

Ao contrário, se inexistirem direitos adquiridos a serem resguardados, a eficácia ordinária das normas constitucionais, imediata e prospectiva, somente deixará de se projetar se o Constituinte a estancar expressamente, dando ensejo à ultratividade ou ao que se costuma denominar sobrevivência (aparente) das normas anteriormente vigóantes⁴⁴².

O exemplo disso pode ser encontrado no § 2º do mencionado art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição vigente, que, excepcionando temporariamente o regime de acumulações remuneradas estabelecido no inciso XVI do art. 37 do seu corpo permanente, assegurou “o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estejam sendo exercidos na administração pública direta ou indireta”. Não se cuidou nessa disposição, a bem de ver, da preservação de direitos adquiridos, até porque o exercício *cumulativo* de cargos ou empregos públicos constitui elemento periférico que circunda o direito ao exercício de tais cargos ou empregos. O que foi propiciado pelo Constituinte foi a manutenção das acumulações em curso, no que tange aos cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, configurando situação de ultratividade das disposições revogadas, em face de bloqueio à retrospectividade do novo regime de acumulação remunerada, a que se auto-impôs, casuisticamente, o Legislador Maior, por razões de conveniência e oportunidade.

35. O PODER CONSTITUINTE DERIVADO DE REVISÃO E SEUS LIMITES

Conforme assinalamos em monografia anterior, “nos primórdios do Constitucionalismo, chegou-se a pensar em dotar as Constituições de rigidez absoluta, fruto da confiança desmesurada do Iluminismo no poder da razão, capaz de produzir leis logicamente irrepreensíveis e, portanto, aceitas por todos os representantes da geração presente e das vindouras”. Todavia, “a compreensão de que as Constituições devem acompanhar as mudanças sociais e as altera-

442. Veja-se o item 7, *retro*.

ções na idéia de Direito que provocam alicerçou a relatividade da rigidez constitucional, implantada já na primeira Constituição rígida documental produzida pelo Constitucionalismo, a Carta norte-americana de 1787 (art. V)”. Ora, “a relatividade da rigidez das normas constitucionais importa na presença de um Poder habilitado a rever ou reformar o Texto Supremo”. Afastada a idéia de que a revisão da Constituição seria conduzida pelo próprio Poder Constituinte originário⁴⁴³, firmou-se o entendimento de que este deve “instituir um Poder especialmente destinado a rever a sua própria obra constitucional”:

“Trata-se, portanto, de Poder Constituído, mas que difere dos demais Poderes Constituídos pela especificidade de sua função, o que se reflete no regime jurídico, também especial, disciplinador de sua atuação”⁴⁴⁴.

Não é essa, contudo, a única modalidade de Poder Constituído que detém a incumbência de elaborar normas constitucionais dotadas de rigidez e supremacia⁴⁴⁵. A respeito, vale transcrever os ensinamentos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“Desse modo, o Poder Constituinte ao estabelecer a Constituição, em regra geral, estabelece um Poder Constituinte instituído, que é um poder de revisão, o poder incumbido de adaptar a Constituição a eventuais situações novas.

“Mas nos Estados Federais aparece uma outra modalidade de Poder Constituinte, que é também um Poder Constituinte instituído. É exatamente aquele poder que recebe da Constituição a tarefa de estabelecer a organização fundamental das entidades componentes do Estado Federal, numa palavra, a Constituição do Estado-Membro.

443. Era essa a idéia presente na teoria clássica do Poder Constituinte, tal qual formulada pelo vigário-geral da diocese de Chartres, Emmanuel Joseph Sieyès, conforme se pode verificar de seu opúsculo *Qu'est-ce que le Tiers État?*, reproduzido na obra *A Constituinte burguesa — que é o Terceiro Estado?*, org. e intr. Aurélio Wander Bastos, trad. Norma Azeredo, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1986, p. 118-21.

444. *A inconstitucionalidade das leis*, cit., p. 166-8.

445. Não é despidendo lembrar que a teoria do Poder Constituinte está nitidamente relacionada à afirmação do princípio (regra estrutural) da supremacia constitucional e, em decorrência, da rigidez de suas disposições, razão pela qual o tema tem despertado pouco interesse em Estados dotados de Constituições flexíveis.

“A segunda modalidade do Poder Constituinte instituído é, pois, aquela que tem por tarefa não modificar a obra do Poder Constituinte originário, mas de completar a obra do Poder Constituinte originário, estabelecendo a Constituição dos Estados componentes do Estado Federal, aquelas coletividades dotadas de autonomia que são os Estados Federados. Isto é típico da federação por segregação, da federação que se produz a partir de um Estado Unitário”⁴⁴⁶.

A nomenclatura acerca dessas modalidades de Poder Constituinte é bastante diversificada. De nossa parte, para identificar o Poder Constituinte instituído pelo Poder Constituinte originário nos valem, preferencialmente, da expressão Poder Constituinte derivado, que se desdobra, por seu turno, no Poder Constituinte de revisão e no Poder Constituinte decorrente⁴⁴⁷, aos quais o Constituinte originário atribuiu tarefas distintas: ao primeiro, a atualização da própria Constituição; ao segundo, a elaboração das Constituições de entidades federadas, às quais compete dispor sobre sua organização básica, a partir da qual se estruturará o ordenamento jurídico local.

Em contraposição ao Poder Constituinte originário, o Poder Constituinte derivado não dá início à ordem jurídica, sendo instituído a partir de uma ordem jurídica preexistente; é um Poder subordinado ao Poder Constituinte originário, único detentor autêntico da soberania nacional; e, por último, está sujeito a limitações de natureza jurídico-positiva, tanto em relação ao conteúdo de suas manifestações quanto no que toca ao procedimento para fazê-lo.

Com efeito, ao instituir o Poder Constituinte derivado o Constituinte originário estabelece, no ato fundante do ordenamento jurídico que edita, princípios que deverão ser por aquele respeitados, bem como o procedimento que deverá ser seguido em sua atuação, as circunstâncias em que não poderá agir ou o período em que não poderá fazê-lo ou em que, ao contrário, deverá fazê-lo. É precisamente

446. *O Poder Constituinte*, cit., p. 109.

447. É a expressão utilizada por Ferreira Filho, em *Curso*, cit., p. 25, e, também, por Anna Cândida da Cunha Ferraz, em monografia especificamente dedicada ao tema: *Poder Constituinte do Estado-Membro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 19.

essa característica do Poder Constituinte derivado, que somente lhe faculta atuar em consonância com as normas constitucionais a ele pertinentes, que tem levado certos autores a recusar a terminologia “Poder Constituinte” para designá-lo, pois haveria contradição em se admitir um Poder Constituinte constituído⁴⁴⁸. Não nos parece, contudo, que exista uma alternativa terminológica que mais favoreça à clareza conceitual, já que, se é certo que o Poder Constituinte derivado edita atos hierarquicamente situados abaixo da Constituição, não é menos verdade que as normas veiculadas por esses atos possuem natureza constitucional e, assim sendo, gozam de supremacia em relação às demais normas do ordenamento⁴⁴⁹, do que resulta a distinção entre o regime jurídico do Poder Constituinte instituído e o regime jurídico do Poder Legislativo comum⁴⁵⁰.

Ao estudo do impacto da novação das normas constitucionais sobre os direitos adquiridos só interessa examinar mais de perto as limitações que se impõem ao Poder Constituinte derivado de revisão.

Pois bem, sem ignorar as múltiplas classificações doutrinárias acerca dessas limitações, entendemos que há duas categorias básicas: as limitações *formais* e as limitações *materiais*.

As primeiras abrangem as limitações *procedimentais*, em sentido estrito, que decorrem das normas que disciplinam o procedimento em si de elaboração das emendas constitucionais; as limitações *temporais*, sediadas nas normas que “proíbem temporariamente a alteração da Constituição” ou que estabelecem “a periodicidade das modificações”⁴⁵¹; e, também, as limitações *circunstanciais*, por meio das quais se pretende “impedir a modificação da Constituição

448. Cf. Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, 16. ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 28, bem como Ivo Dantas, ob. cit., p. 5, especialmente a nota de rodapé n. 6.

449. No caso do Poder Constituinte de revisão, essas normas se incorporam à própria Constituição originária, ao passo que, em se tratando do Poder Constituinte decorrente, essas normas formam a Constituição da entidade federada, ápice normativo do ordenamento local.

450. Veja-se o item precedente, nota de rodapé 423.

451. Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O Poder Constituinte*, cit., p. 138.

em certas circunstâncias especiais, diríamos até em certas circunstâncias anormais, pelo motivo óbvio de que essa anormalidade poderia perturbar a livre manifestação dos órgãos incumbidos da revisão⁴⁵².

A inclusão das limitações temporais e circunstanciais dentre as limitações formais ao Poder Constituinte de revisão não é usual, mas nos parece acertada na medida em que a sua inobservância acarreta o vício de inconstitucionalidade formal (e não material). Daí haver-mos assinalado, em estudo dedicado ao vício e à sanção de inconstitucionalidade:

“Ora, as normas que contêm limites temporais ou circunstanciais ao Poder Constituinte derivado também são normas que disciplinam a elaboração da lei constitucional ou emenda; dizem respeito ao ato de reforma e não ao seu conteúdo ou finalidade. Na verdade, atuam essas normas como pressupostos negativos do exercício do Poder de Revisão, mediante o desencadear do processo legislativo correspondente⁴⁵³.

Finalmente, temos as limitações materiais, reputadas, com justa razão, por Ferreira Filho, como as mais importantes de todas, consistindo na “proibição de alteração da Constituição em certas matérias, em certos pontos considerados fundamentais⁴⁵⁴. As normas-princípio por elas resguardadas configuram aquilo que se habituou chamar entre nós de cláusulas pétreas da Constituição.

Discute-se se essas limitações materiais são absolutas ou relativas, isto é, se podem ou não ser removidas do Texto Magno mediante a utilização do procedimento de reforma constitucionalmente previsto, e, também, se há limitações materiais implícitas ou se sempre exigem elas preceituação explícita. São temas saborosos e importantes, a que já tivemos o ensejo de dedicar alguma atenção⁴⁵⁵, mas não importam ao enfrentamento da questão da existência de direitos adquiridos em face da eficácia temporal de emenda à Constituição.

452. Idem, p. 135-6.

453. *A inconstitucionalidade das leis*, cit., p. 169.

454. *O Poder Constituinte*, cit., p. 136.

455. Veja-se, a propósito, *A inconstitucionalidade das leis*, cit., p. 171-5.

Vejamos quais são as limitações que a Constituição de 1988 impôs à revisão constitucional.

Residem todas elas no art. 60 da Constituição. O *caput* do dispositivo e seus §§ 2º, 3º e 5º estabelecem o procedimento a seguir para se emendar a Constituição⁴⁵⁶. Já o § 1º consubstancia limitação circunstancial, em face da qual “a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio”. Finalmente, no § 4º do referido artigo temos as limitações substanciais, segundo as quais “não será objeto de deliberação a proposta 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 individuais”.

A cláusula de proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada faz parte do elenco de direitos e garantias individuais, razão pela qual se mostra necessário aproximar o foco do dispositivo-sede das limitações materiais, de modo a estabelecer sua correta interpretação.

Duas grandes diretrizes hermenêuticas, que se desdobram em grande número de variantes, colocam-se aos operadores do sistema no tocante ao § 4º do art. 60 da Constituição Federal, cada qual inspirada por objetivos distintos a serem alcançados.

De um lado, postam-se os que, por razões de variado quilate⁴⁵⁷, pretendem conferir ao texto da Constituição de 1988 o máximo de

456. No § 5º do art. 60, rigorosamente, não se está diante de limitação procedimental e sim de limitação temporal parcial.

457. Argumenta-se, por exemplo, com a perda do prestígio da Constituição que as alterações freqüentes de seu texto acarretam, diminuindo-lhe a força normativa, vale dizer, a possibilidade de se converter em realidade, como assinalou Konrad Hesse, em seu brilhante opúsculo *A força normativa da Constituição*, cit., p. 22. Invoca-se, outrossim, a restauração da Democracia, institucionalizada pela Carta de 5-10-1988, indicando, com isso, o temor de que reformas ulteriores possam propiciar o retorno do sistema autoritário. Fala-se, ainda, em avanços significativos no plano dos direitos e garantias fundamentais, que cumpriria preservar a qualquer custo. A argumentação ideológica, contudo, não consegue, por vezes, disfarçar a intenção de simplesmente perpetuar interesses regionais ou corporativos, que as circunstâncias em que foi elaborada a Constituição, a falta de algumas reformas prévias indispensáveis e o procedimento em si de elaboração ensejaram que nela tivessem generosa acolhida.

rigidez que se pode extrair das sobreditas limitações materiais. Assim sendo, interpretam o dispositivo-matriz para lhe atribuir, de um modo geral, efeitos extensivos, de sorte que as cláusulas pétreas ali referidas corresponderiam ao conjunto de princípios e normas que delineiam os institutos pertinentes a cada uma delas; a título de exemplo, não se poderia, sob pena de inconstitucionalidade, modificar a distribuição de competências entre os entes da federação, ainda que mantendo um significativo rol de competências legislativas, administrativas e financeiras sob a titularidade de cada um deles.

Parece encaminhar-se nesse sentido a interpretação propugnada por José Afonso da Silva, ao sustentar:

“A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, ‘tenda’ (emendas *tendentes*, diz o texto) para a sua abolição.

“Assim, por exemplo, a autonomia dos Estados federados assenta na capacidade de auto-organização, de autogoverno e de auto-administração. Emenda que retire deles parcela dessas capacidades, por mínima que seja, indica *tendência* a abolir a forma federativa de Estado. Atribuir a qualquer dos Poderes atribuições que a Constituição só outorga a outro importará *tendência* a abolir o princípio da separação de Poderes”⁴⁵⁸.

Na outra margem colocam-se os que, também sob inspiração variada⁴⁵⁹, pretendem evitar que a rigidez decorrente das limitações substanciais venha a tornar imodificáveis largos segmentos normativos da Constituição, razão pela qual trabalham com a interpretação

458. *Curso*, cit., p. 69.

459. Desde a apreciação acentuadamente desfavorável da Constituição de 1988, que seria a responsável direta pela suposta ingovernabilidade política do País ou pela suposta inviabilização do desenvolvimento econômico, até o mero desejo de reabrir a discussão em torno de interesses contrariados pela Lei Maior, passando por uma vertente, a que nos filiamos, que simplesmente considera que a excessiva rigidez da Constituição, ao invés de a favorecer, a condena ao prematuro fenecimento.

estrita ou, até mesmo, restritiva do dispositivo-matriz. Nessa vertente exegética, o que o Constituinte teria vedado seria a eliminação (abolição) de princípios nucleares da edificação constitucional ou a modificação de normas-princípio ancilares ou de um grupo de normas não-principiológicas que pudesse importar em grave enfraquecimento daqueles princípios essenciais, de modo a colocar sob risco sua permanência (tendência à abolição)⁴⁶⁰.

De nossa parte, não titubeamos em adotar essa última diretriz exegética, não porque vislumbremos na Constituição vigente a “causa de todos os males que afligem a Nação”. É ela, afinal, um simples ato de legiferação, com os seus defeitos e qualidades, embora dispondo sobre matérias de importância fundamental, ao qual, portanto, na linguagem consagrada por Konrad Hesse, importa não exacerbar a força normativa, vale dizer, a capacidade de atuar sobre a realidade fática, quer no sentido positivo, quer no sentido negativo.

O que importa a quem esteja firmemente imbuído daquilo que Karl Loewenstein denominou “sentimento constitucional”⁴⁶¹ é a potencialização da força normativa da Constituição, de modo a obter a maior implementação possível do plano traçado pelo Constituinte. E essa potencialização passa, inquestionavelmente, pela adequada calibração da rigidez constitucional, como já sustentamos anteriormente, inclusive com breve apreciação da questão em face das cláusulas pétreas:

“A calibração da rigidez das normas constitucionais constitui, pois, um dos elementos-chave para o sucesso da obra do Poder Constituinte. A disciplina do Poder Constituinte de revisão deve procurar o ponto ótimo da combinação entre rigidez e maleabilidade. Os pontos absolutamente inalteráveis da Constituição (cerne intangível)

460. Esta parece ser a tendência do pensamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho a respeito do tema, conforme se verifica do texto “Significação e autoridade das cláusulas pétreas”, incorporado à obra *O Poder Constituinte*, cit., p. 181, conquanto seja visível a contrariedade do mestre, a despeito disso, com a extensão do campo coberto pelas chamadas cláusulas pétreas.

461. *Teoría de la Constitución*, 2. ed. esp., trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1976, p. 200.

devem-se reduzir aos princípios cardeais do Texto Magno, não alcançando os seus desdobramentos normativos. O denominado *quorum* para aprovação das emendas não deve ser tão elevado, a ponto de inviabilizar as modificações da Carta Constitucional, nem tão baixo que quase não justifique a distinção entre Poder Constituinte derivado e Poder Legislativo ordinário. O mesmo se diga em relação ao restante do procedimento de elaboração das emendas constitucionais, o qual deve ser mais complexo do que o procedimento de criação dos demais tipos de atos legislativos, sem, todavia, tornar imutável o Texto Supremo.⁴⁶²

A atribuição de rigidez absoluta⁴⁶³ a disposições constitucionais, pouco importando a sua amplitude, sempre suscitou acesa polêmica, desde os primórdios do Constitucionalismo e da teorização sobre o Poder Constituinte, a tal ponto que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que inaugura a Constituição francesa de 24 de junho de 1793, em seu artigo 28, refletindo a concepção de Sieyès da permanência do Poder Constituinte originário ao longo da vida da Constituição por ele elaborada, estipula:

“Um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras”.

Uma vez aceita a idéia da institucionalização de um Poder incumbido de adaptar à Constituição as mudanças sociais, revendo as suas disposições, Poder esse instituído pelo Constituinte originário e, portanto, sujeito à normatividade por ele prescrita, desapareceram os empecilhos de ordem técnica para o estabelecimento de limita-

462. *A inconstitucionalidade das leis*, cit., p. 223.

463. Não consideramos a tese da possibilidade de remoção de cláusulas pétreas mediante um procedimento de dupla revisão porque nos parece absolutamente minoritária na doutrina brasileira, quer pela fragilidade da argumentação que a sustenta, incompatível com a idéia de sujeição do Constituinte derivado a limitações jurídicas, quer pela desnecessidade de sua acolhida entre nós para se obter uma adequada calibração da rigidez constitucional, haja vista que, mediante a utilização de recursos hermenêuticos, como a seguir se demonstrará, se pode atribuir dimensão adequada ao cerne intangível da Constituição.

ções materiais absolutas à atuação do Constituinte derivado. Restava, entretanto, encontrar uma justificativa consistente, sob o prisma dos princípios e valores democráticos.

Em obra recente, Oscar Vilhena Vieira, solidamente escorado no pensamento de autores contemporâneos dedicados à Filosofia Política e à Filosofia do Direito, com destaque para Jürgen Habermas e John Rawls, procurou conciliar os dois aspectos em que se espraia a legitimidade democrática, o consenso da base social e a observância de valores fundamentais ao ser humano (legitimidade social e ética), os quais se rivalizam no terreno da chamada superconstitucionalidade:

“(...) para que as limitações materiais ao poder de reforma não se transformem numa simples barreira às deliberações levadas a cabo por uma maioria presente ou futura, estas devem assegurar proteção especial àqueles direitos, princípios e instituições que, além de essenciais à formação de uma vontade democrática, constituem verdadeira reserva constitucional de justiça. Não se pode emprestar a dispositivos desprovidos de qualquer fundamentação ética, idiossincraticamente estabelecidos como pétreos pelo poder constituinte, as mesmas hierarquia e rigidez atribuídas às cláusulas superconstitucionais que limitam a possibilidade de erosão dos princípios de justiça de uma Constituição. Não é pelo simples fato de que uma Assembléia Constituinte determinou que certos preceitos não devem ser sujeitos a mudança que isso deve ser automaticamente respeitado”⁴⁶⁴.

O fundamento, portanto, das cláusulas pétreas reside na necessidade de preservar os princípios e valores essenciais da Democracia, ainda que à custa da imposição de limites, intransponíveis, ao Poder Constituinte de revisão, legitimado por sólida maioria na base social, representada no órgão revisional:

“Se concebidas como paradigmas de justiça constitucional, adequadamente interpretadas e aplicadas pelo Poder Judiciário, as cláusulas superconstitucionais podem se tornar um mecanismo que habilita e fortalece a igualdade e a autonomia, fundamentos e elementos essenciais à própria existência de um regime democrático. Ao retirar

464. *A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma)*, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 29-30.

do âmbito de deliberação majoritária aqueles direitos, princípios e instituições que constituem a reserva de justiça da Constituição, as cláusulas superconstitucionais transformam-se em legítimo instrumento de preservação da democracia, paradoxalmente, ao limitá-la⁴⁶⁵.

Ora, assim sendo, a interpretação sistemático-teleológica do § 4º do art. 60 da Constituição Federal não pode resultar no enrijecimento absoluto de amplos segmentos normativos do Texto Magno, razão pela qual sempre entendemos que a proteção especial que o Constituinte ali conferiu é abrangente única e tão-somente de princípios constitucionais, essenciais ao sistema democrático, que tão zelosamente buscou edificar. Por conseguinte, em se cuidando de proteção contra agressões diretamente dirigidas a esses postulados básicos, é vedada a eliminação do princípio federativo, do princípio do voto direto, secreto, universal e periódico, do princípio da separação dos Poderes e do princípio do respeito aos direitos e garantias fundamentais⁴⁶⁶.

Contudo, preocupou-se o Constituinte, outrossim, com o atentado indireto àqueles princípios nucleares, de probabilidade e com potencial de risco muito maiores, aliás. Vedou, destarte, a proposta de emenda que meramente seja tendente a abolir os referidos princípios. Com isso, o controle de constitucionalidade, tendo como parâmetro as cláusulas pétreas, adquire complexidade bem mais acentuada, na medida em que não se revela viável, de antemão, arrolar as hipóteses em que uma emenda à Constituição provoca grave corrosão do seu cerne intangível, denotando tendência à eliminação dos pilares do edifício democrático.

Caberá ao órgão de controle sopesar, caso a caso, se o impacto negativo da proposta de emenda sobre aqueles princípios é de tal monta que põe em risco, na verdade, a subsistência da Democracia.

Alguns exemplos poderão servir para aclarar nosso ponto de vista. Não seria admissível uma emenda que eliminasse um nível federativo, *e. g.*, o municipal, ou que restringisse em demasia a autonomia das entidades federadas. O § 4º do art. 60 da Constituição não

465. Oscar Vilhena Vieira, *ob. cit.*, p. 30.

466. Nesse ponto específico defendemos a interpretação extensiva da cláusula.

impede, entretanto, que uma competência legislativa ou administrativa seja transposta de um para outro nível federativo. É inaceitável, de igual modo, o comprometimento da independência dos Poderes estatais, porém não há óbice à instituição de mecanismos de controle político do Parlamento sobre o Poder Executivo, como resultaria da aprovação de uma emenda parlamentarista⁴⁶⁷.

Os que supõem estar prestigiando a Constituição e, conseqüentemente, a Democracia, ao enrijecê-la ao extremo, comportam-se como os desavisados contrutores de pontes demasiadamente rígidas que, posteriormente, acabam destruídas por grandes vendavais ou mesmo por vibrações imperceptíveis⁴⁶⁸. Bem por isso, o mesmo Konrad Hesse que adverte para os efeitos deletérios das freqüentes revisões constitucionais⁴⁶⁹ assinala constituir “requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (...) de seu tempo”, porquanto “isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral”, culminando por sentenciar:

“Afigura-se, igualmente, indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança dessas condicionantes”⁴⁷⁰.

467. Outros exemplos poderão ser encontrados na monografia citada de Oscar Vilhena Vieira, p. 241-4, com o registro de que o autor, ao menos em relação aos incisos de I a III do art. 60, adota interpretação bastante assemelhada à que preconizamos.

468. É o que também adverte Oscar Vilhena Vieira (*ob. cit.*, p. 29), dissertando sobre o dispositivo-matriz da superconstitucionalidade na Carta de 88: “Porém, caso esses dispositivos superconstitucionais sejam mal formulados, compreendidos ou interpretados, poderão servir como barreira intransponível às decisões majoritárias, protegendo privilégios ou instituições incompatíveis com as necessidades impostas por uma história em constante fluxo. Nesse sentido, o constitucionalismo torna-se instrumento antagonico à democracia”.

469. Daí por que o ideal é que a Constituição contenha apenas normas materialmente constitucionais, vale dizer, que se ocupe apenas da estruturação básica do ordenamento e não de aspectos de importância secundária, muito mais suscetíveis às oscilações conjunturais.

470. *Ob. cit.*, p. 20-1.

36. OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS ENQUANTO LIMITAÇÕES MATERIAIS À REFORMA CONSTITUCIONAL

No que concerne aos incisos de I a III do § 4º do art. 60 da Constituição, a interpretação sistemático-teleológica por nós defendida não restringe ou amplia o sentido de base dos conceitos ali expressados pelo Constituinte. Com efeito, a formulação utilizada pelo Legislador Constituinte nos referidos incisos, tomada em seu sentido estrito, remete o aplicador aos princípios constitucionais da federação, do voto direto, secreto, universal e periódico e da separação dos Poderes.

Todavia, a interpretação do inciso IV do mencionado parágrafo, como observa Oscar Vilhena Vieira, é bem mais complexa⁴⁷¹.

De início, cabe assentar se os direitos e garantias protegidos são apenas os "direitos e garantias individuais", ou seja, o direito à vida, as liberdades públicas, o direito de propriedade e suas respectivas garantias, bem como as garantias que asseguram a igualdade e a segurança jurídica, ou se o Constituinte, nesse passo, disse menos do que quis dizer.

Na perspectiva que nos guiou na interpretação do dispositivo constitucional, globalmente considerado, não hesitamos em preconizar, para esse ponto específico, uma interpretação de efeitos extensivos, de modo a se entender que são objeto da proteção especial deferida pelo Constituinte originário os direitos e garantias fundamentais e não apenas os direitos fundamentais vinculados à autonomia individual. Afinal, se com as aludidas limitações materiais explícitas o que se quis foi imunizar os princípios democráticos diante da revisão constitucional, não há por que segmentar o sistema de direitos e garantias fundamentais, expressão da complementaridade existente entre as diversas categorias pelas quais se espraiam essas franquias constitucionais⁴⁷², sistema esse, todo ele, essencial para a

471. Cf. ob. cit., p. 244.

472. Ilustrativa, a respeito, é a manifestação de José Afonso da Silva, em seu *Curso*, cit., p. 187-8: "A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo

implantação e desenvolvimento da Democracia⁴⁷³.

Vale ressaltar, ademais, que o Supremo Tribunal Federal já deu indicação de pender para uma interpretação abrangente no tocante aos direitos e garantias integrantes do cerne intangível da Constituição, na medida em que, com esteio no § 2º do art. 5º da Lei Maior, que admite a existência de direitos fundamentais não expressamente arrolados, atribuiu ao princípio da anterioridade tributária o caráter de garantia individual do contribuinte, para efeito de declarar a inconstitucionalidade parcial de emenda à Constituição que o infringia⁴⁷⁴.

Mas o que efetivamente significa não poder ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais?

Se, a partir da extensão que viemos de prescrever, se adotar para o versículo constitucional uma interpretação estrita, fundada na literalidade do que está ali expresso, terá o Constituinte proibido a eliminação de todo e qualquer direito ou garantia fundamental e, mais do que isso, terá vedado até mesmo a modificação do regime jurídico-constitucional do direito ou garantia, sempre que isso implicar seu amesquinçamento, visto que indicativo de uma tendência a futura eliminação.

Daí o desconforto de Ferreira Filho diante das cláusulas pétreas arroladas pelo Constituinte no art. 60, § 4º, mormente em relação às de seu inciso IV:

"É certo que o texto proíbe abolir, ou seja, extinguir, eliminar, revogar, e assim não veda alterar, modificar, regulamentar, como pre-

harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais, consubstanciados no seu art. 5º, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais, entre eles, e os direitos de nacionalidade e políticos, lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato".

473. No mesmo sentido podem-se registrar, dentre outros aportes doutrinários, os de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O Poder Constituinte*, cit., p. 181; Oscar Vilhena Vieira, ob. cit., p. 244-6; e Maurício Antonio Ribeiro Lopes, *Poder Constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 181-5.

474. Cf. acórdão proferido nos autos da ADIn 939-DF, tendo por objeto a EC n. 3, de 17-3-1993 (RTJ, 151:755-841).

tende uma corrente interpretativa. Mas assim mesmo é amplíssimo o campo que cobre, inclusive se se entender, como parece correto, que os direitos e garantias salvaguardados são os fundamentais e não meramente os individuais. E neste campo amplíssimo são numerosíssimos os direitos concedidos, muitos dos quais não merecem o *status* de fundamentais⁴⁷⁵.

Com efeito, assiste razão ao eminente constitucionalista em seus temores, já que, assim interpretado o inciso IV do § 4º do art. 60 da Carta Magna, o resultado será um significativo enrijecimento do seu corpo normativo, cujas conseqüências danosas, muito provavelmente, no futuro, irão comprometer a sobrevivência da própria Lei Fundamental, visto que a sua desatualização nos vastos segmentos petrificados exigirá manifestação do Poder Constituinte originário para a devida superação.

E é exatamente por tudo isso que sempre recusamos tal interpretação estrita⁴⁷⁶, de *aparente* generosidade em prol dos direitos e garantias fundamentais, que, porém, bem sopesada, os condena ao perecimento, junto com todo o edifício constitucional, dependendo o seu renascer de acolhimento, futuro e incerto, pelo Constituinte originário.

Na leitura que fazemos da disposição, de efeito restritivo, nesse ângulo mais geral, o que o Constituinte de 1988 vedou foi a eliminação, direta ou indireta, do sistema de direitos e garantias fundamentais e não de um específico direito ou garantia. Vale dizer, em contraposição a uma visão atomística, propomos a visão sistêmica, que nos permite falar em princípio dos direitos e garantias fundamentais.

Se nos atívéssemos unicamente à agressão direta a esse princípio, poderíamos adotar para a nossa concepção o título para ela cunhado por Maurício Antonio Ribeiro Lopes, qual seja, "teoria da limita-

475. *O Poder Constituinte*, cit., p. 181.

476. Com efeito, na monografia *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*, cit., p. 173-4, já havéramos consignado: "A inviolabilidade de supressão do elenco de direitos e garantias fundamentais está hoje consagrada em norma explícita (art. 60, § 4º, IV), que, entretanto, precisa ser bem compreendida. Não nos parece que o Constituinte quis impedir a supressão de um determinado direito ou garantia e sim da técnica de limitação do Poder consistente em criar esferas de autonomia para os governados".

ção ao conteúdo formal das cláusulas pétreas⁴⁷⁷. Porém, como já salientamos, muito mais preocupou o Constituinte originário a agressão feita à socapa, disfarçadamente, pela qual, embora mantido o sistema de direitos e garantias fundamentais, é ele de tal forma comprometido pelo Poder Constituinte de revisão que não se há de negar a tendência à sua supressão, juntamente com a do sistema político democrático.

Cabe, nesse ponto, patentear que o peso ou a importância de cada um dos múltiplos direitos e garantias fundamentais acolhidos pela Carta de 5 de outubro não é o mesmo. Haverá como negar que a supressão do princípio da legalidade ou da isonomia tem um impacto no sistema político profundamente diverso daquele que teria a eventual supressão do direito à herança ou do direito das presidiárias de permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação?

Assim sendo, da vedação às propostas de emenda tendentes a abolir o princípio (sistema) dos direitos e garantias fundamentais deduzimos, em termos gerais, que não podem ser suprimidos ou mesmo significativamente restringidos o direito à vida (pressuposto de todos os demais), as liberdades públicas vinculadas ao exercício democrático (liberdade de locomoção, de expressão do pensamento, de religião, de reunião, de associação, etc.), as garantias do Estado de Direito (princípio da legalidade, da isonomia, da inafastabilidade do controle jurisdicional, etc.), o direito de votar e ser votado⁴⁷⁸ e de associação política, e alguns direitos sociais que constituem autênticos pressupostos para o exercício das liberdades políticas e individuais (direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, etc.), muito embora veiculados por normas de eficácia limitada e de conteúdo programático.

Não se veda, contudo, ao Constituinte de revisão, por exemplo, elevar a idade mínima para a aquisição da cidadania, pelo alistamento eleitoral, desde que não se restrinja desarrazoadamente o contingente de eleitores; ou eliminar a faculdade assegurada às entidades associativas de representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente,

477. Cf. ob. cit., p. 179-80.

478. A despeito dos mecanismos de participação direta no Poder previstos na Constituição de 1988, esta continua sendo a forma básica de participação da cidadania na formação da vontade governamental.

desde que por eles autorizadas; ou ainda suprimir o salário-família ou a garantia de proteção em face da automação.

O teor de ofensividade da emenda à cláusula que resguarda o sistema de direitos e garantias fundamentais, tal qual sucede com as demais cláusulas pétreas, haverá de ser apurado em concreto⁴⁷⁹, exigindo-se do órgão de controle a virtude da prudência e, acima de tudo, a consciência das implicações institucionais do tema.

Sob o ângulo da proteção ao direito adquirido em face da novação constitucional, o que resta, agora, indagar, na esteira das considerações feitas a partir do item antecedente, é se a eliminação ou o amesquinamento do disposto no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal representa um risco significativo à higidez do sistema de direitos e garantias fundamentais.

Diante da íntima vinculação do princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada aos princípios estruturadores do Estado de Direito⁴⁸⁰; diante do destaque dado pelo Constituinte ao interesse legítimo à segurança jurídica, cuja satisfação depende, essencialmente, dessa garantia; e, por último, diante da importância que especialmente a salvaguarda dos direitos adquiridos assume em Estados em que a Democracia ainda não se encontra solidamente consolidada, respondemos afirmativamente à questão, o que nos remete ao assunto do próximo item.

37. A EXISTÊNCIA DE DIREITOS ADQUIRIDOS DIANTE DE EMENDAS À CONSTITUIÇÃO

A regra estrutural pela qual os atos legislativos de qualquer nível não retroagem, salvo disposição expressa em contrário, também se aplica, como é óbvio, às emendas constitucionais.

479. Não nos parece, por exemplo, que não se possam eliminar ou restringir direitos políticos de participação direta no poder, isoladamente considerados. No entanto, a supressão de todo o conjunto desses direitos, ou a exacerbação das restrições ao seu exercício que os condene ao completo desuso, parece-nos que deva ser impedida, por abolir ou por tender à abolição do princípio da participação direta, acolhido no parágrafo único, do artigo 1º, da Constituição da República.

480. Veja-se o item 23, *retro*.

A questão que ora se coloca, entretanto, é outra: se uma emenda à Constituição contemplar explicitamente a eficácia retroativa, deverá respeitar direitos adquiridos? Essa indagação, aliás, deve ser complementada com uma outra, de interesse prático bem mais acentuado: os efeitos imediatos retrospectivos de emenda constitucional atingem situações em que se configura direito adquirido ou, avançando um pouco mais, a cláusula de proteção do inciso XXXVI do art. 5º da Lei Maior se impõe ao Poder Constituinte de revisão enquanto mera norma de condicionamento, e, portanto, contornável mediante disposição expressa em contrário, ou enquanto norma de limitação?

Antes do advento da Constituição de 1988, predominava nitidamente, quer na doutrina, quer na jurisprudência, a extensão do postulado de que não há direito adquirido em face da Constituição também aos domínios da revisão constitucional.

Costuma-se invocar artigo da lavra do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Mário da Silva Velloso, escrito anteriormente à sua ascensão ao Pretório Excelso, a partir de sentenças por ele proferidas na condição de Juiz Federal, com o abono do extinto Tribunal Federal de Recursos, como indicativo de orientação discrepante. Essas reflexões pretéritas do ínclito magistrado foram por ele aproveitadas em obra recente, intitulada *Temas de Direito Público*, mais especificamente em seu Capítulo 15, arrolando conclusões que permitem compreender o raciocínio então desenvolvido:

“3. Se o funcionário, antes da data da Constituição de 1967 (24/1/67), ou no prazo do § 1º do art. 177⁴⁸¹, satisfizesse os requisitos ali estabelecidos, tem direito a aposentar-se com as vantagens da legislação vigente à data da Constituição de 1967, mesmo que requeira a aposentadoria já na vigência da Emenda Constitucional n. 1/69. Esta não exclui, de modo expresso, o que a Constituição de 1967 expressamente ressalvara.

481. Assim redigido: “O servidor que já tiver satisfeito, ou vier a satisfazer, dentro de um ano, as condições necessárias para a aposentadoria, nos termos da legislação vigente na data desta Constituição, aposentar-se-á com os direitos e vantagens previstos nessa legislação”.