito se torna impossível.

O argumento utilizado pela jurisprudência para aplicação do prazo decadencial de dez anos para o direito de revisar os benefícios, que obstaculiza o exercício do direito adquirido ao benefício mais vantajoso é, principalmente, o da necessidade de manter segurança jurídica, além do equilíbrio financeiro e atuarial do órgão, cujo tema dispensamos no presente trabalho em razão da sua irrelevância para a conclusão que se pretende chegar.

Ocorre que, como já argumentado, e necessário seja aqui repetido, somente haverá segurança jurídica no sistema judicial brasileiro, se os direitos adquiridos forem respeitados e seu exercício não for impedido, como tem ocorrido.

Nesse sentido, é possível notar um aparente choque entre os dois institutos, ou seja, os direitos adquiridos e a segurança jurídica, ao passo que os primeiros estão sendo mitigados em prol do segundo, o que leva à necessidade de refletir acerca dos meios que o direito dispõe para dirimir esse conflito, já que o exercício de um importante direito adquirido está sendo obstaculizado, prejudicando milhares de aposentados que percebem benefícios menores do que fariam jus.

Mas não é somente os segurados em situação de revisão de benefícios que são severamente prejudicados, mas o próprio Estado Constitucional, uma vez que “a previsibilidade elimina a litigiosidade, evitando a propositura de demandas em um ambiente aberto a soluções díspares, que, inevitavelmente, desgastam e enfraquecem o Poder Judiciário.” (MARINONI apud GOMES; SANTOS, 2014, p. 66)

Tendo o nosso sistema constitucional sido construído especialmente com o objetivo, expressamente declarado, de promover segurança jurídica, o atual estado de insegurança e imprevisibilidade gerado por decisões que ultrapassam os limites da segurança jurídica, ignorando direitos adquiridos, atenta contra a própria existência do Estado e a confiabilidade do cidadão no sistema. É o começo do caos jurídico e uma verdadeira desconstrução do Estado.

Apesar de parte da doutrina, assim como parte da jurisprudência, entender que a proteção aos direitos adquiridos não é matéria constitucional, e portanto, não cabendo ao Supremo Tribunal Federal seu conhecimento, porque seu conceito não se encontra na constituição, mas em lei ordinária (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), estaria sob proteção constitucional apenas a garantia desse direito, e não seu conteúdo material, não entraremos nessa discussão, porque para o propósito do presente trabalho é irrelevante.

Também é irrelevante discutir o que é ou possa ser reconhecido como direito adquirido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois partimos do ponto pressuposto de que as questões que se choram com o argumento da segurança jurídica já foram reconhecidos como direitos adquiridos pelo tribunal, não se fazendo necessário estudar a fonte dessa conclusão, isto é, a motivação argumentativa do tribunal para concluir pela existência ou não do direito adquirido, mesmo porque, a

história do Supremo Tribunal Federal demonstra que o órgão tem se utilizado apenas e tão somente de precedentes, mas de nenhuma norma específica, para conceder ou negar direitos adquiridos, como a título de exemplo pode ser verificado nas decisões do Recurso Extraordinário nº 221.946/DF⁹, o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 480.644/AM¹⁰ e no Recurso Extraordinário nº 226.462-5/SC¹¹.

À conclusão do assunto, vale trazer a conclusão de Geovany Cardoso Jeveaux, ao afirmar que:

O tema comporta teses, antíteses e trélicas, mas nem sempre há coerência no plano argumentativo, sendo comum encontrar nos votos dos Ministros a manipulação das premissas para se chegar à conclusão que defendem, confirmando-se com isso que não se vai das premissas à conclusão, senão que o contrário. (JEVEAUX, 2010, p. 112)

De toda feita, a solução da dúvida parece repousar exatamente no conflito dentre esses dois institutos, ou valores constitucionais, a segurança jurídica e os direitos adquiridos, a serem explorados os mecanismos que a lei coloca à disposição do intérprete para dirimir tais choques ou conflitos, o que passará a ser explorado mais adiante.

⁹ [...] O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, a 04 de junho de 1998, o R.E. nº 209.899, de que foi relator o eminente Ministro MAURÍCIO CORRÊA, por unanimidade de votos, firmou entendimento no sentido de que o veto ao parágrafo 4º do art. 243 da Lei nº 8.112/90, “não teve o alcance pretendido, pois os servidores contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho foram remetidos pela Lei nº 8.112/90 à condição de servidores públicos estatutários, “ex vi”, do “caput” do seu artigo 243. Consequentemente, aplicam-se-lhes as vantagens funcionais constantes do Capítulo II do novel diploma legal (L. 8.112.90) e, em face do disposto no artigo 100, que assegura a contagem do tempo de serviço federal para todos os efeitos, têm os recorridos o direito de perceber o adicional por tempo de serviço (anuênio) previsto no artigo 67” (R.E. nº 209.899/RN). [...] A orientação vem sendo seguida pela Primeira Turma, como, por exemplo, no R.E. nº 223.376, Relator Ministro MOREIRA ALVES, por acórdão unânime, com a seguinte ementa ementa [...]. (Supremo Tribunal Federal, Pleno, Recurso Extraordinário n. 221.946-4/DF, relator Ministro Sydney Sanches, DJ de 26.02.1999)

¹⁰ [...] Este Tribunal, no julgamento do RE n. 226.462, DJ de 25.5.01, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, pacificou entendimento segundo o qual não há direito adquirido do servidor beneficiário da vantagem --- parcela remuneratória incorporada em razão de exercício anterior de cargo em comissão --- à preservação do regime legal do atrelamento do seu valor ao vencimento do cargo em comissão respectivo. (Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 480.644-4/AM, relator Ministro Eros Grau, DJ de 13.04.2007)

¹¹ [...] Pacífico no STF a inexistência de conflito entre a chamada “estabilidade financeira” e o art. 37, XIII, CF, que proíbe vinculação entre vencimentos (cf. precedentes citados), daí não se segue, contudo, o direito adquirido do servidor beneficiário da vantagem à preservação do regime legal de atrelamento do valor dela ao vencimento do respectivo cargo em comissão: [...] (Supremo Tribunal Federal, Pleno, Recurso Extraordinário n. 226.462-5/SC, relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 25.05.2001)

Em regra as normas válidas exprimem determinadas situações de conduta, ou obrigações, ou proibições, que não deveriam contradizer outras normas. Mas é inegável que num mar de legislações, regras e normas, criadas em diferentes momentos históricos ou políticos, determinada norma pode ser conflitante com outra norma de uma mesma ordem jurídica, o que, aliás, é bastante comum no Brasil.

Há duas situações destacadas por Hans Kelsen que explicam diferentes formas de choque entre princípios e regras, sendo elas: a primeira diz respeito ao conflito, que seria a situação hipotética de quando duas normas determinam condutas diferentes para o mesmo e idêntico caso; a segunda ocorreria quando, por exemplo, uma norma diz que determinada conduta deve ser punida com prisão e a outra com a morte.

No primeiro caso temos uma contradição lógica entre duas afirmações, já no segundo caso não há uma verdadeira contradição, mas implica descobrir apenas qual norma é válida e qual não é válida. (KELSEN, 1997, p. 228-229)

Independentemente de se tratar de contradição propriamente dita ou apenas de mero conflito, conforme demonstrado nas duas hipóteses acima, ambas são tidas e entendidas como *contradições*, e são inadmissíveis, devendo ser resolvidas pela via da interpretação, quando se tratarem de conflitos de normas do mesmo escalão.

Gilmar Mendes diz, citando Karl Larenz, que:

Daí se dizer que na aplicação aos casos ocorrentes, as regras – disjuntivamente – valem *ou* não valem, incidem *ou* não incidem, umas afastando ou anulando as outras, sempre que para uma mesma situação de fato existam consequências jurídicas *antinômicas* ou reciprocamente excludentes, uma solução que é *lógica* só nas aparências e não revela o intrincado *jogo consigo mesmo* que, em qualquer instância, o aplicador do direito é obrigado a disputar até descobrir e/ou eleger as normas que levará em conta para decidir as causas ou controvérsias submetidas à sua apreciação. (LARENZ apud MENDES, 2010, p. 97)

Gilmar Mendes ainda lembra que qualquer ordenamento ou sistema não pode tolerar antinomias ou contradições, de modo que com o passar dos anos algumas regras foram criadas para resolver estes conflitos aparentes de normas, como os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade. (MENDES, 2010, p. 98).

Mas é importante destacar que no presente trabalho não se fixará especialmente nestes mecanismos citados, pois estes somente resolvem, como dito, os conflitos *aparentes*, mas não os conflitos que chocam uma regra ou princípio contra outro, situações que requerem maior esforço do intérprete, utilizando-se dos mecanismos da Ponderação, Proporcionalidade e até da teoria da Derrotabilidade.

Quanto aos princípios, a maioria da doutrina entende que não é necessária criação de regras de colisão, porque:

[...] essas espécies normativas – por sua própria natureza, finalidade e formulação, parece não se prestarem a provocar conflitos, criando apenas momentâneos estados de tensão ou de mal-estar hermenêutico, que o operador jurídico *prima facie* verifica serem passageiros e plenamente superáveis no curso do processo de aplicação do Direito. (MENDES, 2010, p. 99)

A crítica paira sobre a própria natureza dos princípios, seu conteúdo normativo, pois segundo Humberto Ávila, citado por Gilmar Mendes, o conflito de princípios seria apenas aparente, pois dado seu caráter apenas instrumental, isto é, auxiliar, não estaria sujeito à hipóteses e campos materiais de aplicação, pois não possuem incidência jurídica abstratamente determinada. (MENDES, 2010, p. 99)

Segundo o insigne Karl Larenz:

Os “princípios jurídicos” não são senão pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à ideia do Direito, que todavia não chegaram a condensar-se em regras jurídicas imediatamente aplicáveis, mas que permitem apresentar “fundamentos justificativos” delas. Estes princípios subtraem-se, como todas as pautas “carecidas de concretização”, a uma definição conceptual. (LARENZ, 1997, p. 316)

Assim, por carecerem os princípios de aplicação direta e imediata, mas sendo apenas ponto de partida, sinalizando ao legislador as estradas por onde pode percorrer, exprimindo pensamentos diretores, não estariam sujeitos a conflitos propriamente ditos, e que por isso seria desnecessária a existência de mecanismos de solução de conflitos, pois seriam impossíveis ocorrências de colisão.

Sem pretender emitir opinião sobre a discórdia existente na doutrina neste aspecto, é inegável que não raramente nos deparamos com situações concretas em que princípios se chocam com outros princípios, ou entre princípios e regras, o que

demanda do intérprete a aplicação de mecanismos que o direito dispõe para a necessária solução.

A proposta do presente trabalho, ao identificar conflito entre o princípio da segurança jurídica e os direitos adquiridos, demonstra muito bem este cenário, no qual o direito precisa firmar-se num sentido ou noutro, mas é de suma importância que a jurisprudência se posicione de forma segura e fundamentada, o que não se nota até o presente momento da pesquisa.

Antes de tratar dos mecanismos de solução de conflitos, demasiado importante destacar que, como já mencionado, somente os princípios estão sujeitos aos mecanismos de Ponderação, Proporcionalidade e Derrotabilidade, devendo ser relativizados em razão de princípios contrários, pois as regras de direito, dado seu caráter antinômico, quando se chocam apenas uma prevalece, não se admitindo a existência de contradição entre duas ou mais regras.

Assim, como esclarece Robert Alexy, os princípios estão sujeitos à colisões e as regras estão sujeitas a conflitos e, apesar dos aspectos comuns, são coisas fundamentalmente distintas. (ALEXY, 2017, p. 91-92)

3.2. DOS CONFLITOS ENTRE REGRAS E DAS COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS

Nos conflitos entre regras, é possível eliminar o embate com uma cláusula de exceção, como quando, no exemplo de Robert Alexy “[...] entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio” (ALEXY, 2017, p. 92). Ou seja, existe uma regra proibitiva, que impede os alunos de saírem da sala antes do sinal de saída, porém, como cláusula de exceção, os alunos são autorizados a deixar a sala de aulas caso soe o alarme de incêndio, ou seja, não estariam mais obrigados a permanecer até o sinal de saída, excepcionalmente.

Excetuando-se esta hipótese de introdução de uma cláusula de exceção, o conflito entre regras exigirá que uma delas seja necessariamente declarada inválida, ou seja, jamais poderão conviver ambas ao mesmo tempo.

Mas ainda que a solução pareça simples, na declaração de invalidade de uma regra, ainda é necessário escolher através de outros critérios qual das regras

conflitantes será válida e qual será invalidada. Esse problema, segundo Alexy, se resolve pelas regras que dizem: “lei posterior derroga lei anterior” e “lei especial derroga lei geral”. (ALEXY, 2017, p. 93)

Assim, em suma, no que diz respeito às regras, a menos que exista uma cláusula de exceção, ou a possibilidade de existência desta, uma das regras em conflito deve ser declarada inválida em face da outra, dirimindo, então, o conflito e permanecendo apenas uma como válida.

Já no campo dos princípios, temos que:

A colisão ou conflito entre princípios haverá sempre que a Constituição: a) proteger simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta; b) proteger uma situação através de um princípio e outrora proibi-la pela aplicação de outro princípio ou vice-versa. (PANCOTTI, 2009, p. 116)

Na eventual colisão entre princípios a situação é bastante diferente do caso das regras, e sua solução um pouco mais complexa, já que nestes casos, um dos princípios, ou ambos, devem ceder para conviverem, mas nenhum deles será declarado inválido, inexistindo cláusula de exceção ou declaração de invalidade de qualquer deles.

Como lembra Robert Alexy: “Conflito entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.” (ALEXY, 2017, p. 94)

Considerando que a solução para as colisões entre princípios ocorre no campo do peso, necessário, portanto, um sopesamento, uma ponderação, de modo a flexibilizar o entendimento de cada princípio, seu objetivo, alcance, seu espírito, para então equacionar a forma e até que ponto tais princípios vão ceder para que possam harmonizar-se.

Mas o professor Luiz Gustavo Boiam Pancotti lembra que, no campo dos princípios constitucionais, não é possível a existência de norma constitucional de maior importância dentre as demais, por respeito ao princípio da unidade da Constituição, e que os princípios encontram-se no mesmo plano axiológico, não sendo lícito falar em hierarquia de normas dentro da Constituição. (PANCOTTI, 2009, p. 108)

Isso quer dizer que há severos limites ao sopesamento entre os princípios constitucionais, para que não ocorra o sacrifício de um em favor de outro, unicamente com o argumento de ser aquele mais valioso do que este, mas será sempre necessária uma análise de viés conciliatório, de acordo com a perspectiva de cada caso concreto.

Ainda no campo dos direitos fundamentais, e nos argumentos de Canotilho, o denominado princípio da concordância prática ou da harmonização:

[...] impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros. [...] Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens. (CANOTILHO, 1993, p. 228)

O mesmo autor ainda chama a atenção para o princípio da força normativa da constituição, que na solução dos problemas jurídico-constitucionais, a prevalência deve estar focada nos pressupostos normativos da constituição, visando a concretização da lei fundamental. Assim, deve prevalecer a solução hermenêutica que atenda à historicidade e estrutura constitucional, garantindo sua máxima eficácia e permanência. (op. cit. p. 229)

Daí a suma importância dos mecanismos de solução das colisões entre princípios que serão abaixo tratados.

3.2.1. Da Ponderação, da Proporcionalidade e da Derrotabilidade

No conceito da doutrina atual, com destaque para o Professor Pancotti:

[...] a ponderação de valores é um instrumento de hermenêutica que tem por finalidade auxiliar o julgador na solução de casos difíceis, uma vez que não há previsão legal para a solução daquele específico fato, ou, se existente, não alcança o fim social desejável. (PANCOTTI, 2009, p. 134)

Como já tratado anteriormente, e agora repete-se em razão da sua importância, a solução das colisões de princípios se dá no campo do valor,

diferentemente das regras de direito, cuja solução se dá no campo da validade. Assim, apesar de não haver no sistema constitucional uma diferenciação hierárquica, não pode ser ignorado que os princípios podem ter diferentes pesos em abstrato.

Desse modo, a análise axiológica de um princípio implica analisar o alcance de um estado de coisa. Está diretamente ligado ao princípio da proporcionalidade, que na voz de Gilmar Mendes:

[...] exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrifício não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. (MENDES, 2010, p. 364)

Gomes Canotilho diz que a terminologia correta seria “tensão” entre princípios, e não colisão ou conflito porque, segundo o insigne jurista, se houvesse um choque entre diferentes princípios, pressupõe-se que um deles teria de ser afastado totalmente em privilégio do outro, porque seriam, então, opostos, antagônicos, entendimento este que, no entender do autor, é equivocado. (CANOTILHO, 1993, p. 190)

Segundo a grande maioria da doutrina, os princípios não são jamais antagônicos, ou seja, jamais podem chocar-se ou colidirem-se de modo a um anular o outro, mas ambos devem coexistir, de forma harmônica, segundo a análise de seu peso e alcance, e até de uma análise empírica, cedendo reciprocamente, até que possam amoldar-se ao caso concreto.

Os princípios não seriam, portanto, jamais incompatíveis entre si.

No exemplo dado por Gilmar Mendes, decidir se o ódio racial é protegido pela liberdade de expressão, requer uma análise mais profunda das questões envolvidas, não somente do direito estritamente, mas do caso concreto que ensejou o julgamento. A ponderação ultrapassa o campo do valor para submeter à uma análise do caso concreto, as circunstâncias que envolvem a necessidade de dirimir essa dúvida. (MENDES, 2010, p. 368)

Proporcionalidade, ou razoabilidade, “emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins.” (op. cit. p. 181)

Importante destacar que alguns autores utilizam indistintamente as duas expressões (proporcionalidade e razoabilidade) como sendo a mesma coisa, ou pelo menos fungíveis nos seus conteúdos. Mas parte da doutrina entende tratar-se de duas expressões singulares, carregadas de significado diferente. Porém, para o objetivo desta pesquisa, é desnecessário discutir essa divergência, limitando o estudo a tratar o princípio apenas de proporcionalidade.

Ele é princípio geral de direito, utilizado para garantir equilíbrio, tanto no que diz respeito aos poderes, privilégios e direitos, quanto para aferir a legitimidade de restrições de direito, e é exatamente neste último aspecto que a proporcionalidade é aplicada como mecanismo de solução de conflitos e colisões de princípios e de regras.

Não vincula somente o intérprete do direito, mas sua obediência é devida também às autoridades administrativas, aos legisladores, e ao próprio Estado de um modo geral, já que tal princípio possui íntima ligação com os direitos fundamentais, dado o *status* de destaque e importância intrínseca no ordenamento jurídico.

Como esclarece Pancotti:

No sistema jurídico pátrio, o princípio da proporcionalidade não está expresso na Constituição Federal e foi influenciado pela doutrina portuguesa, cujo conteúdo se originou na Alemanha, pela Constituição *Weimar*. (PANCOTTI, 2009, p. 159)

Apesar de sua ausência no texto expresso da Constituição, é um dos princípios mais importantes na interpretação e aplicação do direito, se manifestando especialmente nas colisões entre bens ou valores jurídicos, como é o caso das colisões de princípios e conflitos entre regras.

Estas colisões são equacionadas utilizando-se do princípio da proporcionalidade em sentido estrito que, quando somada à ponderação, por exemplo, compõe a proporcionalidade em sentido amplo. (MENDES, 2010, p. 182)

Assim, a proporcionalidade exige que o intérprete ou aplicador do direito escolha caminhos adequados, necessários e equilibrados, além da necessária relação de causalidade entre meio e fim, como forma de uma construção harmoniosa, contrabalançada e nivelada.

Pode ser concluído que trata-se de importante instrumento hermenêutico, senão o mais importante, a ser utilizado como meio de pacificação entre os princípios ou regras conflitantes.

O conceito de derrotabilidade das normas jurídicas é de autoria do inglês Herbert Hart, sustentado no seu artigo "*The Ascription of Responsibility and Rights*"¹², de 1.948, e quer dizer, basicamente, que uma norma jurídica pode ser afastada no caso concreto, ou ter sua aplicação negada, apesar de norma válida, sempre que haja no caso uma relevante exceção.

Dessa forma, qualquer norma, seja regra ou princípio, estaria sujeita a exceções que podem, de acordo com cada caso concreto, derrotar sua aplicação ou eficácia. É praticamente uma exceção à regra de solução das colisões entre regras de direito.

Na colisão entre regras, como já tratado mais acima, uma regra afasta a outra, invalidando-a, ou seja, permanece válida apenas uma das regras conflitantes, exceto se houver uma cláusula de exceção.

No caso da teoria da derrotabilidade, está abrangido por este mecanismo de superação das colisões ou conflitos não somente as regras, mas também os princípios. No caso dos princípios de direito, com já visto, pelo mecanismo da ponderação e da proporcionalidade, um princípio não afasta o outro, mas ambos devem conviver harmonicamente, mediante um regime de cedência recíproca, jamais invalidando um ao outro ou negando sua aplicação totalmente.

Mas, segundo a teoria da derrotabilidade, ainda que se trate de princípios de direito, se houver uma exceção relevante no caso concreto, um princípio poderia ser derrotado/superado, em privilégio da aplicação de outro, ou seja, com o afastamento total de incidência de um dos princípios colidentes.

Importante destacar ainda que, no caso de colisão de princípios de direito, o princípio afastado, ou derrotado, como prefere chamar o criador da teoria, não é invalidado, mas apenas afastado naquela situação em concreto, permanecendo válido e aplicável para outros casos externos, pois, conforme o próprio Hart diz, "uma norma que é excepcionada diante de um hard case, ainda é uma norma". (HART, 1949, s/p.)

¹² Versão original em inglês obtida em: <<http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/hart-1948-ascription.pdf>>. Acesso em: 26/09/2017.

A doutrina faz outra importante observação, no sentido de que, não é a norma propriamente dita que é derrotada no caso concreto, mas sim o enunciado normativo, de modo que a derrotabilidade incide sobre o texto normativo, e não sobre a norma, que continua válida e vigente, tendo sido afastada somente para aquele caso em concreto, normalmente um caso de difícil solução ou bastante complexo.

Todo esse contexto denuncia a dificuldade de se interpretar uma norma ou princípio, isto é, “[...] a busca do real sentido de algo, da razão de sua existência e, no caso jurídico, da finalidade social, ou seja, constitui uma atividade de conhecimento e não de criação.” (SANTOS, 2017, p. 25)

O mesmo autor acima, citando importante doutrina, destaca que a derrotabilidade normativa ocorre, ou deve ocorrer, somente em casos de difícil solução, ocasiões em que se “[...] vislumbram uma falha legislativa, ou que acreditam tê-la, ou em busca da defesa de direitos fundamentais, em que o dispositivo legal existente para o caso não se mostra concreto[...].” (op. cit. p. 36)

No âmbito jurídico, a existência de sistemas normativos inconsistentes é um fenômeno possível e, por isto, bastante frequente. Neste sentido, a consistência é uma propriedade contingente dos sistemas normativos em geral, e os jurídicos em particular; logo, é impossível predicá-la a priori. Trata-se de um ideal racional que nem sempre é cumprido pelos sistemas existentes. Dizemos que um sistema é inconsistente quando alguns dos enunciados que o integram conduzem a uma contradição. Consequentemente, um sistema é inconsistente se de sua base axiomática (composta por normas e outros enunciados) conduzir a uma contradição normativa. (ALONSO apud SANTOS, 2017, p. 27)

Ao que se nota, a derrotabilidade seria aplicável em casos excepcionalíssimos, apenas em situações em que a norma não poderia prever ou acomodar todas as exceções possíveis de forma exaustiva, admitindo, portanto, que as regras, em geral, tem exceções, e estas, diante do caso concreto complexo, podem admitir o afastamento de uma norma ou princípio em detrimento de outro, apesar de, repete-se, a maior parte da doutrina, como destaca o professor José Eduardo Lourenço dos Santos na obra já citada, entender que os princípios não podem ser derrotados.

Apesar da derrotabilidade parecer afetar a previsibilidade do direito, isto é, a segurança jurídica, ao permitir afastar norma vigente, cujo cidadão acreditava ter aplicabilidade no caso concreto, parte importante da doutrina entende que não, como

chama a atenção o insigne professor José Eduardo, citando a doutrina estrangeira de Jordão Violin:

É verdade que o Estado de direito requer segurança jurídica. A previsibilidade, todavia, não implica mascarar a realidade por meio de ficções que, embora forneçam modelos lógico-hipotéticos aceitáveis, não condizem com a realidade. É impossível a qualquer ordenamento prever, com clareza e indiscutibilidade, a diversidade de situações que a vida cotidiana insiste em criar. Reconhecer esse fato não é negar o Estado de direito, mas reconhecer os limites do direito positivo como fornecedor de certezas. O papel do ordenamento é fornecer os limites dentro dos quais o governo democrático seja conduzido. (VIOLIN apud SANTOS, 2017, p. 45)

Por tudo, é impensável um mundo jurídico onde só existam normas, ou só existam princípios, pois ambos são fundamentais para o bom desenvolvimento do direito, e devem se correlacionarem de modo a se completarem.

Assim, é evidente que possam, eventualmente, se chocarem, em relação a determinado caso concreto, em busca da justiça. Nesse passo, a derrotabilidade se mostra como mecanismo eficaz de otimização do direito, ao permitir afastar uma determinada norma, ainda que válida, e que continua valendo para os demais casos, a fim de realizar o justo, sem que essa importante limitação afete e comprometa a segurança jurídica.

3.3. A BUSCA PELO NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO ADQUIRIDO

Como já tratado anteriormente, os direitos fundamentais assumiram patamar de destaque com a promulgação da Constituição de 1.988, passando o Brasil a Estado Democrático, donde nasceu também a preocupação dos operadores do direito de efetivar tais direitos, tidos por fundamentais, essenciais, nucleares, do sistema jurídico.

A sua concretização depende de exaustivo exercício hermenêutico, que passa também pela esfera de sua proteção, haja vista ter se firmado o entendimento de que os direitos fundamentais não são absolutos, admitindo-se interferências e limitações.

Dentro desse limite de interferências, dado seu caráter de essencialidade ao ordenamento jurídico, e diante da possibilidade de conflitos, como já levantado nos

títulos anteriores, necessário extremo cuidado do intérprete, a fim de que os mesmos não sejam deturpados ou diminuídos ao ponto de os invalidar ou torna-los vazios.

Esse núcleo essencial, também chamado de núcleo mínimo, é a parte intangível do direito/garantia fundamental que não pode ser atingido ou violado, tanto pelo intérprete, aplicador do direito, quanto pelo legislador, cujo exercício é extremamente complexo.

A dificuldade, nesse contexto constitucional protetivo adotado pelo Brasil, é identificar os limites de proteção dos direitos fundamentais, por meio de uma hermenêutica constitucional que assegure a máxima efetivação deles, e para isso, não diferentemente de outras áreas do direito, a doutrina aqui também diverge.

A primeira divergência doutrinária instala-se em saber se o fundamento da limitação ou restrição aos direitos fundamentais está alicerçada no próprio direito em si, intrinsecamente (chamada de teoria interna), ou se as restrições são definidas pelo intérprete em momento posterior, ou seja, em face do próprio direito e de fatores externos a ele, decorrentes do caso concreto (chamada de teoria externa). (SANTIAGO, 2014, p. 5)

Em resumo, seria necessário compreender se o direito fundamental já nasce (ou nasceu) com seu conteúdo já previamente definido, cabendo ao intérprete, incluindo-se aqui o legislador, uma tarefa apenas declaratória, ou se os direitos fundamentais não apresentam limitações, tornando necessário ao intérprete recorrer ou socorrer-se de fatores externos para se conseguir delimitar o campo de atuação de cada direito fundamental em colisão, a fim de identificar o limite de restrição a ser imposto.

O que parece ser um fato, apesar de não se afirmar com absoluta exclusão de qualquer outra hipótese, é que a presente discussão que data de meados do século XIX, ainda não assentada, não dispõe de relevância para a conclusão do presente trabalho, pois não é necessário que se busque uma justificação para a aplicação e/ou reconhecimento de restrições aos direitos fundamentais, ao passo que ambas as teorias citadas concordam que os direitos fundamentais não são absolutos e admitem restrições ou limitações.

Independentemente disso, a teoria interna parece mais cabível, ao passo que, se todos os direitos fundamentais possuem caráter definitivo, falar em restrições

dos mesmos seria falar de algo impossível, ou no mínimo inconstitucional, como afirma Friedrich Müller, ao entender que:

[...] falar em restrições a direitos fundamentais é uma contradição, na medida em que é internamente que esses direitos encontram suas limitações. Restringir algo que já está de antemão delimitado seria, para Müller, ilógico". (MÜLLER apud SANTIAGO, 2014, p. 17)

Importante destacar que a doutrina trata a questão com duas denominações distintas, tratando-se ambos, do ponto de vista da presente pesquisa, da mesma coisa, isto é, *restrições* ou *limites*.

Aparentemente o direito brasileiro prefere a teoria externa, ao indicar que uma norma fundamental pode sofrer:

[...] restrições externas, restrições estas dadas não pelo próprio direito *in specie* (limites imanentes), mas por fatores extrínsecos à norma, seja por limitações expressamente autorizadas pelo texto constitucional, seja por uma atividade de sopesamento quando da colisão com outro princípio jusfundamental [...]. (SANTIAGO, 2014, p. 26)

Na esteira do pensamento de Alexy, em caso de colisão entre princípios, ou direitos fundamentais, apesar de nem todo direito fundamental refletir um princípio, há critérios a serem aplicados visando a otimização desses direitos, já que um direito fundamental não poderia ser afastado em favor de outro direito fundamental.

Com o exercício de sopesamento, já no campo do peso, e já não mais no campo do valor, deve ser estabelecido uma ordem de preferência entre tais direitos em colisão, de modo a se preservar a eficácia de ambos os direitos, porque é sabido, não há hierarquia entre tais direitos.

Somente o caso concreto poderá ditar, ou delimitar, conforme suas nuances e particularidades, qual direito fundamental deverá ceder em face do outro, o que, apesar da subjetividade apresentada por Alexy, criticado pela doutrina pela falta de resposta satisfatória e com concretude suficientes, é a doutrina mais aceita no Brasil.

A problemática está, então, como levantado na presente pesquisa, não saber através de qual mecanismo jurídico aplicar ao caso de colisões entre direitos fundamentais, mas qual o limite de cedência que os direitos fundamentais possuem,

isto é, identificar até onde essas restrições ou limites podem chegar, sem esvaziar o núcleo essencial desse direito fundamental.

Tal problemática ganha relevância ao passo que, na Constituição atual, que estabeleceu o Estado Democrático, as decisões judiciais não podem ser proferidas por livre convencimento do juiz, mas sim através de livre convencimento motivado, justificando por meio de uma argumentação jurídica a tomada desse ou daquele entendimento.

Em razão disso, indispensável ainda conceituar o suporte fático dos direitos fundamentais (ou *âmbito de proteção* como preferem alguns autores), uma vez que a sua investigação é relevante para que a correta concepção do alcance do suporte fático dos direitos fundamentais na busca de sua concretização.

J.J. Gomes Canotilho parece trazer a melhor explicação, ao escrever:

Os direitos fundamentais têm como referente (‘referem-se’, ‘dizem respeito a’) determinados sectores (âmbitos, domínios) da realidade social. É fácil compreender esta ideia: o direito à vida tem como referente a vida humana; a liberdade de criação artística refere-se à arte; o direito à inviolabilidade de domicílio e de correspondência diz respeito ao domicílio (‘habitação’, ‘casa’) e à comunicação (escrita, oral, telefônica, internética). Ao articularmos um direito fundamental com determinado âmbito de realidade social estamos a ‘descrever’, em termos materiais, o âmbito de proteção de um direito fundamental. Neste sentido se diz que os ‘âmbitos da vida’ (‘os domínios da realidade’) abrangidos ou compreendidos pelos direitos fundamentais valem como âmbito de proteção desses mesmos direitos. (CANOTILHO apud SANTIAGO, 2014, p. 51)

O conteúdo juridicamente garantido, isto é, a realidade efetivamente protegida pela norma jusfundamental, é que não poderia ser atingida, limitada ou restringida. A título de exemplo, a inviolabilidade de domicílio visa proteger o domicílio de ser violado sem autorização do proprietário ou morador. Porém, a própria norma cria exceções a este direito fundamental, como em caso de ordem judicial, desastre, flagrante delito, etc.

O âmbito de proteção do direito fundamental à inviolabilidade de domicílio repousa na garantia de inviolabilidade desmotivada, ou não abarcada pelo direito posto como exceção juridicamente aceitável quando outros direitos igualmente fundamentais estejam em colisão.

Nota-se que no exemplo acima o sopesamento exercido, ou seja, a investigação de qual valor (jusfundamental) é mais relevante no caso concreto, e de enorme importância.

Como chama a atenção o professor Calil, citando Virgílio Afonso da Silva:

O suporte fático é um conceito praticamente desconhecido no direito constitucional brasileiro, sendo, porém, utilizado (com diferentes nomenclaturas) no direito penal (*tipo penal*), no direito tributário (*hipótese de incidência e fato gerador*), assim como no direito privado. (SILVA apud CALIL, 2012, s/p.)

O suporte fático ocorre, então:

[...] a partir da conjugação de elementos de conteúdo jurídico e de elementos fáticos [...] partindo-se, assim, de um alto grau de abstração para uma concreção silogística que possibilite a subsunção da norma ao fato. (CALIL, 2012, s/p.)

Quando dois princípios ou valores constitucionais entram em conflito, choque ou colisão, uma estatuidando um direito e outra estabelecendo uma restrição, como no caso da colisão aqui investigada (direito adquirido *versus* segurança jurídica), o direito definitivo só se extrai através do exercício da ponderação, donde evidencia a necessidade de investigação de cada caso concreto em busca da resposta mais adequada.

Em conclusão, e trazendo a discussão para a proposta da presente pesquisa, que visa oferecer meios de dirimir o conflito entre direitos adquiridos e segurança jurídica, pode-se afirmar que o âmbito de proteção, ou o conteúdo juridicamente garantido, pelos direitos adquiridos, é exatamente o de trazer ao sistema jurídico segurança, quando o objetivo maior de se garantir e respeitar direitos incorporados ao patrimônio jurídico do titular é exatamente estabilizar a relação jurídica em cheque.

Nessa esteira de pensamento, com toda a obviedade que se evidencia, não é difícil concluir que os direitos adquiridos estão a serviço da segurança jurídica, e esta última estaria sendo assegurada se os direitos adquiridos estiverem sendo respeitados.

Assim sendo, quando um juízo ou tribunal afasta um direito adquirido sob o argumento da necessidade de se manter segurança jurídica, evidencia-se um

absurdo jurídico, pois o âmbito de proteção dos direitos adquiridos são, exatamente, trazer estabilidade às relações jurídicas, que nada mais é do que assegurar segurança jurídica ao sistema.

Não há um confronto entre estes dois institutos do direito fundamental. Ambos visam proteger o mesmo bem jurídico, que é a própria segurança jurídica.

Não se trata de mera cedência do direito adquirido para manter segurança jurídica, se trata de verdadeiro contrassenso, pois os direitos adquiridos não cedem parcialmente, ou se amoldam ao caso concreto, mas são afastados total e absolutamente, deixando de serem garantidos, isto é, deixando de existir.

Cada direito fundamental possui um núcleo de proteção intangível, absoluto, no qual não é possível intervir em hipótese alguma. Trata-se de um núcleo fixo que não depende de ponderação, ou seja, o conteúdo essencial é único e sempre o mesmo. (CALIL, 2012, s/p.)

No caso dos direitos adquiridos, o seu conteúdo intangível é a proteção de uma situação ou fato jurídico integralizado pelo detentor, integralizado através de um “custo” (o preenchimento de determinados requisitos em virtude de lei vigente no tempo no qual foi realizado), para que pudesse gozar de determinada vantagem ou benefício. Qualquer limitação ao exercício desse direito atinge o seu núcleo essencial, ao retirar do detentor o direito que lhe “custou” (fato aquisitivo) o preenchimento de requisitos.

Apesar da teoria relativa do conteúdo essencial admitir que mesmo o núcleo essencial do direito fundamental não é rígido, podendo sofrer limitações de acordo com o caso concreto, no caso específico dos direitos adquiridos não é possível admitir flexibilização, porque qualquer tentativa de retirar do sujeito o direito de exercer/gozar daquele patrimônio jurídico adquirido, esvazia seu direito por completo.

Em outras palavras, de nada adianta conceder o direito e impedir o seu exercício pelo titular, pois aquele direito de nada valerá, estará exaurido, será inútil, como se não existisse.

Não é demais lembrar que:

[...] enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto princípio constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial tem por objetivo evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições

descabidas, desproporcionais ou desmensuradas. Em termos exatos, tem-se em mira a efetividade de um direito fundamental. (MENDES, 2010, p. 295)

Também não é demais lembrar que não há no texto constitucional qualquer autorização expressa para que os direitos fundamentais sejam restringidos, motivo porque, inclusive, se admitem apenas pequenas delimitações, as quais devem respeitar rigorosamente o conteúdo normativo constitucionalmente previsto.

O objetivo de qualquer intervenção na aplicabilidade dos direitos fundamentais deve observar, primeiramente e primordialmente, a sua máxima efetivação e concretização.

O núcleo essencial do direito fundamental direito adquirido é, portanto, violado, já que ao se reconhecer prazo decadencial para seu exercício, seu conteúdo material, o conteúdo juridicamente garantido pela norma jusfundamental, é esvaziado ao se impedir que o titular do direito possa exercê-lo, deixando de ser direito adquirido, ou, em outras palavras, com o perdão da redundância, perdendo totalmente seu conteúdo juridicamente garantido.

Não se pode admitir que um direito fundamental tão importante como o direito adquirido, que trazem, em verdade, segurança jurídica ao jurisdicionado, seja flexibilizada de acordo com cada caso concreto, ao ponto de esvaziar-se e tornar o exercício do direito impossível, destruindo seu núcleo de proteção essencial.

Alguns poderiam justificar a necessidade de afastar um direito adquirido, visando garantir segurança jurídica, argumentando que não se pode permitir que os conflitos se eternizem, ou seja, se um direito adquirido não manifestado, não exercido dentro de determinado prazo previsto em lei, estar-se-ia diante de uma situação jurídica mutável por tempo indeterminado, o que geraria insegurança jurídica.

O argumento da eternização dos litígios não se sustenta, haja vista que não há que se falar em eternização dos litígios quando se tratar de direitos que assistem aos seres humanos, pois as pessoas, detentores de direitos, não podem ser eternos, e assim, os direitos que lhe assistem também não poderiam, mas vigentes ou válidos somente enquanto o sujeito, seu detentor, puder exercê-lo e, obviamente, em vida, porque só é titular de direitos as pessoas nascidas com vida e enquanto viverem.

3.4. O PROCEDIMENTO ARGUMENTATIVO E DECISÓRIO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E AS DECISÕES DO RE 630.501 DO STF E DO TEMA 966 DO STJ

Apesar dos direitos adquiridos terem previsão constitucional, e à primeira vista parecer que cabe ao Supremo Tribunal Federal a competência para resolver as questões que o envolvem, o entendimento do Supremo não é unânime quanto à constitucionalidade da matéria, haja vista já ter sido decidido que direito adquirido nem sempre é questão constitucional.

Segundo entendimento do ministro Celso de Mello¹³, de 10.10.1995:

[...] a noção conceitual de direito adquirido é tema de legislação ordinária, sendo que tão somente o princípio inerente à proteção ao direito adquirido tem natureza constitucional". (MELLO apud ALMEIDA, 2012, p. 124)

Assim, em suma, o Supremo Tribunal Federal entende que nem toda discussão acerca de direito adquirido cabe a ele o exame, mas somente aquelas afetas à garantia desse direito, a forma principiológica do direito adquirido, é que estaria sob a proteção constitucional, e não o seu conteúdo material, conceitual, que se encontraria na legislação infraconstitucional, e por ser ofensa apenas reflexa à constituição, não desafiaria recurso extraordinário. (ALMEIDA, 2012, p. 128)

Outro posicionamento do mesmo Supremo denuncia entendimento diverso, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 226.855/RS, que na voz e no voto do ministro Sepúlveda Pertence¹⁴, entendeu que os direitos adquiridos serão,

¹³ [...] CARÁTER ORDINÁRIO DO CONCEITO DE DIREITO ADQUIRIDO. O sistema constitucional brasileiro, em cláusula de salvaguarda, impõe que se respeite o direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI). A Constituição da República, no entanto, não apresenta qualquer definição de direito adquirido, pois, em nosso ordenamento positivo, o conceito de direito adquirido representa matéria de caráter meramente legal. Não se pode confundir, desse modo, a noção conceitual de direito adquirido (tema de legislação ordinária) com o princípio inerente à proteção das situações definitivamente consolidadas (matéria de extração constitucional), pois é apenas a tutela do direito adquirido que ostenta natureza constitucional, a partir da norma de sobredireito inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política. Tendo-se presente o contexto normativo que vigora no Brasil, é na lei – e nesta, somente – que repousa o delineamento dos requisitos concernentes à caracterização do significado da expressão direito adquirido. [...]. (Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 135.632-4/RS, relator Ministro Celso de Mello, DJ de 03.09.1999)

¹⁴ [...] Na discussão do problema do recurso extraordinário, à vista dessas duas fontes normativas possíveis da proteção do direito adquirido, a minha tendência – e a sustentei nos primeiros meses de assento no Tribunal – é que, por isso tudo – isto é, porque o conceito, para ser eficaz, como garantia constitucional, tem de ser construído a partir da Constituição, independentemente da definição que lhe empresta a lei – foi a de entende

sempre, de altitude puramente constitucional, cabendo, portanto, ao Supremo Tribunal Federal dirimir questões que o invoquem, o que foi, naquela mesma ocasião e acórdão, acompanhado pelo esclarecedor voto do ministro Nelson Jobim¹⁵.

Essa divergência evidencia que o Supremo Tribunal Federal não é uníssono sobre a compreensão da matéria que envolve a solução de casos em que se invoca violação de direitos adquiridos, ora recusando julgar a matéria, ora admitindo o processamento do recurso, dificultando ao operador do direito que haja uma correta compreensão do destino do processo.

Não são raras as vezes que o Supremo Tribunal Federal muda seu entendimento e demonstra a evidente colisão, não só entre princípios, mas de entendimento do próprio Tribunal, como no caso dos concursos públicos, em que o entendimento do Pretório Excelso indicava que os candidatos aprovados possuíam apenas expectativa de nomeação, mas não gerando direito adquirido à nomeação, exceto tenha sido nomeada pessoa sem a observância da lista e ordem de aprovados, conforme decidiu-se em 19.12.1994, através do MS 21.870/DF, relatado pelo ministro Carlos Velloso¹⁶.

Algum tempo depois a mesma questão voltou à análise do Supremo, através do Recurso Extraordinário n. 227.480/RJ, de 16.09.2008, tendo decidido a ministra Cármen Lúcia¹⁷, que “os candidatos aprovados em concurso público tem direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar dentro do prazo de validade do concurso.” (ALMEIDA, 2012, p. 135)

que, sempre, a questão do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito é constitucional e não legal. Tenderia, assim, a reduzir o art. 6º da Lei de Introdução, na versão de 1957, um valioso subsídio doutrinário. Nada mais do que isso. (Supremo Tribunal Federal, Pleno, Recurso Extraordinário n. 226.855/RS, relator Ministro Moreira Alves, DJ de 13.10.2000)

¹⁵ [...] Toda matéria que tratar de direito adquirido é constitucional. O dispositivo legal é uma ordem ao legislador, ou seja, para se verificar a existência do direito adquirido e se este foi atingido ou não faz-se necessário examinar as duas leis que estão em confronto. [...] Sr. Presidente, a matéria é claramente constitucional. (ibidem)

¹⁶ [...] O que acontece é que a conveniência e oportunidade do provimento do cargo ficam à inteira discricção da administração, certo que a aprovação no concurso não gera direito à nomeação. O direito surgirá, repito, no caso de a administração pública nomear candidato não aprovado no concurso ou candidato pior classificado. É assim a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Súmula 15). Do exposto, indefiro o writ. (Supremo Tribunal Federal, Pleno, Mandado de Segurança n. 21.870-3/DF, relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 19.12.1994)

¹⁷ [...] A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. (Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Recurso Extraordinário n. 227.480/RJ, relatora Ministra Carmen Lúcia, DJ de 21.08.2009)

Por diversas vezes, em diferentes matérias, o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre o reconhecimento ou não do direito adquirido e sua relação com a segurança jurídica, adotando, ao que parece, a teoria relativa da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, ao admitir que o núcleo essencial desses direito não é algo rígido, podendo sofrer limitações de acordo com cada caso concreto.

No campo previdenciário evidenciam-se, a nosso ver, as maiores divergências de entendimento e aplicação do direito posto, pois, como se verá, através do julgamento do Recurso Extraordinário n. 630.501/RS, de 21.02.2013, relatado pela ministra Ellen Gracie¹⁸, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito adquirido do segurado receber o benefício mais vantajoso (quadro mais favorável), dentro do período entre o implemento de todos os requisitos, ainda que mínimos, até a entrada do requerimento do benefício, pouco importando o decesso remuneratório ocorrido no período, pois, a partir do implemento dos requisitos, o direito ao benefício é incorporado ao patrimônio do segurado, na forma mais vantajosa que fizer jus, ou seja, que reflita melhor renda mensal.

Assim, em suma, preenchidos os requisitos mínimos para a obtenção de determinado benefício, mas optando o segurado continuar na ativa, contribuindo, para somente mais tarde requerer o benefício, tal período decorrido entre o preenchimento dos requisitos e a entrada do pedido não pode lhe atingir negativamente no valor do benefício, porque desde o implemento dos requisitos mínimos, já fazia jus ao benefício, possuindo, por isso, direito adquirido à concessão deste.

¹⁸ [...] O instituto do direito adquirido insere-se, normalmente, nas questões de direito intertemporal. Não temos, no nosso direito, uma garantia ampla e genérica de irretroatividade das leis, mas a garantia de que determinadas situações jurídicas consolidadas não serão alcançadas por lei nova. Assegura-se, com isso, a ultratividade da lei revogada em determinados casos, de modo que o direito surgido sob sua vigência continue a ser reconhecido e assegurado. [...] Em matéria previdenciária, já está consolidado o entendimento de que é assegurado o direito adquirido sempre que, preenchidos os requisitos para o gozo de determinado benefício, lei posterior revogue o dito benefício, estabeleça requisitos mais rigorosos para a sua concessão ou, ainda, imponha critérios de cálculo menos favoráveis. [...] Quando a lei nova menos favorável não ressalva os direitos adquiridos e a Administração não os respeita, esta Corte os assegura, dando efetividade à garantia constitucional. [...] Não estamos, pois, frente a uma questão de direito intertemporal, mas diante da preservação do direito adquirido frente a novas circunstâncias de fato. [...] Admitir que circunstâncias posteriores possam implicar renda mensal inferior àquela garantida no momento do cumprimento dos requisitos mínimos é permitir que o direito adquirido não possa ser exercido tal como adquirido. [...] Em tais casos, mesmo que a diminuição não decorra de lei, mas dos novos elementos considerados para o cálculo do benefício, impende assegurar-se o direito adquirido ao melhor benefício possível. (Supremo Tribunal Federal, Pleno, Recurso Extraordinário n. 630.501/RS, relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 26.08.2013)

Adquirido o direito ao benefício, não faria sentido que o tempo trabalhado e contribuído além do necessário prejudique o segurado no valor do benefício a que já fazia jus desde antes, o que lhe afetaria negativamente, mesmo tendo contribuído por mais tempo.

Por isso, a nosso ver de forma muito acertada, a respeitada ministra entendeu haver direito adquirido à forma mais vantajosa possível do benefício cujos requisitos mínimos já tenham sido implementados em momento anterior ao requerimento do benefício, a fim de evitar que o segurado perca valor em razão do pedido de benefício tardio, apesar da mesma Corte ter exarado entendimento diverso em julgados mais antigos, conforme ela própria destacou no seu voto.

Os votos vencidos naquela ocasião, ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, sustentaram ocorrência do ato jurídico perfeito, quando da concessão do benefício, ainda que em valor menor do que faria jus o segurado se tivesse requerido o benefício em algum momento anterior e após o implemento dos requisitos mínimos, e por ato jurídico perfeito, estaria sujeito à imutabilidade (ressalvadas as situações que geram a nulidade do ato), a fim de garantir segurança jurídica¹⁹.

Não há dúvida do reconhecimento do direito adquirido na situação concreta posta, porém, ao final do voto a ministra expressa que o dito direito deve observar a decadência do direito à revisão e a prescrição quanto às prestações vencidas, mesmo não tendo sido objeto de discussão, no referido recurso, a incidência ou não de prazo decadencial para o exercício do direito que acabava de ser reconhecido como direito adquirido.

¹⁹ Voto do ministro Dias Toffoli: [...] Destarte, parece mesmo adequada a efetiva discussão acerca da violação desse princípio constitucional no caso presente, mas reitero meu entendimento de que isso não ocorreu na hipótese ora em discussão. Pelo contrário, eventual alteração do cálculo da renda mensal inicial do recorrente, a ser efetuada da forma como por ele postulada, configuraria inegável desrespeito ao ato jurídico perfeito estabelecido quando da concessão da aposentadoria, que decorreu de pleito voluntário que apresentou, aliás, vários anos antes do ajuizamento da presente ação. (Recurso Extraordinário n. 630.501/RS)

Voto do ministro Ricardo Lewandowski: [...] E, de mais a mais, consta, também, da decisão recorrida que uma decisão, favorecendo o aposentado, militar contra o interesse público exatamente no sentido de que deve-se preservar a segurança jurídica das relações entre os aposentados e o Instituto de Seguridade Social. (Recurso Extraordinário n. 630.501/RS)

Voto do ministro Gilmar Mendes: [...] Veja que isso abre todo o sistema para um quadro de enorme insegurança jurídica, com reflexos sérios em todo o sistema que busca um equilíbrio atuarial. De modo que, com todo respeito e com as vênias de estilo, eu acompanho a divergência aberta a partir do voto do Ministro Dias Toffoli. (Recurso Extraordinário n. 630.501/RS)

Também parece não haver dúvidas de que as divergências entre os ministros pairou sobre a necessidade de se preservar segurança jurídica, ainda que houvesse claro direito adquirido ao benefício cujos requisitos já se haviam implementados, em razão do ato jurídico perfeito da concessão anterior do benefício.

A comunidade jurídica viu ter agido com acerto a ministra ao não discorrer e nem discutir a incidência de prazo decadencial, pois o Supremo Tribunal Federal não pretendia discutir tal questão, mesmo porque é matéria que decorre de lei infraconstitucional (no caso, o artigo 103 da Lei 8.213/91), cabendo ao Superior Tribunal de Justiça decidir sobre a matéria, sua incidência ou não, a partir de quais critérios, etc.

Decidido, portanto, ainda que por maioria, que a questão pretendida era de direito adquirido, transferiu-se ao Superior Tribunal de Justiça a decisão sobre a aplicação ou não de prazo decadencial para o exercício de tal direito.

A partir da afetação do tema 966, Recursos Especiais 1.631.021/PR e 1.612.818/PR, de relatoria do ministro Mauro Campbell Marques²⁰, foi julgado como Recurso Repetitivo no dia 13.02.2019, tendo sido decidido que, apesar de se tratar de questão envolvendo direito adquirido, o prazo decadencial previsto no artigo 103 da Lei 8.213/91 incide, uma vez que o Tribunal considerou a pretensão da parte como equiparado a revisão de benefício, e não direito à concessão originária do mesmo, reconhecendo-se, de forma expressa, a necessidade de se resguardar a segurança jurídica das relações firmadas com a previdência social.

O ministro relator, ao aplicar o instituto da decadência em matéria reconhecidamente de direito adquirido, expressou no voto a necessidade de assegurar estabilidade e segurança nas situações jurídicas, conforme se extrai de seu relatório e voto.

Apesar de expressar muito claramente que o direito ao benefício em si não decai, assim como outras questões que não envolvem diretamente revisão do ato de concessão, também não estariam sujeitas a prazo decadencial, o relator entendeu que no caso do benefício mais vantajoso, tese do Recurso Extraordinário n. 630.501/RS já citado, a questão envolve situação equiparada a revisão de benefício, e que por isso, estaria sujeito ao prazo decadencial do artigo 103 da Lei 8.213/91.

²⁰ [...] O Direito como ciência assegura estabilidade e segurança nas situações jurídicas, mostrando-se o prazo uma importante ferramenta para o exercício de direitos em tempo hábil. (Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, Recurso Especial n. 1.631.021/RJ, relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJ de 13.03.2019)

Em suma, o respeitável ministro diz que, apesar de se tratar de direito adquirido, há incidência de prazo decadencial, pela necessidade de manter segurança jurídica nas relações entre segurado e instituto de previdência, não porque ataca o direito ao benefício em si, mas porque entendeu tratar-se de revisão de benefício, o que não estaria protegido pelo núcleo do direito adquirido.

Somente estaria preservado o direito adquirido, livre de prazo limitador, o direito de obter o benefício em si, originariamente, mas, uma vez requerido e concedido o mesmo, o ato jurídico perfeito consumaria o ato, e o direito de rever o dito ato, estaria sujeito ao prazo decadencial, para garantia de segurança jurídica do ato administrativo concessório.

Em conclusão a tudo isso, é possível afirmar que o direito reconhecidamente adquirido teve seu exercício obstado, ou seja, a efetivação do mesmo, em vista de manter segurança jurídica ao sistema, o que evidencia a discussão proposta no presente trabalho, a colisão entre o direito adquirido e a segurança jurídica, que no caso concreto apresentado mais acima, prevaleceu a segurança jurídica, ainda que o instituto do direito adquirido vise, exatamente, trazer, manter e assegurar a mesma segurança jurídica.

O que se verifica na prática, conforme já mencionado nos títulos anteriores, é que os tribunais superiores colidem os direitos adquiridos com a segurança jurídica frequentemente, julgando de forma díspar questões de direito que ao fundo são idênticas, sem jamais se atentarem para a proteção do núcleo essencial desse direito fundamental denominado direito adquirido que, apesar de em alguns casos concedido, é imediatamente subtraído do titular, em nome de segurança jurídica, violando um princípio para dar efetividade a outro princípio.

No julgamento do Tema 966, que decidiu por aplicar o prazo decadencial decenal mesmo tratando-se a questão de reconhecido direito adquirido, obstando o exercício desse direito aos que se aposentaram há mais de dez anos, os votos vencidos dos ministros Regina Helena Costa e Napoleão Nunes Maia Filho, este último foi eloquente ao reafirmar que a questão é evidente ataque ao direito adquirido do segurado, ao implementar requisitos e ser forçado, pelas regras, a receber benefício menor do que teria direito em data anterior, ainda que não tenha ocorrido modificação legislativa no ínterim entre o preenchimento dos requisitos mínimos e o efetivo pedido de benefício.

Segundo o ministro divergente, não há razão para que se diferencie o direito adquirido ao benefício em si, concessão originária, do direito adquirido a determinada renda mensal, calculada segundo os critérios legais e pressupostos fáticos vigentes no momento em que cumpridos os requisitos para a sua percepção, nos termos da lei vigente à época da aquisição do direito²¹.

Também a ministra que divergiu da relatoria e da maioria, portanto vencida, a ministra Regina Helena²², entendeu que o direito fundamental, direito adquirido, estava sendo atacado com o impedimento de que o segurado pudesse obter o benefício mais vantajoso, porque o direito àquela renda mensal já estava incorporado a seu patrimônio jurídico, podendo exercê-lo quando desejasse, destacando não somente o artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, mas também o artigo 6º,

²¹ [...] De início, é importante frisar que a questão centra dos autos é o reconhecimento ao direito adquirido a um benefício mais vantajoso do que aquele que percebe o Segurado. Nota-se, assim, a importância da tese que se enfrenta. Amparada no reconhecimento de um direito social de extrema fundamentalidade. [...] De fato, os benefícios previdenciários envolvem direitos fundamentais, razão pela qual não se submetem ao regime de preclusão temporal, não havendo que se falar em sua extinção em razão do seu não exercício, sob pena de violação à proteção social que tal direito busca assegurar. Não pode o Segurado ser penalizado por não requerer o benefício em momento posterior ao preenchimento dos requisitos legais para a sua concessão, nem pode a Administração negar a concessão de benefício incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador. Sinteticamente, pode-se afirmar que o Segurado, quando preenchidos os requisitos para a concessão de aposentadoria, incorpora ao seu patrimônio jurídico o direito à tal concessão, não havendo que se falar na perda do direito pelo transcorrer do tempo. Registrando-se que a própria Autarquia Previdenciária reconhece por intermédio de seus atos normativos, a exemplo da Instrução Normativa 77/2016 do INSS, em seu artigo 687, seu dever de orientar o Segurado na concessão do benefício que lhe for mais vantajoso, reconhecendo que o INSS deve conceder o melhor benefício a que o Segurado fizer jus, cabendo ao Servidor orientar nesse sentido. Assim, se há que falar em inércia, esta deve ser imputada ao INSS que descumpriu a sua função de reconhecer o direito a benefício mais vantajoso a que fazia jus o Segurado. Como visto, se o suporte da incidência do prazo decadencial previsto no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 é o direito de revisão dos benefícios e não o direito à concessão do benefício previdenciário, não há que se falar em decadência da ação em que se busca o reconhecimento do direito adquirido a benefício mais vantajoso incorporado ao patrimônio jurídico do Segurado em momento anterior ao gozo do benefício em manutenção. (Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, Recurso Especial n. 1.631.021/RJ, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Voto vista do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 13.03.2019)

²² [...] O segurado que cumpriu os requisitos para o jubramento e continuou no mercado de trabalho possui, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, direito adquirido à concessão do benefício de acordo com a lei vigente no momento do implemento das condições mínimas necessárias para a aposentadoria, independentemente da oportunidade em que realizado o requerimento administrativo junto à Autarquia Previdenciária. [...] Entendo que, o segurado, à evidência, não pode ser prejudicado pela aplicação de prazo decadencial no que tange ao direito de ter seu benefício calculado de acordo com as regras vigentes no momento em que preencheu os requisitos mínimos para a concessão do benefício, independentemente do momento em que efetuado o requerimento administrativo, porquanto constitui dever do INSS aplicar corretamente a lei previdenciária e conceder ao segurado o melhor benefício a que ele fizer jus, conforme orientação estampada em atos normativos da própria Autarquia Previdenciária. (Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, Recurso Especial n. 1.631.021/RJ, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Voto vista da Ministra Regina Helena Costa, DJ de 13.03.2019)

parágrafo segundo, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB²³ (Decreto n. 4.657/42 e alterações), que igualmente estabelece segurança àquele que adquire direito, que se torna inalterável na condição pré-estabelecida, e ainda o artigo 122²⁴ da Lei 8.213/91 e por fim o Enunciado n. 5, do Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS²⁵, de 1994, do próprio INSS, além, é claro, da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015²⁶, artigo 687, também citado pelos demais ministros no mesmo julgamento.

Importante destacar que nem mesmo os votos divergentes, que afastaram a aplicação do prazo decadencial do direito à revisão para os casos do benefício mais vantajoso, o Tema 966, onde a questão é reconhecidamente de direito adquirido, levanta a questão da proteção do núcleo essencial desse direito fundamental, princípio este que, se não ignorado, foi esquecido, apesar da sua substancial importância.

Não é demais lembrar que a doutrina atual recebeu melhor a teoria da estabilidade das relações jurídicas e do interesse social de Agnelo Amorim Filho, que teve bases nos ensinamentos de Chiovenda, teoria esta que também foi acolhida pelo Código Civil Brasileiro de 2002.

De outra perspectiva, pode-se dizer que a violação do princípio do núcleo essencial do direito fundamental, seja qual for o direito fundamental, não precisamente os direitos adquiridos, também afetam, talvez de forma indireta, a dignidade da pessoa humana.

Sendo a Constituição da República o diploma fundamental que estabelece a ordem e os objetivos mínimos da nação, revelados como valores fundamentais da sociedade, impõem-se concluir que os direitos fundamentais não podem ser

²³ Pode ser obtida na íntegra através do endereço eletrônico: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 09/04/2019.

²⁴ Lei 8.213/91: Art. 122. Se mais vantajoso, fica assegurado o direito à aposentadoria, nas condições legalmente previstas na data do cumprimento de todos os requisitos necessários à obtenção do benefício, ao segurado que, tendo completado 35 anos de serviço, se homem, ou trinta anos, se mulher, optou por permanecer em atividade. (Restabelecido com nova redação pela Lei nº 9.528, de 1997). Acesso em: 09/04/2019.

²⁵ Pode ser obtida na íntegra através do endereço eletrônico: <http://www.mds.gov.br/webarquivos/inss/CRPS/jurisprudencia_administrativa/ENUNCIADOS%20DO%20CRSS%20-%201%20A%2039%20-%20PDF.pdf> Acesso em: 09/04/2019.

²⁶ Pode ser obtida na íntegra através do endereço eletrônico: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>> Acesso em: 09/04/2019.

agredidos porque constituem a ordem aos bens fundamentais do ser humano, devendo o Estado realizar ações e promoções que protejam e efetivem tais direitos.

É de se ressaltar que em nossa Constituição, apesar de estarem elencados no Título II, em verdade, os direitos fundamentais encontram-se dispersos pelo texto. Basta estarem intimamente relacionados com a dignidade da pessoa humana e serem fundamentais à essência do ser e viver do indivíduo para serem considerados direitos fundamentais. (SIQUEIRA; ANSELMO, 2010, p. 22)

A percepção da dignidade da pessoa humana tem o objetivo de fazer com que o ser humano tenha respeito pelo fato, apenas, de que todos são pessoas. A noção está em si mesmo e, conseqüentemente, entender que cada um terá direitos e deveres. A importância em reconhecer tal princípio se dá porque há necessidade de agregar a ele os direitos fundamentais, impondo limites ao Estado e também à sociedade, que por diversas vezes acredita que fazer justiça com as próprias mãos é a solução.

Numa visão mais moderna, a dignidade da pessoa humana sofreu modificações no seu conceito, quando do surgimento dos Estados modernos e a criação de direitos tidos como fundamentais ao bom desenvolvimento social, desde que o absolutismo monárquico passou a ser contestado e os anseios populares por democracia e direitos humanos iniciaram. (BUENO, 2007, s/p.)

É verdade que este princípio se torna mais compreensível quando negligenciado, infelizmente. De toda forma, qualquer ação estatal ou de outro ser humano que viole a dignidade da pessoa humana, deve ser avaliada como inconstitucional.

De forma muito eloquente, destaca o professor Luiz Gustavo Boiam Pancotti:

Uma ciência que não se presta para prover a sociedade de tudo quanto é necessário para permitir desenvolvimento integral do homem, que não se presta para colocar o sistema a favor da dignidade humana, que não se presta para servir o homem, permitindo-lhe atingir seus anseios mais secretos, não se pode dizer ciência do direito. (PANCOTTI, 2018, p. 118)

Sem o respeito a cada pessoa, coletiva ou individualmente, e aos direitos fundamentais que as assistem, não há o que se falar em dignidade da pessoa

humana, violando por completo os valores supremos elencados constitucionalmente que são a busca por uma sociedade fraterna, pluralista, sem preconceitos e fundada na harmonia social, porque tais valores concretizam o Estado Social e Democrático em que vivemos.

O Estado de direito garante a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana através da ordem jurídica. Assim, falar em paz é falar na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, que representa um conjunto de aspirações proclamadas como ideal comum de todos os povos que buscam a paz. Nela foi resumido o conjunto de valores presentes nos quatro cantos do planeta, tornando-a um documento histórico e de maior importância, produzido em meados do século XX. (POZZOLI; TOLEDO, 2017, s/p.)

Não se pode considerar um Estado como democrático e social, ou por que não falar justo, solidário, igualitário e fraterno, sem o respeito incondicional aos direitos fundamentais, notadamente, no caso do presente trabalho, o máximo e efetivo respeito aos direitos adquiridos e à proteção ao núcleo essencial desses direitos, evitando se tornem letra morta e sem a mínima efetividade, a perder seu caráter protetivo frente aos arbítrios do Estado.

Arriscando ser redundante, insiste-se em afirmar que considerados os pilares do texto constitucional, os direitos fundamentais são essenciais ao resguardo legal da dignidade humana, não se podendo falar em dignidade da pessoa humana sem respeito aos direitos adquiridos pelo cidadão, admitindo-se que o núcleo essencial desse direito seja ultrapassado, ao ponto de impedir o exercício do mesmo pelo seu titular, especialmente diante de direitos que recebem (ou deveriam receber) especial proteção do próprio sistema jurídico e no próprio texto constitucional.

Como destaca Kelsen, com muita propriedade:

Através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender. [...]. (KELSEN, 2016, p. 130)

Assim, sem o respeito aos direitos fundamentais, especialmente os direitos adquiridos, que inegavelmente trazem segurança jurídica a todo o sistema jurídico,

que por sua vez desrespeitados atinge diretamente a dignidade da pessoa humana, deixamos de ser democráticos, deixamos de ser um Estado Social, mas mais que isso, deixamos de ser humanos, passando a viver o “tudo pode”, e a nossa Constituição deixa de exercer seu papel.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relevância dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito como o Brasil dispensa maiores considerações. Trata-se da base medular em que todo o ordenamento jurídico deve se pautar, funcionando também como limite à atividade estatal, a legislativa e também ao intérprete, garantindo ao povo um parâmetro mínimo de dignidade humana, para que a sociedade possa se desenvolver de forma fraterna, pluralista e sem preconceitos, como o próprio preâmbulo da Constituição Federal de 1.988 prescreve.

A segurança jurídica é um desses direitos, tido no nosso ordenamento como princípio. O valor segurança jurídica é inerente ao próprio objetivo da criação do Estado, através do contrato social, esplendorosamente teorizado por Rousseau, não se podendo admitir que o Estado possa gerir suas tarefas, obrigações e prestações, sem garantir ao povo uma mínima segurança e previsibilidade no futuro, objetivo este que também conecta com a dignidade da pessoa humana, já que a falta de segurança jurídica aniquila com a paz social tão almejada.

Outro direito de suma importância para o bom desenvolvimento das relações, especialmente no caso das relação jurídicas, são os direitos adquiridos, acertadamente protegidos por cláusula pétrea na nossa atual Constituição, dado seu caráter de imprescindibilidade, pelos mesmos motivos que justificam a necessidade de segurança jurídica, isto é, estabiliza as relações jurídicas e reflete, da mesma forma, na paz social.

O problema nasce quando ambos os institutos de direito (segurança jurídica e direitos adquiridos) colidem, o que não é raro, e os tribunais, em flagrante confusão de entendimentos, afastam os direitos adquiridos em prol da realização e concretização da segurança jurídica, esfacelando este importante direito fundamental que é, em verdade, esvaziado no seu conteúdo essencial.

Os tribunais superiores demonstram esquecimento, ou mera desconsideração, de que ambos os institutos de direito citados visam o mesmo objetivo comum, qual seja, a estabilização das relações no tempo, buscando exatamente a efetivação da segurança jurídica, não havendo que falar em choque, colisão ou conflito entre eles, que não podem ser tidos por antagônicos.

Além da violação desmedida deste importante direito fundamental, o seu afastamento atinge fatalmente o princípio da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, que garante que um direito fundamental, apesar de não ser absoluto, pode sofrer pequenas limitações e interferências, dependendo de cada caso concreto, a saber através de um exercício de sopesamento e/ou ponderação, não podendo ter seu conteúdo esvaziado ao ponto de torna-lo inútil ao fim a que se destina, isto é, atingir seu conteúdo material até torna-lo letra morta.

A investigação proposta pela presente pesquisa induz concluir que os direitos adquiridos devam ser exceção à regra da não absolutidade dos direitos fundamentais, uma vez que qualquer tentativa de limitação ao exercício de um direito adquirido, ainda que limitação temporal através de prazo decadencial, atinge o núcleo essencial desse direito, esvaziando a norma, o espírito de seu objetivo, que era a proteção de situação consolidada no tempo que, em verdade, é meio eficaz de efetivar segurança jurídica.

Não se pretende afirmar, de forma alguma, que o decurso de tempo não seja importante ou não constitua juridicidade a ser tutelada, visando, sempre, a proteção da confiança, e mais especificamente a verdadeira segurança jurídica. A questão que se evidencia, e dela não se pode esquivar, é que os prazos prescricionais já protegem essa confiança ao limitar no tempo o exercício do direito adquirido. Isto é, não se trata de afirmar que os direitos adquiridos possam ser eternos, mas implica entender que os prazos prescricionais (das parcelas vencidas, no caso previdenciário), já é meio adequado para trazer segurança àquela relação, limitando os efeitos financeiros da ação para que estes não sejam indefinidos, já servindo, portanto, como instrumento de punição à negligência do titular do direito não exercido ou tardiamente exercido.

De todo modo, esses princípios criados no momento da fundação ou constituição do Estado Democrático de Direito é que tornam possível sua existência e tratam de um conteúdo essencial para sua evolução válida. Tais princípios iniciais, fundantes e essenciais, dos quais o direito adquirido é um deles, enquanto via de efetivação da segurança jurídica, atuam como condição de viabilidade do próprio Estado, e por isso mesmo devem ser intangíveis.

A importância do direito adquirido em qualquer ordenamento jurídico de qualquer sociedade organizada democraticamente, e séria, precede o próprio poder

do legislador constituinte. Tais garantias não podem ser destruídas ou aniquiladas por qualquer motivo que seja. O valor do direito adquirido e seu conteúdo, a segurança jurídica, hão de ser preservados e dotados de especificidade e inflexibilidade na ordem jurídica.

Essa intangibilidade, ressalte-se, não implica dizer que sejam absolutos ou intocáveis. Todo o ordenamento jurídico, inclusive a própria Constituição está sujeita a mudanças, já que todo sistema jurídico é reflexo da vontade popular e, ao passo que a humanidade evolui, as mudanças sociais requerem certa flexibilização das leis e direitos, assim como é com a Constituição Federal, que prevê mecanismos para sua própria modificação, e os direitos fundamentais, que podem ser ampliados, mas, lembrando, jamais suprimidos.

Por tudo isso, quanto à possibilidade de limitação ou restrição a tais direitos fundamentais, é imprescindível a análise através do princípio da proteção do núcleo essencial do direito fundamental que, apesar da subjetividade do entendimento e compreensão do ponto de vista do intérprete, parece unânime o entendimento de que é aceitável apenas mínimas limitações, jamais ao ponto de atingir, ainda que minimamente, a sua eficácia, ou mesmo esgota-lo, retirando do titular do direito o poder de exercê-lo quando desejar, porque integrante de seu patrimônio jurídico.

Apesar da importância do princípio da segurança jurídica, este deve ter aplicação apenas excepcional e subsidiária, afeta às questões onde não haja reconhecido direito adquirido ou qualquer outro mecanismo de estabilização que já garanta a preservação de situações jurídicas consolidadas, de modo a preservar a soberania da Constituição Federal e essa sagrada garantia prevista no artigo 5º, inciso XXXVI.

A interferência desmedida do legislador ou do intérprete da lei nos direitos adquiridos, desprezando, ainda que em parte, a importância da segurança jurídica, desaguará em perda da confiança do cidadão no próprio Estado e no judiciário de um modo geral, gerando insegurança e temor do povo em face do Estado, que deixa de ser democrático para ser totalitário, e a paz social estar-se-ia comprometida, assim como a própria existência e legitimidade do Estado.

Assim, os direitos fundamentais primários, dos quais o direito adquirido faz parte, devem ser melhor protegidos, isto é, a discricionariedade no poder de restrição, nestes casos, deve ser consideravelmente menor do que nos casos de

outros direitos fundamentais, como por exemplo o de propriedade, sofrendo interferência do legislador ou do intérprete apenas em casos excepcionalíssimos, e ainda assim, sem se olvidar de passar pelo filtro do princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como escopo limitador do poder de limitar.

Se o direito adquirido é a própria expressão da segurança jurídica na prática, isto é, o objetivo do direito adquirido é exatamente preservar situações consolidadas e gerar segurança jurídica, não faz sentido que o princípio da segurança jurídica interfira em relações onde o direito adquirido é reconhecido e aplicado, já se tendo por efetivada a tal segurança desejada, pois desrespeitar a preservação dos direitos adquiridos é negar a existência da própria segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. **Direito adquirido**: uma questão em aberto. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus/Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de abril de 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 20 de abril de 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 20 de abril de 2019.

BRUNO, Lúcia. **Educação e sociedade**: acerca do indivíduo, da prática e da consciência da prática. São Paulo: Editora Cortez, 1989.

BUENO, Jorge Luiz da Rocha. **Direito fraterno**: um novo olhar à compreensão dos contornos contemporâneos do princípio da dignidade da pessoa humana e seus

reflexos na flexibilização dos pactos interprivados. Santa Cruz do Sul, maio de 2007. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=110504. Acesso em: 31 de março de 2019.

CALIL, Mário Lúcio Garcez. A teoria do suporte fático aplicada ao regime jurídico dos direitos fundamentais da constituição da república de 1988. *In: Revista Em Tempo*. Marília, v. 11, dezembro de 2012. pp. 70-87. Disponível em: <http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/334>. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO, José Francisco. A função social do direito e a efetividade das normas jurídicas. *In: Jornal Carta Forense*. São Paulo, novembro de 2011. Disponível em: <http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/a-funcao-social-do-direito-e-a-efetividade-das-normas-juridicas/7940>. Acesso em: 19 de maio de 2019.

DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa. **Da segurança jurídica da Súmula Vinculante no Brasil: Contribuições/influências do Sistema da Common Law e Civil Law**. 2. ed. São Paulo: CL Edijur Editora, 2019.

DAVIES, Ana Carolina Izidório. Políticas públicas: a forma ideal de concretização da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. *In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto. (org.). Estudos sobre direitos fundamentais e inclusão social: da falta de afetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea*. Birigui: Boreal Editora, 2010. pp. 22-34

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

GALBRAITH, John Kenneth. **A sociedade justa: uma perspectiva humana**. Tradução: Ivo Korytowsky. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1996.

GOMES, Malcon Robert Lima; SANTOS, Francisco Carlos Brito dos. **Prescrição e decadência: os conflitos na jurisprudência previdenciária**. Natal: LerMais Editora, 2014.

GRILO, Giordanno Loureiro Cavalcanti. Análise epistemológica da teoria de Agnelo Amorim Filho. *In: Revista Direito Diário*. Fortaleza, 3. ed., v. 1, n. 1, jan./mar. de 2019. Disponível em: <https://direitodiario.com.br/artigo/analise-epistemologica-dateoria-de-agnelo-amorim-filho/>. Acesso em: 03 de junho de 2019.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **The ascription of responsibility and rights**. *In: Anais da sociedade aristotélica*, Oxford, Nova Série, Vol. 49, 1948-1949. pp. 171-

194. Disponível em: <http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/hart-1948-ascrption.pdf>. Acesso em: 26 de setembro de 2017.

HIBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 20. ed. Niterói: Editora Impetus, 2015.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direitos adquiridos na interpretação do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. Tradução: Alexandre Krug. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 1997.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Da prescrição e da decadência**. Atualizado por José de Aguiar Dias. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

MAGNOLI, Demetrio. **História da paz**. São Paulo: Editora Contexto, 2008.

MAIA, Lorena Duarte Lopes. Colisão de direitos fundamentais: visão do supremo tribunal federal. *In: Revista Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XV, Ed. 98, março de 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242&revista_caderno=9. Acesso em: 19 de maio de 2017.

MELLO, Censo Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

NASCIMENTO, Leandro Maciel do. **A segurança jurídica na jurisprudência do STF: a proteção de expectativas não abrangidas pelos direitos adquiridos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2017.

OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; ALVES, Fernando de Brito; DINIZ, Lucas Thainan Mendes. **História, democracia e pensamento crítico na aplicação dos**

direitos fundamentais. *In: Revista Em Tempo*. Marília, v. 15, setembro de 2016. pp. 35-54. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/1648>. Acesso em: 18 de maio de 2019.

PANCOTTI, Heloisa Helena Silva. **Previdência social e transgêneros: proteção previdenciária, benefícios assistenciais e atendimento à saúde para os transexuais e travestis**. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

PANCOTTI, Luiz Gustavo Boiam. **Benefícios previdenciários: tutela e solução de conflitos à luz de princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

PANCOTTI, Luiz Gustavo Boiam. **Conflitos de princípios constitucionais na tutela de benefícios previdenciários**. São Paulo: Editora LTr, 2009.

PELUSO, Cezar. (coord.). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. Lei 10.406, de 10.01.2002. 11 ed. rev. e atual. Barueri: Editora Manole, 2017.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática**. Belo Horizonte: Livraria Delrey Editora, 2005.

PORTUGUESA, República. **Constituição da República Portuguesa de 1.976**. Lisboa: Assembleia Constituinte, 1.976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublicaportuguesa.aspx>. Acesso em: 11 de março de 2019.

POZZOLI, Lafayette. TOLEDO, Iara Rodrigues de. Análise do princípio constitucional da dignidade humana face a dimensão da efetividade e o direito fraternal. *In: Problemata: Revista Internacional de Filosofia da Universidade Federal da Paraíba*. v. 8. n. 1. João Pessoa: 2017. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/problemata/article/view/27851>. Acesso em: 31 de março de 2019.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo Arêa de. Direitos sociais como direitos fundamentais. *In: MARGRAF, Alencar Frederico; COSTA, Cleverson Sant'Ana; MARGRAF, Priscila de Oliveira. (org.). Direitos fundamentais: uma abordagem interdisciplinar*. Florianópolis: Emis Editora e Livraria Jurídica, 2018. pp. 43-56.

RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo. (org.). LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa; ESTEVÃO, Roberto da Freiria. (coord.). **Direitos sociais e políticas públicas: construindo o saber jurídico na redução das desigualdades**. Coleção Univem. 1. ed. Birigui: Boreal Editora, 2018.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio do direito adquirido no direito constitucional. *In: Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. v. 85. n.

308. Brasília: outubro a dezembro de 1989. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181951>. Acesso em: 24 de maio de 2017.

RODRIGUES, Ricardo Wey. **Considerações sobre a teoria geral dos direitos fundamentais**. Brasília: Conteúdo Jurídico, fevereiro de 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consideracoes-sobre-a-teoria-geral-dos-direitos-fundamentais,46885.html>. Acesso em: 08 de julho de 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução: Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Editores, 2010.

SALATINI, Rafael; PAZÓ, Cristina Grobério; POLICARPO, Douglas. (org.). **Justiça e cidadania**: reflexões sobre o campo normativo moderno. Dourados: Editora UFGD, 2014.

SAMPAIO, José Adercio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Livraria Delrey Editora, 2005.

SANTIAGO, Denny Mendes. **As limitações aos direitos fundamentais**: os limites dos limites como instrumento de proteção ao núcleo essencial desses direitos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

SANTOS, Bruno Henrique Silva. A segurança jurídica como vetor constitucional para a interpretação das leis: teoria do fato consumado. *In*: **Revista Doutrina da 4ª região**. Porto Alegre, 56. ed., outubro de 2013. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/indices/Materias/Direito_Constitucional.htm. Acesso em: 19 de maio de 2017.

SANTOS, Bruno Henrique Silva. **Prescrição e decadência no direito previdenciário**. Curitiba: Alteridade Editora, 2016.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **A derrotabilidade como mecanismo para um direito penal mínimo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proteção ao retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In*: MACEI, Demetrius Nichele; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. (org.). **Segurança jurídica & estado democrático de direito**. Curitiba: Instituto Memória Editora, 2017. pp. 56-112.

SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. 5. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SOUZA, Victor. **Proteção e promoção da confiança no direito previdenciário**. Curitiba: Alteridade Editora, 2018.

TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido & estado democrático de direito**. São Paulo: Landy Editora, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. v. 1. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. **O núcleo essencial dos direitos fundamentais**. Conteúdo Jurídico. Brasília, novembro de 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-nucleo-essencial-dos-direitos-fundamentais,50575.html>. Acesso em: 15 de maio de 2017.

VIEIRA, Antonio José Fernandes. Colisão de princípios e investigação criminal. *In: Revista Em Tempo*. Marília, v. 7. julho de 2008. pp. 36-43. Disponível em: <http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/22>. Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

WALDRAFF, Célio Horst. **Direito adquirido e (in)segurança jurídica: as diferenças salariais dos planos econômicos**. São Paulo: Editora LTr, 2000.