

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 32 • nº 128
outubro/dezembro – 1995

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

Reforma administrativa e direito adquirido ao regime da função pública

PAULO MODESTO

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Regime estatutário da função pública.* 3. *Eficácia imediata e eficácia retroativa das normas constitucionais.*

1. *Introdução*

O direito adquirido tem sido argumento freqüentemente invocado pelos opositores da reforma constitucional do aparelho administrativo do Estado. Nesse debate, entretanto, este argumento é completamente destituído de validade técnica. Dizer que a reforma constitucional não pode alterar o regime jurídico de servidores públicos (o estatuto jurídico da estabilidade, disponibilidade, remuneração etc.) é incorrer em completo equívoco. As razões dessa incompreensão decorrem do desconhecimento de no mínimo dois tópicos relevantes encartados no tema, a saber: (a) a natureza do regime jurídico que vincula o servidor público civil à Administração; (b) a distinção entre eficácia imediata e eficácia retroativa das normas constitucionais.

2. *Regime estatutário da função pública*

Houve tempo em que a função pública era objeto de contrato, o *contrato da função pública*, tempo em que os postos públicos eram comprados por particulares, doados pela nobreza decadente, transferidos por herança ou negócio privado, eram bens integrados no patrimônio econômico e jurídico dos indivíduos, que gozavam por isso de direitos subjetivos às competências e prerrogativas do cargo, e, conseqüentemente, de garantias especiais contra a alteração ou supressão unilateral desses postos pelo Estado. Os agentes públicos eram então vistos como *proprietários dos respectivos cargos* (Cf. *Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Princípios Gerais de Direito Administrativo*, v. II, Forense, 1969, pp. 357-8).

Paulo Modesto é Assessor Especial do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia e Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo

No presente, no entanto, o regime jurídico dos servidores públicos é *legal*, vale dizer, objetivo e impessoal, e não garantia subjetiva, individual, apropriável pelo servidor público e integrante de seu patrimônio jurídico. No *regime legal ou público da função pública*, ao contrário do que ocorria na *concepção patrimonial da função*, as alterações normativas têm aplicação imediata, alcançando de forma geral e impessoal os servidores em atividade, ficando ressalvados os atos, direitos e fatos consumados no tempo (os denominados *facta praeterita*, como as gratificações devidas *pro labore facto*). Esse limite decorre do princípio da irretroatividade das leis, não do princípio do direito adquirido – garantias distintas e inconfundíveis. É dizer: as leis administrativas não podem retroagir, para desconstituir no passado vantagens, prerrogativas e direitos exercitados pelos servidores estatutários; mas podem alterar, com eficácia imediata, no presente e para o futuro, quando couber, a situação jurídica geral e impessoal, estatutária, dos servidores públicos civis.

O servidor ocupante de cargo público não se apropria do seu regime jurídico, este não lhe pertence, não é incorporado ao seu patrimônio jurídico, não é *adquirido* como qualquer outra comodidade, prestação de ordem patrimonial ou vantagem individual. A disciplina jurídica do seu cargo encontra a definição de seus limites e condições fixadas pela lei e pela Constituição e não por contrato individual personalíssimo. Com efeito, o regime jurídico dos servidores não é algo consumado e intangível no tempo, mas conjunto de normas mutável, impessoal, objetivo, definido e alterado *unilateralmente* pelo Estado em vista do interesse público. Por isso também a sentença tantas vezes repetida na jurisprudência dos tribunais: não há direito adquirido ao regime jurídico para os servidores públicos (“Lei nova, ao criar direito novo para o servidor público, pode estabelecer, para o cômputo do tempo de serviço, critério diferente daquele determinado no regime jurídico anterior. Não há direito adquirido a regime jurídico” – STF RE nº 99.522, Rel. Ministro Moreira Alves, In: RDA nº 153/110-113); “O funcionário tem direito adquirido a, quando se aposentar, ter seus proventos calculados em conformidade com a lei vigente ao tempo em que preencheu os requisitos para a aposentadoria. Não possui, contudo, direito adquirido ao regime jurídico relativo ao cargo, o qual pode ser modificado por lei posterior (...)” – STF RE nº 92.638, Rel. Ministro Moreira Alves, In: RDA nº 145/56-61);

e recentemente: “Vencimentos: reajuste: direito adquirido. Inexistência. Segundo a jurisprudência do STF – que reduz a questão à inexistência de direito adquirido a regime jurídico –, as leis ainda quando posteriores à norma constitucional de sua irredutibilidade – que modificam sistemática de reajuste de vencimentos ou proventos são aplicáveis desde o início de sua vigência. Ressalva do entendimento do relator, expresso no julgamento do MS 21.216 (Gallotti, RTJ nº 134/1.112)” (RE nº 185.966-1, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, In: DJU de 22.09.1995, Seção I, p. 30.632); “(...) Recentemente, o Plenário desta Corte, ao julgar o RE nº 146.749, decidiu que, não havendo direito adquirido a vencimentos nem a regime jurídico, o artigo 1º, *caput*, do Decreto-Lei nº 2.425/88 é de aplicação imediata, tendo os funcionários direito apenas ao reajuste, calculado pelo sistema do artigo 8º, § 1º, do Decreto-Lei nº 2.335, com relação aos dias do mês de abril anteriores ao da publicação daquele Decreto-Lei (...)” (RE nº 179.956-1, Rel. Ministro Moreira Alves, DJU de 22.09.1995, Seção I, p. 30.633).

No Supremo Tribunal Federal, em voto proferido no RE nº 82.881, em 5 de maio de 1976 (RDA nº 130, out./dez., 1977, p. 156), o Ministro Bilac Pinto teve oportunidade de afirmar:

“O reconhecimento de direito adquirido em matéria estatutária contraria a sistemática de direito administrativo. Tenho sido intransigente na inadmissão do direito adquirido nas relações estatutárias entre o servidor – ativo e inativo – e as pessoas jurídicas de direito público interno, porque a extensão desse instituto ao regime estatutário colocará a administração pública na impossibilidade de empreender reformas nos seus quadros”.

A aplicação imediata da lei nova às relações jurídicas continuadas, no entanto, não é fenômeno restrito à regulamentação da situação jurídica dos servidores públicos estatutários. De regra tampouco existe direito adquirido à aplicação de regra processual, inexistindo direito de quem quer que seja à permanência de certo rito processual ou à inalterância de normas de competência de órgãos e juízos, salvo disposição expressa em contrário. Aqui também, como noutras matérias de *ordem pública*, o princípio da imediatidade eficaz incide. Nessas hipóteses, a regra nova aplica-se de imediato, alterando a situação jurídica regente até então, mas não desfaz os “efeitos passados de fatos passados”, alterando apenas os direitos e as

obrigações existentes para o presente (*facta pendentia*) e para o futuro (*facta futura*). Nessas hipóteses, descabe falar em *direito adquirido*, pois este existe apenas quando se coloca o tema da ultratividade da norma revogada, isto é, a “sobrevivência”, no presente e no futuro, de efeitos jurídicos desencadeados por norma suprimida.

Questão diversa impõe o princípio da irretroatividade das leis. Retroagir (*retro agere*) é incidir sobre o passado, é atribuir nova valoração jurídica a fatos resolvidos no tempo. É verdade que, no Brasil, a Constituição não proíbe de forma absoluta e genérica a retroeficácia da lei. Proíbe a retroatividade da lei penal incriminadora (art. 5º, XL) e prescreve que a lei não poderá retroagir para ferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada (art. 5º, XXXVI). Não impede a retroação feita para beneficiar, mas, ao contrário, a admite expressamente (“A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” – art. 5º, XL) e implicitamente (“Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III – cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou” – art. 150, III, a e b). Tampouco repele a retroação de lei quando não estiver em causa dano a direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada. Ressalte-se ainda que a Constituição abre autorização expressa à retroação, quando se tratar de inovação jurídica promovida por medida provisória não convertida em lei, pois neste caso a alteração promovida com força de lei perde a eficácia, desde a edição da medida provisória, devendo o Congresso Nacional *disciplinar as relações jurídicas das decorrentes* (art. 62, parágrafo único). E, ademais, para algumas questões, permitiu a retroação inclusive para prejudicar o beneficiário de direito (art. 51 do ADCT):

“Serão revistos pelo Congresso Nacional, através de comissão mista, nos três anos a contar da data da promulgação da Constituição, todas as doações, vendas e concessões de terras públicas com área superior a três mil hectares, realizadas no período de 1º de janeiro de 1962 a 31 de dezembro de 1987”.

Essas disposições deixam claro, porém, que a vedação à retroeficácia da lei é princípio diverso em substância e alcance do princípio da garantia do direito adquirido, inexistindo

coincidência ou superposição dos referidos princípios.

3. Eficácia imediata e eficácia retroativa das normas constitucionais

Se inexistente direito adquirido à persistência de regime jurídico da função pública em face da lei, muito menor razão assiste aos que afirmam *direito adquirido a regime jurídico em face da Constituição*.

Contra a Constituição inexistente o princípio do direito adquirido e, tampouco, o princípio da irretroatividade. As normas constitucionais não apenas incidem imediatamente (o que se presume, salvo inequívoca disposição em contrário), como é-lhes permitido retroagir, para alcançar “efeitos passados de fatos passados”, nesse último caso desde que se faça a ressalva mediante declaração expressa. A regra é a imediatidade eficaz das normas jurídicas constitucionais. Se se deseja manter no tempo, ou por certo tempo, a aplicação de normas anteriores contrárias a novo mandamento constitucional, exige-se norma de transição expressa. Se o objetivo é a aplicação do novo dispositivo constitucional também para alterar no passado efeitos jurídicos já consolidados, a mesma exigência de explicitude é feita.

Essas conclusões são quase um truismo, quando observados princípios elementares do direito. Se a Constituição é a norma fundamental do sistema jurídico, base de validade de todas as demais normas, é evidente que não pode admitir a existência de qualquer direito sobranceiro, anterior ou superior a ela mesma, sob pena de perder a condição de norma inicial e fundante do sistema jurídico nacional. A legislação infraconstitucional permanece válida apenas se não confronta com o estatuto constitucional (princípio da recepção). Se a legislação conflita, prevalece a Constituição, norma hierárquica superior do sistema jurídico (princípio da supremacia). Por isso a eficácia da Constituição é imediata, e se presume tal, salvo disposição expressa em contrário constante da própria Constituição (princípio da eficácia imediata da Constituição).

Contra a Constituição inexistente a garantia de imutabilidade de direitos adquiridos específicos, concretos, em face do princípio da supremacia e da eficácia imediata das normas constitucionais. Nisso é concorde amplamente tanto a *doutrina especializada* (Carlos Maximiliano, *Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis*, Rio de Janeiro, p. 325, item

280; Bento de Faria, *Aplicação e Retroatividade da Lei*, Rio de Janeiro, 1934, n.º 8, pp. 25 e ss; Wilson de Souza Campos Batalha, *Direito Intertemporal*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 438; Cármen Lúcia Antunes Rocha, "O Princípio do Direito Adquirido no Direito Constitucional", Separata da *Revista de Informação Legislativa*, a. 26, n.º 103, jul./set., 1989, p. 156; Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, v. 2, p. 191; Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, 1989, v. 1, pp. 148-9, entre outros) quanto à jurisprudência dos Tribunais, especialmente do egrégio Supremo Tribunal Federal ("...Não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do poder constituinte originário, ou do poder constituinte derivado. Precedentes no STF" - STF, Pleno, RE n.º 94.414, Rel. Ministro Moreira Alves, In: RDA n.º 160/144-151; "(...) O direito adquirido, garantido no § 3º do art. 153 da Constituição Federal, somente é oponível à lei. Contra a própria Constituição não há direito adquirido. (...)") (STF, Pleno, Representação n.º 895, Rel. Ministro Djaci Falcão, In: RTJ n.º 67/327); "(...) Contra preceito constitucional não é invocável o direito adquirido" (STF, 2ª Turma, RE n.º 14.360, Rel. Ministro Edgar Costa, In: *Rev. Forense*, abril, 1951, p. 423); "(...) O § 3º do art. 153 da CF impede que a lei prejudique o direito adquirido, mas não que a própria Constituição regule, como lhe parecer, a eficácia temporal de concursos futuros ou já realizados, inclusive mediante emenda, como aconteceu, no caso, a de n.º 8, de 1977, ao acrescentar o § 3º do art. 97" (STF, Pleno, Ação Rescisória n.º 1.212, Rel. Ministro Sidney Sanches, In: RDA n.º 174/183); "*Acumulação de cargos públicos. - Proibição. Não há direito adquirido contra o disposto na Constituição*" - (STF, 1ª Turma, RE n.º 35.491, Rel. Ministro Luís Gallotti, In: RTJ n.º 5/194). Confira-se, ainda no âmbito do Supremo Tribunal Federal, os acórdãos publicados em RDA n.º 24/57, RDA n.º 34/205, RDA n.º 38/259, RDA n.º 54/215, RDA n.º 108/65, RF n.º 134/423, RTJ n.º 68/9-15, referidos recentemente no Mandado de Segurança n.º 22.332-DF, Rel. Ministro Celso Mello (DJU n.º 147, de 2 de agosto de 1995). Após o advento da Constituição de 1988, confira-se ainda a decisão unânime do Tribunal Pleno na ADIN n.º 248-RJ, In: RTJ 152, maio/95, pp. 341-352 ("...A supremacia jurídica das normas inscritas na Carta Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas no próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido. Doutrina e Jurisprudência"), e a decisão da Primeira Turma

no RE n.º 157.538-RJ, RTJ n.º 51, março/95, pp. 992-996 ("...Não há direito adquirido contra a Constituição").

A Constituição muitas vezes faz retrotrair suas normas, para alcançar relações jurídicas no passado (conferir, na atual Constituição, por exemplo, o art. 18 do ADCT: "Ficam extintos os efeitos jurídicos de qualquer ato legislativo ou administrativo, lavrado a partir da instalação da Assembléia Nacional Constituinte, que tenha por objeto a concessão de estabilidade a servidor admitido sem concurso público, da administração direta ou indireta, inclusive das fundações instituídas e mantidas pelo poder público"). Outras vezes autoriza inclusive a repulsa expressa à invocação de direito adquirido quanto a certa matéria na esfera administrativa e judicial (assim o fez, por exemplo, no art. 17, *caput*, do ADCT: "Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título").

Na matéria, doutrina o mestre Pontes de Miranda:

"As Constituições não têm, de ordinário, retroeficácia, porque estejam adstritas a isso. O respeito dos direitos adquiridos, da coisa julgada e dos negócios jurídicos perfeitos resulta de regra jurídica constitucional, que o estabelece, e não de princípio a que a Constituição tenha de atender. As Constituições têm incidência imediata, ou desde o momento em que ela mesma fixou como aquele em que começaria a incidir. Para as Constituições, o passado só importa naquilo que ela aponta ou menciona. Fora daí, não" (...)

E, adiante, acrescenta:

"As Constituições podem retirar direitos, pretensões e ações que, no momento da sua incidência, existam; mas, para que isso se dê, é preciso que a regra jurídica constitucional, de que resulte tal retroeficácia, colida com regra jurídica que no passado incidiu". (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1967, pp. 392 e 394).

Estão em tela, assim, em resumo, duas questões distintas: (a) a aplicação direta e imediata da norma constitucional sobre relações jurídicas nascidas no regime anterior e que permanecem sob a vigência da nova Constituição e (b) a aplicação da nova disposição constitucional a fatos e relações jurídicas resolvidas ou consumadas antes da vigência da nova disposição. Na primeira questão trata-se de indagar sobre a manutenção no novo regime constitucional de direitos adquiridos no regime anterior. Na segunda, interroga-se pela aplicação retroativa da norma constitucional. As soluções técnicas, vimos, são distintas. Para a primeira indagação, basta apurar a compatibilidade da regra precedente infraconstitucional com a nova regra constitucional. Havendo compatibilidade, o direito precedente é recepcionado pela nova ordem constitucional. Havendo contrariedade lógica, prevalece a norma constitucional, pois trata-se de norma que ocupa posição hierárquica superior e, ademais, inaugural do sistema jurídico. A revogação, a supressão do direito precedente, nesse caso, independe de declaração expressa da norma constitucional. A revogação pode ser implícita, por simples constatação do conflito lógico das referidas normas na regulação do mesmo instituto. Na segunda questão, de revés, a solução depende de existir ou inexistir declaração expressa na norma constitucional autorizando a retroeficácia do preceito constitucional. Havendo a autorização, a retroação é possível; não havendo, deve ser recusada, pois não se presume e é medida excepcional.

Do exposto deflui, pois, que a garantia da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada cumpre uma função de bloqueio em face do legislador infraconstitucional. O texto constitucional é claríssimo a este respeito:

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

Na mesma senda, com precisão, dispõe o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942):

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

O direito adquirido, assim, ao contrário do que equivocadamente tem-se sustentado, não é garantia dirigida ao poder constituinte, originário

ou reformador. É garantia do cidadão frente ao legislador infraconstitucional, e utilizável apenas para conter a eficácia derogatória da lei nova para situações jurídicas constituídas no passado por leis ordinárias ou leis complementares e garantidas a determinado e concreto grupo de indivíduos. Nesta medida, não é garantia individual utilizável para impedir a modificação de institutos jurídicos pela lei, menos ainda pela Constituição, mas instrumento apto tão-somente a barrar, bloquear ou refrear a aplicação, os efeitos da lei nova, no presente e para o futuro, em relação a fatos, situações ou atos cobertos por disposições legais anteriores mais favoráveis para certo e determinado grupo de pessoas.

É logicamente incompatível com a própria concepção do direito adquirido a tese de que esta garantia constitui um dique absoluto para a reforma legislativa (ou, ainda, por equívoco maior, para qualquer reforma constitucional). O direito adquirido, mesmo quando reconhecido em face da lei ordinária, não impede a modificação abstrata de institutos jurídicos, pois é garantia de permanência de situação jurídica pessoal de certo e determinado grupo de indivíduos exatamente em face de alteração legislativa posterior. A reforma legislativa, a modificação da norma jurídica, ocorre no plano abstrato da normatividade – plano lógico distinto e inconfundível com as situações jurídicas concretas individuais. Ao se alterar a norma abstrata não se fere direito adquirido, menos ainda a norma de sua garantia, salvo se a nova norma abstrata recusa expressamente a garantia do direito adquirido a certo grupo de indivíduos que a titularizem na espécie. O direito adquirido apenas se manifesta no plano concreto, pois, e em face da interferência inovadora do legislador. É garantia que prolonga no tempo a eficácia de certa regulamentação, não em abstrato, mas para certos indivíduos. E garantia tutelar de situação jurídica individualizada, instituída para preservar no tempo direito subjetivo individual, não o direito objetivo, pois não se presta a manter intocada a ordem jurídica vigente. Por isso, como bem acentuou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence na ADIN nº 1161-8-DF, traduz questão que

“não é suscetível de deslinde na via do controle abstrato: salvo quando a própria lei determina sua incidência sobre situações anteriores” (DJ de 2 - 1-95, p.446).

Assim, bem vistas as suas conseqüências, a garantia do direito adquirido não atende à função conservadora e imobilizante que lhe querem atribuir. *A garantia do direito adquirido não se opõe a idéia de mudança normativa; pelo contrário, supõe logicamente a mudança, pressupõe necessariamente a existência de alteração normativa para incidir.* Em resumo, para frisar o óbvio: função específica do princípio do direito adquirido é prostrar no tempo o regramento favorável anterior, já revogado por lei sucessiva, para certo e determinado grupo de indivíduos, e não bloquear a própria alteração normativa, aprisionar o legislador, ou o poder constituinte, originário ou reformador.

O poder constituinte reformador está, é certo, impedido de suprimir a garantia do direito adquirido, ou alterá-la, por força do § 4º, inciso IV, do art. 60 da Constituição. É-lhe vedado suprimir ou modificar o dispositivo grafado no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição. Não detém competência, ainda, para autorizar o legislador infraconstitucional a desconsiderar a referida garantia, como modo oblíquo ou indireto de esvaziamento desse preceito constitucional. Nada obstante, a referida garantia não

impede o poder reformador de impor, por si, e diretamente, alterações em direitos e obrigações constitucionais, pois a garantia visa obstar a eficácia imediata de inovação introduzida pelo legislador infraconstitucional, não pelo constituinte, originário ou derivado (no mesmo sentido, cf. José Eduardo Martins Cardozo, *Da Retroatividade da Lei*, São Paulo, Ed. RT, 1995, pp. 313 - 4). Entendimento diverso, admita-se por absurdo, importaria em deferir ao legislador ordinário a competência para estabelecer "cláusulas pétreas" para certo grupo de situações e indivíduos, regras imodificáveis pelo próprio poder reformador e, ademais, sem número certo e sem limitação material definida - forma indireta de tornar completamente inútil a delimitação das cláusulas pétreas constante do § 4º do art. 60 e inverter completamente a hierarquia das normas no sistema jurídico nacional. Não se presume, no entanto, que o constituinte estabeleça absurdos, dislates, ou regras inúteis. Nem tampouco que tenha aderido ao delírio autoritário de estabelecer um sistema jurídico tendente ao imobilismo, à inércia, à fixidez, apoiado em direitos adquiridos irreformáveis, e alheio ao dinamismo da história e às urgências sem conta do mundo da vida.