Nº 29 – janeiro/fevereiro/março de 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS: ARTIGOS 33 E 78, ESTE ÚLTIMO INTRODUZIDO PELA EMENDA 30/2000

Lucia Valle Figueiredo
Professora Titular de Direito Administrativo da PUC-São Paulo.
Juíza aposentada do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
Advogada em São Paulo.

1. A Constituição de 1988 como Ato Originário.

1.1. A Constituição de 1988 inaugurou nova ordem jurídica, obra do constituinte originário. Quanto a isso descabe dúvida, porque, embora não resultante de uma revolução, procedeu de uma Assembléia Constituinte para esse fim especialmente convocada.[1]

Ao se instaurar nova ordem jurídica, a anterior sobrevive na exata medida em que for com ela compatível. Portanto, a nova Constituição, consoante entendemos, ao estabelecer nova ordem jurídica faz que com ela conviva, a legislação infraconstitucional compatível com seus postulados e disposições expressas e implícitas, ou, em outro falar, recepciona ou não a legislação anterior.

1.2. Deveras, a Constituição nova vai agasalhar, apenas e tão-somente, legislação que possa conviver com os novos vetores introduzidos no ordenamento jurídico.

Consoante se nos afigura, publicada a Constituição, a primeira conseqüência é "revogar" toda legislação com ela incompatível. Esse também é o pensamento de autores como Pontes de Miranda, Geraldo Ataliba e Maria Helena Diniz.

O que queremos deixar limpidamente claro é que *o poder constituinte originário* tudo pode, pois está a inaugurar nova ordem jurídica, como assentado.

[1] Assim entendem os ilustres Professores Josaphat Marinho, Carlos Mário da Silva Velloso, Luís Roberto Barroso, dentre outros, respectivamente nas obras: *Reflexões sobre a Constituição e a Reforma Constitucional*, *Reforma Constitucional, Cláusulas Pétreas*, in Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba, vol. 2, São Paulo, Malheiros, 1997; *A Constituição e o conflito de normas no tempo – Direito Constitucional*, in Direito Constitucional, Coordenador José Janguié Bezerra Diniz, Editora Consulex, 1998.

Afirma García de Enterría:

> "(...) A Constituição, por uma parte, configura e ordena os poderes do Estado por ela constituídos; por outra, estabelece os limites do exercício do poder e o âmbito de liberdades e direitos fundamentais, assim como os objetivos positivos e as prestações que o poder deve cumprir em benefício da comunidade.
>
> (...)
>
> Mas a Constituição não só é uma norma, senão, precisamente a primeira das normas do ordenamento inteiro, a norma fundamental, lei superior. Por várias razões. **Primeiro, porque a Constituição define o sistema de fontes formais do Direito, de modo que somente por ditar-se conforme ao disposto pela Constituição (órgão legislativo por ela desenhado, sua composição, competência e procedimento) uma Lei será válida ou um Regulamento vinculante; neste sentido, é a primeira das "normas de produção", a norma das normas, a fonte das fontes**[2]". (Grifos e tradução nossa)

2. As Emendas Constitucionais e suas Limitações.

Não é certamente o que acontece com o *poder constituinte derivado, ou poder reformador,* de produzir emendas à Constituição. Essas encontram limitações formais, substanciais e circunstanciais.

Interessa-nos de perto as limitações substanciais às emendas, que são as estabelecidas pelas cláusulas pétreas (§ 4º do artigo 60 da Constituição).

Citemos, a propósito, a brilhante lição do Professor e Ilustre Ministro Carlos Mário Velloso, em trabalho escrito para homenagear a memória de Geraldo Ataliba, nosso saudoso publicista, que tanto defendeu as liberdades democráticas, o respeito ao Estado de Direito:

> "(...)

[2] No original: "La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos; por outra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir en beneficio de la comunidad. (...) Pero la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior. Por varias razones. Primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composíon, competencia y procedimiento) una Ley será válida o un Reglamento vinculante; en este sentido, es la primera de las "normas de produccíon", la norma normarum, la fuente de las fuentes (...) (Grifos nossos). *La Constitucion Como Norma Y El Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas, Madrid, 1985, pp. 49-50.

Registre-se, a propósito, que as emendas constitucionais, sabemos todos, não são produto do poder constituinte originário. As emendas à constituição são elaboradas pelo constituinte derivado, instituído ou de segundo grau. Esse poder constituinte derivado é limitado pela criatura do poder constituinte originário, assim pela constituição. Se é verdadeiro que o poder originário não está limitado por nenhuma norma de direito positivo, certo é que esse poder está limitado, entretanto, pela idéia de direito subjacente ao movimento revolucionário legitimo, que é seu veículo usual.

Explica-se: de regra, o poder constituinte originário vem no bojo de um movimento revolucionário, de uma revolução legítima, e não de um golpe de Estado qualquer. Pode ele resultar, também, tal como ocorreu no Brasil, em 1986, de uma convocação. O chefe do Poder Executivo, com poderes para propor reforma constitucional mediante emenda, percebendo que uma mera reforma não satisfaz à consciência nacional, propõe ao Legislativo uma emenda constitucional convocatória do povo, titular do poder, a eleger e investir representantes de poder constituinte originário, a fim de elaborar uma nova constituição. O Legislativo, traduzindo a vontade da nação, aprova a emenda constitucional. O povo é, então, convocado a eleger uma assembléia constituinte.

(...)

"É claro que essas questões, que são de teoria geral da constituição, sem nenhum embasamento de direito positivo, somente serão bem compreendidas num Estado cujo povo, cujos líderes e cujos juízes têm consciência do que seja uma constituição. Se isto não ocorre, vira adágio o que não passa de *slogan*, o de que "não há direito adquirido contra a constituição. (Grifos nossos)

(...)".[3]

De seu turno, Jorge Miranda[4] manifesta-se no mesmo sentido:

"(...)

Antes de mais, uma Constituição nova revoga a Constituição anterior. Por definição, não pode haver senão uma Constituição - em sentido material e em sentido formal; (...).

Esta revogação é uma *revogação global* ou de sistema, e não uma revogação *stricto sensu* ou uma recepção individualizada, norma a norma. Não cabe indagar da compatibilidade ou não de qualquer norma constitucional

[3] VELLOSO, Carlos Mário da SILVA. *Reforma Constitucional, Cláusulas Pétreas, Especialmente a dos Direitos Fundamentais, e a Reforma Tributária*. In Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba 2 - Direito Administrativo e Constitucional , São Paulo, Malheiros Editores, 1997, pp. 165-166.

[4] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 2ª edição, Coimbra Editora, Limitada, 1988, p. 239.

anterior com a correspondente norma constitucional nova ou com a nova Constituição no seu conjunto; basta a sua inserção na anterior Constituição para que automaticamente - expressa ou tacitamente - fique ou se entenda revogada pela Constituição posterior.

(...)".

Luís Roberto Barroso[5] assenta:

"(...)

Feita a digressão doutrinária, é bem de ver que a generalidade das Constituições dita regras específicas acerca do procedimento a ser seguido para modificação de seu texto em via institucional (...).

Além dos requisitos formais acima identificados, o poder de emenda sofre limitações que lhe foram impostas pelo constituinte originário. Com efeito no Direito constitucional positivo brasileiro, há condicionantes de caráter circunstancial à reforma da Lei fundamental, lançadas no § 1º do art. 60: "A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio".

Existem, também, as chamadas limitações *materiais* ao poder de reforma constitucional, conhecidas como *cláusulas pétreas*, que vêm previstas no § 4º do artigo 60, onde se veda a apreciação de emenda tendente a abolir: "I, a forma federativa de Estado; II. O voto direto, secreto, universal e periódico; III. A separação dos poderes; IV. Os direitos e garantias fundamentais.

(...) É bem de ver, no entanto, que as emendas constitucionais devem reverência absoluta aos preceitos do texto Constitucional acima noticiados. Se violá-los, sujeitam-se ao controle de constitucionalidade e podem ter pronunciada sua invalidade (...)."

3. Os Artigos 33 e 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Examinemos a redação dos artigos 33 e 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

"Art. 33 - Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais,

[5]Barroso, Luís Roberto. *A Constituição e o conflito de Normas no Direito Constitucional Intertemporal*, in Direito Constitucional, Brasília, Editora Consulex, 1998, p.101.

iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição.

Parágrafo único. Poderão as entidades devedoras, para o cumprimento do disposto neste artigo, emitir, em cada ano, no exato montante do dispêndio, títulos de dívida pública não computáveis para efeito do limite global de endividamento."

"Art.78 - Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.

§ 1º É permitida a decomposição de parcelas, a critério do credor.

§ 2º As prestações anuais a que se refere o "caput" deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora.

§ 3º O prazo referido no "caput" deste artigo fica reduzido para dois anos, nos casos de precatórios judiciais originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse.

§ 4º O Presidente do Tribunal competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição ao direito de precedência, a requerimento do credor, requisitar ou determinar o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação."

Portanto, a primeira conclusão óbvia é que se apartam, e completamente, os artigos 33 e 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O primeiro, fruto do constituinte originário, que traçou regra de exceção para determinadas situações, e, o segundo, já do constituinte derivado, que se encontra coarctado, limitado pelo constituinte originário; todavia, pretendeu traçar nova regra de exceção, como se tivesse competência para tanto.

As emendas constitucionais estão sujeitas ao controle de constitucionalidade, como já ocorreu com a Emenda n.º 3, em que nossa Suprema Corte decretou sua inconstitucionalidade parcial.

3.1. Poderá, pois, ocorrer que o Supremo Tribunal Federal procure dar à Emenda 30/2000, *interpretação conforme à Constituição,* como tantas vezes já ocorreu, a fim de tentar preservar parte da Emenda, se houver o que seja passível de preservação, alijando as inconstitucionalidades veementes.

Na verdade, a interpretação conforme à Constituição não poderá se constituir na "legalização da Constituição".

Ouçamos Gomes Canotilho[6] acerca da interpretação conforme e seus limites, que poderá ser tentada para desastrada Emenda Constitucional 30, que integrou o artigo 78 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988:

> "Pelo fundamento que se vê acompanhar, em geral, as duas primeiras posições, o princípio da interpretação conforme a Constituição é entendido como **princípio de conservação de normas.** A presunção de constitucionalidade, princípio da divisão de poderes, a unidade da ordem jurídica, a vinculação do juiz à lei, apontam todos, qualquer que seja a sua formulação especial, para **favor-actus** do legislador e para conservação das leis. **Mas já por aqui se vê que a aceitação acrítica do princípio conforme a Constituição como simples princípio "conservante" do direito legal, a outra coisa não pode conduzir senão a uma contínua e positivística indiferença perante o conteúdo constitucional a favor da "vontade" e da "confiança no legislador".**
>
> **Tendencialmente, o princípio da interpretação conforme a Constituição transforma-se em alavanca metódica da legalização da lei fundamental.**
>
> (...)
>
> Mas a conclusão a que se chega e que respeita ao princípio da interpretação conforme a Constituição é decididamente no sentido referido em terceiro lugar: **interpretar, aplicar e concretizar conforme a lei fundamental é considerar as normas hierarquicamente superiores da Constituição como elemento fundamental na determinação do conteúdo das normas infraconstitucionais.** Neste sentido, o princípio deixará de ser um princípio de conservação para se considerar um princípio de prevalência normativo-vertical e de integração hierárquico-normativo**. Deixará também, de ser um princípio de legalização da Constituição para se transformar em princípio de interpretação crítica da concretização constitucional, legislativamente operada**. (...)." (Grifos nossos)

Nesse mesmo sentido pronunciou-se o eminente Ministro Moreira Alves, na representação de inconstitucionalidade, n.º 1417-7, D.J. 15.04.1988.

A argumentação largamente expendida por S. E^xa. pode ser sintetizada na Ementa do Acórdão, da representação referida:

"Ementa: omissis

---

[6] *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislado*. Coimbra, Coimbra Editora, 1982.

> O princípio da interpretação conforme a Constituição **(Verfassungskonforme Auslegung)** é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação.
>
> A aplicação deste princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, STF - em sua função de Corte Constitucional - atua como **legislador negativo**, mas não tem o poder de agir como **legislador positivo**, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo.
>
> Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da **interpretação conforme à Constituição**, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo.
>
> Em face da natureza e das restrições da **interpretação conforme à Constituição**, tem-se que, ainda quando ela seja aplicável, o é dentro do âmbito da representação de inconstitucionalidade, não havendo que converter-se, para isso, essa representação em representação de interpretação, por serem instrumentos que têm finalidade diversa, procedimento diferente, e eficácia distinta.
>
> No caso, não se pode aplicar a **interpretação conforme a Constituição** por não se coadunar essa com a finalidade inequivocamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa, e que dele ressalta pelos elementos da interpretação lógica. (...)."

Verifica-se, pois, sem sombra de dúvida, caber o controle de constitucionalidade da Emenda 30, que poderá ser julgada parcialmente inconstitucional, uma vez que não dispôs, apenas, sobre o, muitas vezes, mencionado artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

4. A Coisa Julgada como Direito Fundamental e Norma de Sobredireito, Princípio Fundamental do Estado Democrático de Direito.

Examinemos a coisa julgada e sua importância como ***garantia fundamental***, ao lado do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, e, além disso, ***princípio estruturante*** do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a questão central aqui posta resume-se em aferir o peso da coisa julgada, que empresta segurança às decisões do Poder Judiciário.

O inciso XXXVI, do artigo 5º, da Constituição Federal, dispõe que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. É parte expressa da *Tábua de Direitos e Garantias*.

O saudoso Geraldo Ataliba[7] e o ilustre Professor J. A. Lima Gonçalves afirmaram, com a propriedade de sempre:

---

[7] *Contribuição Social na Constituição de 1988*, Revista de Direito Tributário n.º 47, São Paulo, editora RT, 1989, p. 42.

> "O direito é, por excelência, e acima de tudo, instrumento de segurança. Assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, promovendo a ordem social institucionalizada. Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada. Seguras estão as pessoas que têm objetiva certeza do que o direito é, confiando em que os comportamentos do estado, ou dos demais cidadãos, dele não discreparão.
>
> Há segurança jurídica quando se pode afirmar que a própria ordem jurídica estatui critério para sua realização em termos precisos, objetivos e certos."

Já tivemos oportunidade de afirmar que os princípios da segurança jurídica e da certeza do direito são sobreprincípios constitucionais de proteção dos indivíduos contra o Estado. É o princípio da segurança jurídica carregado de carga valorativa, de suma importância ao Estado de Direito, irradiado por todo o Sistema Constitucional. Afinal, a meta do ordenamento jurídico é a pacificação social, a certeza e a segurança do direito.

Ademais, a garantia da coisa julgada material pode, nas hipóteses excepcionais, na via apropriada, ser questionada. Há possibilidade de sua rescisão, de se rescindir a sentença de mérito transitada em julgado, a teor dos incisos do artigo 485 do Código de Processo Civil.

Insistimos, a coisa julgada pode ser desfeita, se dentro do prazo prescricional, mas pelo caminho adequado e de forma absolutamente excepcional[8].

Não se pode admitir, sob pena de ameaça à segurança jurídica, a violação ao instituto da coisa julgada.

A sentença que aprecia o mérito da causa, depois de transitada em julgado, torna-se imutável, sobretudo quando já não mais comporta a excepcionalidade da ação rescisória.

Deveras, se as questões decididas não podem sequer voltar à apreciação do Judiciário, imagine-se o descalabro de serem modificadas. A coisa julgada é cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição.

Insistimos, questões já decididas são imutáveis, indiscutíveis, porquanto formadoras da coisa julgada material.

Moacyr Amaral Santos, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, 7ª edição, Forense, 1994, leciona a pp. 424/425:

> "(...)
>
> Mas a essa qualidade da sentença (está o autor a se referir à coisa julgada) se acrescenta uma outra, que lhe dá *autoridade* além do processo em que foi proferida. O comando emergente da sentença se reflete fora do processo em que foi

[8] Atualmente vem-se se ventilando a relativização da coisa julgada inconstitucional, situação que já tivemos oportunidade de abordar no Congresso de Direito do Estado em Salvador. Na verdade, em situações muito especiais, quando tivermos a formação da coisa julgada inconstitucionalmente, somos da opinião que é possível desconstituí-la judicialmente.

proferida, pela *imutabilidade* dos seus efeitos. A vontade da lei, que se contém no comando emergente da sentença, e que corresponde à expressão da vontade do Estado de regular concreta e definitivamente o caso decidido, se tornou indiscutível, imutável, no mesmo ou em outro processo. O comando emergente da sentença, tornando imutável, adquire *autoridade de coisa julgada*, a impedir que a relação de direito material decidida, entre as mesmas partes, seja examinada e decidida *no mesmo processo ou em outro*, pelo mesmo ou por outro juiz ou tribunal. Assim, se fala em *coisa julgada material ou substancial*, como *autoridade de coisa julgada.* A coisa julgada tem *força de lei*. Nesse sentido o artigo 468: "A sentença que julgar total ou parcialmente a lide *tem força de lei* nos limites da lide e das questões decididas."

Pontes de Miranda acrescenta:

"O que se decidiu e chegou a ser coisa julgada impõe-se ao futuro, pela firmeza, estabilidade (necessária à ordem extrínseca), que se fazem indispensáveis para se pôr termo à vacilação, à dúvida, ou ao distúrbio, oriundos da instabilidade quanto à verdade intrínseca (dois conceitos que pusemos bem claros nos *Blätter,* de **Felix Meyer**, em 1992). O que ficou sacrificado pela apreciação errada dos fatos, ou pela má aplicação da lei, permanece, com o único corretivo, excepcionalíssimo, da ação rescisória, tendente a dar válvula ao amontoamento de aplicações de leis que não incidiram ou de não-aplicações de leis que incidiram, ou de casos graves quanto ao órgão do Estado, que entregou a prestação jurisdicional ou de ofensas exatamente à coisa julgada. **O que é preciso é que se acabem as controvérsias, a insegurança, o pisar e repisar das questões**; a isso serve a *coisa julgada material* (...).[9] (o último grifo é nosso, itálico do original)

E Ada Pellegrini Grinover[10]:

"Representa, a coisa julgada, instituto que obedece a razões políticas, de natureza prática, **voltadas a garantir a certeza do direito que assegura a paz social**.

Exigência essencial à segurança jurídica, a coisa julgada tem, entre nós, assento constitucional (art. 5º, inc. XXXVI, CF), exatamente porque a relevância da imutabilidade e da indiscutibilidade das sentenças concretiza o anseio de certeza do direito presente nas relações sociais. (Grifos nossos)

(...)".

---

[9] *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo V, Rio de Janeiro, Editora Forense, p. 152.
[10] Revista Dialética de Direito Tributário, n.º 8, p. 10.

Jorge Reinaldo Vanossi[11], define segurança jurídica como o "conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida".

A importância da coisa julgada está atrelada definitivamente à confiança da estabilidade das relações jurídicas, do cumprimento de mandamentos judiciais, da certeza de se estar diante de um estado de constitucionalidade.

5. O Direito Adquirido ao Cumprimento da Coisa Julgada.

A coisa julgada traz inequivocamente àquele, portador da decisão favorável, o direito adquirido de ver a execução do decidido nos termos em que o tenha sido.

Diz José Afonso da Silva não ter a doutrina precisado muito o conceito de direito adquirido, ficando-se, ainda, com a opinião de Gabba, que destaca dois elementos caracterizadores: a) ter sido produzido por um fato idôneo; b) ter se incorporado definitivamente ao patrimônio do titular.[12]

A Constituição de 1988, considerada sem qualquer dúvida como fruto do Poder Constituinte originário[13], como já enfatizamos, porque convocada pelos órgãos do Poder Constituinte anterior, a par de deixar consignado a **irretroatividade da lei,** do respeito ao **ato jurídico perfeito** e da **coisa julgada**, no inciso XXXVI do artigo 5º, insculpiu a norma do artigo 60, § 4º, estabelecendo limitação material ao poder de emenda, como já assinalamos e enfatizamos.

No inciso IV do mencionado § 4º encontra-se limitação expressa no referente aos direitos e garantias individuais. Portanto, direitos e garantias individuais, consagrados na Lei das leis, não poderão ser suprimidos pelo poder de reforma.

Destaque-se, ainda, que a norma constitucional, mesmo quando produto do constituinte originário, portanto, apesar de introduzir nova ordem jurídica, sendo, portanto, hábil a afastar, desde logo, legislação infraconstitucional com ela incompatível, costuma deixar expresso sua aplicabilidade imediata, quando pretende suprimir determinadas situações já constituídas, que se configurem em direitos adquiridos.

Conseqüentemente, caberia afirmar a lume da Constituição de 1988**, a não invocação de direito adquirido contra a Constituição**, portanto, contra a **nova ordem jurídica,** que não continha qualquer espécie de limitação material.

Cabia afirmar, repita-se ainda uma vez mais, como fez a Suprema Corte, a não invocação de direito adquirido contra a Constituição, **diante do poder constituinte originário. Mas, não, diante do poder derivado**.

A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro de 4.09.42, embora nascida sob a égide da Constituição de 1937, a única Constituição brasileira que não consagrou expressamente, nos *Direitos e garantias individuais*, o direito

---

[11] *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Buenos Aires, Ed. Universitária, 1982, p. 30, citado por José Afonso da Silva, in "Curso de Direito Constitucional Positivo", 12ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 412.

[12] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*, atualizado até a Emenda 20/98, 16ª edição, São Paulo, Malheiros, 1999.

[13] Veja-se o excelente trabalho de Luís Roberto Barroso, *A Constituição e o Conflito de Normas no Tempo. Direito Constitucional Intertemporal*, in Direito Constitucional, Editora Consulex, 1998.

adquirido, em seu artigo 6º conceitua direito adquirido e coisa julgada da seguinte forma:

> "Art. 6.º (...)
>
> § 2.º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.
>
> § 3.º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso."

Conseqüentemente, o direito adquirido sob a égide da coisa julgada, garantia fundamental, cláusula pétrea da Constituição de 1988, não pode ser suprimido, alterado, desconstituído por Emenda espúria, desbordante da competência do legislador, apenas com competência reformatória, coarctado pelos limites já expostos.

O Estado somente poderá ser democrático se e quando o povo exercer efetivamente o poder por meio de seus representantes, ou, em algumas circunstâncias diretamente. Além disso, e, efetivamente, ademais disso, **mister que direitos fundamentais constantes das cartas políticas sejam cabalmente respeitados**. Estado de Direito é estado de legitimidade[14].

Enumera o ilustre constitucionalista, José Afonso da Silva, os princípios necessários para existência efetiva do Estado Democrático de Direito. Dentre eles expressamente se encontra o sistema de direitos fundamentais, o princípio da *divisão de poderes*, princípio da legalidade e da segurança jurídica[15].

6. A Decisão do Supremo Tribunal Federal ao Julgar o Artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988.

O Supremo Tribunal Federal decidiu sobre o artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988, considerando-o como norma excepcional, emanada do Constituinte originário.

Assim, na ADIn n.º 815/DF, Relator Ministro Moreira Alves, deixou averbado S. Exª.: "**não tendo o Supremo Tribunal Federal, como já se salientou, jurisdição para fiscalizar o Poder Constituinte Originário, não pode ele distinguir as exceções que, em seu entender, sejam razoáveis das que lhe pareçam desarrazoadas ou arbitrárias, para declarar essas inconstitucionalidades".**

Tecendo breves considerações sobre a eventual aplicabilidade da decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em face do artigo 33 do Ato

---

[14] Veja-se a obra de Diogo de Figueiredo Moreira Netto, *Direito da participação política. Fundamentos e técnicas constitucionais da democracia*. São Paulo, Renovar, s.d.

[15] *Idem, ibid.*, pp. 107/108. É evidente que o princípio da separação de poderes deverá ser efetivo e não apenas formal. Se o Congresso estiver completamente subjugado ao Executivo, teremos apenas formalmente um Estado Democrático de Direito.

das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988, ao artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da mesma Constituição, **cabe concluir pela sua inaplicabilidade.**

Deveras a razão é singela: como já demonstrado, pelo fato de ter sido, o primeiro, o artigo 33, inserido pelo Constituinte Originário de 1988. Portanto é regra expressa contemporânea à promulgação da Constituição. Convive no mesmo patamar com as outras regras expressas.

Em outro falar, entendeu o Constituinte de 1988 que urgia fazer em face de situação excepcional, a atormentar as Prefeituras e Estados, na época em que nova ordem jurídica se instaurava.

Ainda assim, mesmo constando simultaneamente com as disposições da Constituição de 1988, o Emérito Ministro Carlos Velloso foi voto vencido no RE 155.979-9/SP, por entender, como nosso ínclito Rui Barbosa, que a Constituição não daria com uma mão e retiraria com a outra.

Foram suas palavras:

> "(...)
> Penso que o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao mandar incluir, na atualização do preço, os juros, procedeu de acordo com o espírito da Constituição. Recusando-se a caminhar com a interpretação literal, gramatical, do art. 33 do ADCT, o Tribunal a quo decidiu de conformidade com o contexto constitucional.
> Recuso-me, também, a aplicar, na hipótese, a interpretação simplesmente gramatical, literal, do art. 33 do ADCT.
> (...)".

A decisão deu-se por maioria de votos, excluindo-se o de S. E$^{xa.}$, já citado, e do Ministro Néri da Silveira, que dava provimento apenas em parte ao recurso.

O voto do Ministro Relator, o ilustre Ministro Marco Aurélio, foi no sentido de que, diante de um Estado devedor, pretendeu a Constituição, portanto, **o Constituinte Originário**, solver o problema, e que isso poderia fazer.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal sempre se pautou pela assertiva (aliás verdadeira) que a Constituição, quando promulgada, tudo pode por inaugurar nova ordem jurídica.

6.1. Outra situação, inteiramente diferenciada, é a da Emenda 30, introdutora do artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que se encontra frente à Constituição, como regra resultante da competência derivada dos legisladores, consoante denominada pelos doutrinadores, competência essa conseqüente da Constituição, da forma em que disposta sua própria alteração, como, aliás, fartamente tratado.

Enfatize-se: dentre os *limites materiais* ao poder reformador sobressaem os do § 4º do artigo 60, inciso IV (as garantias individuais).

Não se poderia cogitar de emenda constitucional, que, ao introduzir outro dispositivo constitucional transitório (o que, diga-se de passagem, já é algo bastante esdrúxulo, pois esta não é a função das disposições constitucionais

transitórias) atentasse expressamente contra uma das garantias mais significativas do Estado Democrático de Direito, tal seja, a *coisa julgada*, não mais suscetível de modificação.

6.2. Portanto, por aí se pode verificar que o precedente jurisprudencial, se serve a suportar adequadamente a interpretação feita à época, quando, repita-se, ao lado das garantias constitucionais, consagrou-se dispositivo que as afastava em determinadas situações, por período certo, e uma vez esgotada a disposição, vigoraria a garantia constitucional com todo seu vigor, **não pode se aplicar ao artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**.

6.3. A situação criada pelo artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, sem entrar no mérito de sua total inconstitucionalidade, procurando se dar interpretação conforme à Constituição, a que, aliás, vem sendo sempre adotada, em todas as oportunidades, por nossa Suprema Corte, *pode ser entendida como moratória autorizada, porém deverá estar dentro dos limites materiais das próprias emendas*.

O primeiro e principal dos limites é, sem dúvida, a não interferência com a *coisa julgada*, como já assinalado, porque, além de afrontar a própria separação dos poderes (a não interferência de um poder no outro), além disso, interferiria no *direito adquirido*, ambos sobreprincípios de ordenamentos consagradores de Estados de Direito.

Tais cláusulas são tão importantes, que têm sido entendidas como até desnecessárias de estarem escritas nas "tábuas de direitos e garantias individuais". Entretanto, no direito brasileiro, somente estiveram ausentes da Constituição de 1937, e por razões óbvias.

7. "Os Juros Legais" Mencionados no Artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O que se deve entender por "juros legais", como estabelecido no mencionado artigo 78.

7.1. Consoante compreendemos, a referência a "juros legais" somente pode dizer respeito aos que devem ser aplicados, ***caso a decisão transitada em julgado nada discipline***. Até isso seria de se cogitar se não seria de manifesta inconstitucionalidade. Além do mais, os juros legais poderiam constituir limite às novas decisões, ainda sem trânsito em julgado, ao que nos parece.

Por outro lado, haveria de se perquirir qual seria o exato entendimento de *"juros legais"*. Se é verdade que se encontra conceituação legal, também não é de se deixar de lado a profusão de critérios adotados.

Certamente, *juros legais* não poderiam ser os dispostos no Código Civil, artigos 1062 e 1063, aplicáveis quando não houver convenção das partes, e, ademais, disciplinadores de relações privadas. É verdade que, mesmo nas relações privadas, há interferência da legislação para evitar lucros excessivos de uma parte em detrimento da outra.

Porém, a leitura dos mencionados artigos do Código Civil não nos pode levar à convicção que esse será o entendimento jurisprudencial, mesmo para as hipóteses mencionadas acima, tais sejam, ausência de fixação de juros na sentença e sua aplicação *ex officio* pelo magistrado (pois que se constituem em consectários naturais), ou sentenças ainda não proferidas.

8. A Coisa Julgada e a Correção Monetária. Em face do artigo 78 resultante de Emenda à Constituição.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não tem tergiversado em entender que os precatórios devam sofrer atualizações sucessivas, inclusive para minorar os percalços sofridos pelos credores da Fazenda Pública.

Se fixado determinado índice de correção monetária na sentença transitada em julgado, **se ainda existente tal índice,** deverá ser mantido. Procurar-se-á outro índice - e normalmente tem a jurisprudência dado o mais compatível para a defasagem do pagamento - ou quando não fixado nas sentenças, ou, então, se não mais existente o índice.

A jurisprudência é totalmente coesa em admitir que "a atualização monetária não é um *plus*, mas sim medida necessária para compensar a corrosão do valor da moeda diante da inflação. É imperioso fixá-la de maneira abrangente com vista a impedir o enriquecimento sem causa do devedor", conforme parte da Ementa do Acórdão (RESP. 199312/RJ, Relator Min. Félix Fischer, julgamento em 04.05.2000, v.u.).

Sintetizando:

1. Não temos dúvidas em afirmar, em face de todo o dissertado, que a sentença transitada em julgado tornou-se imutável e não pode ser alterada pelo constituinte derivado, ou seja, por Emenda Constitucional, uma vez que a modificação para ser válida deverá respeitar os limites disciplinados pelo Constituinte Originário para o Poder Reformador.

Tais limites foram largamente expostos. Porém, fazendo-se brevíssima recapitulação, são eles de três ordens: *formais, circunstanciais e materiais ou substanciais.*

2. A afronta à coisa julgada diz respeito precipuamente aos limites materiais e, especificamente, aos constantes do artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição de 1988.

Além disso, e sobremais disso, a Emenda 30/2000 fulmina, com a inclusão do artigo 78 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com o princípio da segurança jurídica, norte e vetor de um Estado de Constitucionalidade.

3. O precedente do artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, conforme já examinamos neste trabalho (item de n° 6) não serve de paradigma. E, isso porque fruto do Constituinte Originário, que abriu exceção temporária.

4. Apesar de a Constituição Federal ter fixado, em seu artigo 192, § 3º, o limite de 12% como taxa de juros reais, tal norma jamais foi aplicada, uma vez que a fixação pelo próprio Governo Federal dos limites de juros bancários, fixação para remunerar a dívida interna e externa, etc., sempre foi consideravelmente maior. E, aliás, continua sendo.

Não há qualquer razoabilidade de os juros moratórios serem de 6% ao ano, justamente para os precatórios, que sempre demandam grande espera. (e a respeito da razoabilidade e proporcionalidade a Suprema Corte, na hipótese

examinada, poderá se manifestar **por não se tratar da opção do constituinte originário**).

5. De outra parte, não nos parece, como já afirmado, que a interpretação dos termos "acrescidos de juros legais" possa remeter ao conceito de "juros legais" de 6%, diferenciado dos juros convencionais ou dos juros fixados judicialmente.

De qualquer sorte, consoante entendemos, jamais o dispositivo, tentando-se dar *interpretação conforme à Constituição,* poderia dizer respeito às sentenças transitadas em julgado. Quando muito poderiam vir a ser aplicadas pelo Judiciário - que, aliás, diga-se de passagem, dificilmente faria essa interpretação - nas sentenças ainda a ser proferidas nas ações ajuizadas até 31 de dezembro de 1999.

6. Conforme já expusemos neste trabalho, no item 8, a atualização da correção monetária, desde que fixado o índice na sentença com trânsito em julgado, e desde que existente ainda o índice, deverá respeitar o constante da coisa julgada.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Ato Das Disposições Constitucionais Transitórias: Artigos 33 e 78, Este Último Introduzido Pela Emenda 30/2000. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 29, janeiro/fevereiro/março de 2012. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-29-JANEIRO-2012-LUCIA-VALLE-FIGUEIREDO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir “x” na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais: