



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**DIREITO ADQUIRIDO, LIMITES AO
PODER DE REFORMA E A EC Nº 41**

por

ROGÉRIO AUGUSTO BOGER FEITOSA

ORIENTADOR(A): REGINA COELI LISBÔA SOARES

2009.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

DIREITO ADQUIRIDO, LIMITES AO PODER DE REFORMA E A EC Nº 41

por

ROGÉRIO AUGUSTO BOGER FEITOSA

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade Católica do
Rio de Janeiro (PUC-Rio) como
requisito parcial para a obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Regina Coeli Lisboa
Soares

2009.1

Agradecimentos

A laboração da presente monografia é fruto de uma árdua etapa finalmente concluída. A transposição das dificuldades inerentes ao caminho percorrido não seria possível sem a dedicação e a confiança de algumas pessoas que participaram ativamente de cada passo dessa conquista.

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Raul e Silene, pelo incessante empenho, carinho e incentivo.

À minha irmã, Sibele, e aos meus tios, Aluísio e Silvia, que, também, muito ajudaram nessa importante caminhada.

A todos os professores da PUC-Rio que colaboraram para a minha formação acadêmica, em especial, à sempre querida professora Regina Soares pela importante orientação, fundamental para a elaboração do presente trabalho.

A todos os familiares e amigos que fizeram parte do decurso desse trajeto e que auxiliaram na persecução dos objetivos alcançados.

A todas essas pessoas, dedico o presente trabalho.

Resumo

O presente trabalho tem por objeto a análise jurídica do instituto do “direito adquirido” sob o enfoque particular da sua relação com o Poder Reformador previsto pela Carta Magna brasileira. Primeiramente, expõem-se o desenvolvimento do papel desempenhado pelos princípios na história do constitucionalismo, a nova função atribuída ao intérprete nesse contexto e a importância da técnica da ponderação de interesses à resolução de conflitos entre princípios. Adiante, examina-se a natureza do Poder de Reforma da Constituição, os limites ao seu exercício e a natureza e o alcance das cláusulas pétreas, atribuindo especial ênfase ao *status* superconstitucional conferido aos direitos fundamentais. Por derradeiro, discorre-se sobre o princípio do direito adquirido, sua relação com as adstrições ao Poder Reformador e a necessidade de sua harmonização com outros bens constitucionais relevantes, tecendo-se, finalmente, uma sucinta crítica ao posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da questão do teto remuneratório estabelecido pela Emenda Constitucional nº 41, que previu expressamente a relativização do princípio do direito adquirido.

Palavras-chave: Constitucionalismo Contemporâneo; Constitucionalidade de Emendas Constitucionais; Direitos Fundamentais; Emenda Constitucional nº 41; Limites ao Poder de Reforma; Ponderação de Interesses; Poder Constituinte; Princípio Democrático; Princípio do Direito Adquirido

Sumário

PRINCIPAIS ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS	5
INTRODUÇÃO	6
1. CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO	10
1.1. A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	10
1.2. PRINCÍPIOS E REGRAS	21
1.3. UMA BREVE PERSPECTIVA HISTÓRICA E A DUPLA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	24
1.4. A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	30
1.4.1. <i>O Novo Papel do Intérprete Contemporâneo</i>	30
1.4.2. <i>A Técnica da Ponderação de Interesses</i>	33
2. OS LIMITES AO PODER DE REFORMA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	46
2.1. TEORIA DO PODER CONSTITUINTE.....	46
2.2. O PODER DE REFORMA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	55
2.3. A EFICÁCIA DOS LIMITES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA E A FUNÇÃO DO JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS.....	59
2.4. DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITES AO PODER DE REFORMA	76
3. PRINCÍPIO DO DIREITO ADQUIRIDO COMO LIMITE AO PODER DE REFORMA?.....	95
3.1. O PRINCÍPIO DO DIREITO ADQUIRIDO.....	95
3.2. O PRINCÍPIO DO DIREITO ADQUIRIDO E O EXERCÍCIO DO PODER CONSTITUINTE.....	102
3.3. A QUESTÃO DO TETO REMUNERATÓRIO ESTABELECIDO PELA EC Nº 41: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO MS 24.875/DF.....	115
CONCLUSÃO.....	136
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	139

Principais Abreviaturas e Siglas Utilizadas

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AO – Ação Originária

CF – Constituição Federal de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CTN – Código Tributário Nacional

DJ – Diário de Justiça

EC – Emenda Constitucional

HC – *Habeas Corpus*

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

Min. – Ministro

MS – Mandado de Segurança

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

Introdução

A sociedade brasileira, ao longo de sua história, foi marcada por uma significativa desigualdade cultural e econômica entre os seus indivíduos, conservada, notadamente, pela existência de um grupo de pessoas detentoras do poder que, visando à perseguição de fins particulares, despreocupavam-se com a promoção de direitos e garantias concernentes aos cidadãos das demais classes sociais.

Atento aos tempos que adviriam e em consonância com a vontade geral do povo, o Poder Constituinte Originário, quando da promulgação da Lei Fundamental de 1988, pautou-se no específico objetivo de a esta incorporar uma série de valores atrelados à dignidade da pessoa humana, a fim de tornar a sociedade brasileira uma comunidade mais justa, solidária e compromissada com seus indivíduos, transformando a República Federativa do Brasil em um verdadeiro Estado Democrático e Social de Direito.

Nesse passo, além de estabelecer logo no início da Carta Magna um longo catálogo de direitos fundamentais, o referido poder cuidou de abrigá-los explicitamente, pela primeira vez no constitucionalismo brasileiro, no rol de cláusulas superconstitucionais, objetivando, sobretudo, protegê-los de eventual atuação supressiva do Poder Reformador.

Ocorre que, dentre outras garantias individuais, o Constituinte de 1988 proibiu expressamente o poder público de prejudicar direitos subjetivos adquiridos na vigência de leis que posteriormente viessem a ser revogadas, conferindo, assim, previsibilidade à atuação estatal e estabilidade às relações jurídicas. Na realidade, não atribuiu ao princípio do direito adquirido tão-somente o *status* de direito fundamental, visto que, ao fazê-lo, elevou-o, conseqüentemente, à condição de cláusula pétrea constitucional.

Em que pese tal garantia conferida aos direitos fundamentais, em especial aos direitos adquiridos, há de se reconhecer que, por vezes, o Poder Reformador se deparará com circunstâncias em que esses direitos se

apresentarão em conflito com outros bens constitucionais relevantes. Nessas ocasiões, pois, será imprescindível que seja descoberta uma forma equilibrada de compatibilizá-los, do que casualmente resultará a relativização de algum dos princípios em embate.

Nessa perspectiva, o Congresso Nacional, no exercício do Poder Reformador e em total sintonia com os desejos populares, promulgou, em 2003, a Emenda Constitucional nº 41, através da qual, dentre outras providências, estabeleceu um limite estipendiário aos servidores públicos, determinando, outrossim, que os seus rendimentos fossem imediatamente reduzidos a esse patamar.

Com efeito, a instituição de um teto remuneratório é uma questão profundamente debatida já há alguns anos no Brasil, mormente no tocante à relativização do direito adquirido de servidores públicos à percepção de estipêndios em valor superior aos limites estabelecidos.

Afinal, seria admissível que o Parlamento realizasse alterações na Lei Fundamental que, embora refletissem autêntica manifestação da soberania popular e absoluta consonância com o princípio democrático, prejudicassem eventuais direitos adquiridos? Em outras palavras, o princípio do direito adquirido revela-se, de fato, um limite material insuperável à reforma constitucional ou, inversamente, encontra-se à livre disposição do Constituinte Derivado?

Diante desse questionamento, o presente trabalho pretende estabelecer alguns parâmetros concernentes aos limites à modificação da Carta que visariam, em última instância, assegurar que a atividade do Poder Reformador estivesse sempre de acordo com as necessidades e com os anseios do povo. Para tanto, organizou-se esta tese em três capítulos.

O primeiro capítulo divide-se em quatro partes.

No primeiro tópico desse capítulo, será exposto o longo caminho percorrido pelos princípios nas diferentes fases do constitucionalismo. Perpassar-se-á sucintamente pelos períodos do jusnaturalismo e do juspositivismo para, enfim, ser delineado o momento atual experimentado

pela ciência jurídica, no qual os princípios assumem posição de destaque, sendo a eles conferida, finalmente, normatividade.

Na segunda etapa, será realçada a diferença existente entre princípios e regras – como espécies do gênero norma –, conferindo ênfase à forma proposta por Ronald Dworkin e Robert Alexy de resolver os embates percebidos entre aqueles elementos normativos.

No terceiro tópico, realizar-se-á o específico trajeto cursado pelos direitos fundamentais até assumirem o papel que lhes foi conferido no constitucionalismo contemporâneo. Será apresentada uma breve perspectiva da evolução das gerações de direitos fundamentais, bem como da dupla dimensão reconhecida a estes no atual contexto jurídico: além de constituírem fontes de direitos subjetivos, revelam-se os principais pedestais do ordenamento jurídico.

O quarto e último item do primeiro capítulo, por sua vez, será dividido em duas partes. O primeiro tópico versará sobre a função assumida pelo intérprete no constitucionalismo contemporâneo, que foi largamente maximizada em razão da referida aquisição de normatividade pelos princípios. A segunda parte, por fim, tratará especificamente da técnica da ponderação de interesses como forma de resolução de tensões entre princípios, bens ou interesses constitucionais.

O segundo capítulo, ao seu turno, é inteiramente dedicado a aspectos relacionados com o Poder de Reforma da Constituição.

No primeiro sub-capítulo, será apresentada toda a Teoria do Poder Constituinte formulada a partir do século XVIII, enfatizando-se o caráter secundário, condicionado e limitado freqüentemente conferido ao Constituinte Derivado.

No tópico seguinte, tratar-se-á do Poder de Reforma especificamente na Constituição de 1988, expondo com detalhes as limitações estabelecidas por esta ao exercício daquele poder.

Na terceira etapa desse capítulo, por sua vez, serão abordadas as divergentes questões atinentes à eficácia dos limites materiais à alteração da

Lei Fundamental e ao papel do Poder Judiciário no controle da validade das emendas constitucionais, tanto no que tange à constitucionalidade quanto à legitimidade destas.

Na quarta parte, por fim, será revelada a relação dos direitos fundamentais com os limites materiais ao Poder de Reforma. Apresentar-se-ão os principais entraves afirmados pela doutrina ao estabelecimento de limitações aos direitos fundamentais, dentre os quais serão enfocadas a proteção do seu núcleo essencial e a importância do princípio da dignidade da pessoa humana na definição de seu conteúdo.

Por derradeiro, o último capítulo terá como objetivo analisar o princípio do direito adquirido e as adstrições por ele estabelecidas ao exercício do Poder Reformador.

Primeiramente, elucidará o conteúdo do princípio do direito adquirido, assinalando a sua evolução histórico-conceitual e a atual compreensão desse instituto pela doutrina brasileira.

Em seguida, será demonstrado o caráter relativo do princípio do direito adquirido e a imperatividade de admitir-se, em algumas circunstâncias, a diminuição de seu conteúdo de modo a harmonizá-lo com outros bens relevantes previstos na Constituição.

Por fim, realizar-se-á uma análise crítica da questão do teto remuneratório estabelecido pela Emenda Constitucional nº 41, mormente no que se refere à sua constitucionalidade e à sua legitimidade, conferindo especial ênfase ao julgamento proferido pelo STF quando da apreciação do MS 24.875/DF.

1. Constitucionalismo Contemporâneo

1.1. A Normatividade dos Princípios Constitucionais

O mundo da forma como é conhecido hoje, globalizado, dinâmico e informatizado, vem, ao longo dos últimos séculos, sofrendo profundas transformações no seio de sua sociedade, principalmente de cunho ideológico e estrutural. O próprio conceito de Estado e a relação deste com os seus cidadãos mudaram radicalmente com a passagem do Estado Liberal e para o Estado Social. Enquanto no início do século XX falava-se de um Estado simplesmente garantidor dos direitos individuais, como verdadeiro adversário dos direitos humanos¹ e distante de uma concepção pró-ativa frente aos problemas sociais, atualmente a mão invisível do mercado tem cedido espaço para uma mão estatal de punho fortemente atuante.

Acompanhando essa longa e lenta metamorfose sócio-econômica, e, muitas vezes, como resposta a ela, a ciência jurídica também conheceu importantes mudanças. O Direito de outrora foi sucedido por um novo modelo constitucional, impulsionado principalmente pelo segundo pós-guerra². Caracterizado especialmente pela atribuição de normatividade aos princípios e pela sua ascensão axiológica, é justamente nesse momento de mudanças que assumem significativa relevância as discussões entre duas velhas correntes do pensamento jusfilosófico – jusnaturalismo e juspositivismo³ – a respeito da função jurídica a ser desempenhada pelos princípios, agora estabelecidos em sede constitucional.

¹ SARMENTO, Daniel. *A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais*: Fragmentos de uma Teoria. in. MELLO, Celso D. de Albuquerque & TORRES, Ricardo Lobo (diretores). *Arquivos de Direitos Humanos*, v. 4. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 1999. p. 63.

² VIEIRA, José Ribas. *A Teoria dos Direitos Fundamentais*: Sua Leitura Sob as Perspectivas da Efetividade e da Mudança Constitucional. in. SARMENTO, Daniel & GALDINO, Flávio (organizadores). *Direitos Fundamentais*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2006. p. 662.

³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios Constitucionais*: Elementos Teóricos Para Uma Formulação Dogmática Constitucionalmente Adequada. 2ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 62-63.

Sobre esse questionamento, é correto afirmar, de acordo com os ensinamentos de Paulo Bonavides, que “a juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista”⁴.

A primeira fase, o jusnaturalismo, em muito se confunde com a história da filosofia do Direito até o século XIX. Desde a antiguidade greco-romana até o mundo moderno, frisando-se o período dominado pelo poder e pela influência da Igreja Católica na Idade Média⁵, defendia-se a existência de um conjunto de princípios morais “inspiradores de um ideal de justiça”⁶, resumidos sob a chamada doutrina do Direito Natural.

Não obstante a controvérsia existente quanto à origem desse “sistema de normas superiores e anteriores ao próprio Estado e ao seu Direito”^{7 e 8}, os princípios tornaram-se instrumentos de aferição de justiça no direito positivo⁹, porquanto a legitimidade e a validade de uma ordem jurídica eram condicionadas à concordância desta com aqueles valores, chegando-se ao ponto de afirmar que se a lei escrita se contrapusesse à lei natural, aquela já não deveria ser considerada lei¹⁰. Configura-se, pois, em consonância com o que afirma Hans Kelsen, uma doutrina idealista-dualista do Direito, na medida em que distingue o direito positivo de um direito natural formado por um conjunto de princípios imutáveis, eternos, universais e absolutos¹¹.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 259.

⁵ LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A Saga do Zangão: Uma Visão Sobre o Direito Natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 15-66.

⁶ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Op. cit., p. 63.

⁷ LIMA, Viviane Nunes Araújo. Op. cit., p. 11.

⁸ Pode-se aferir que a doutrina do Direito Natural manteve-se por inúmeros séculos da História humana. Entretanto, no decorrer desse tempo, percebe-se a atribuição de diferentes origens a esses princípios jusnaturalistas. Na idade média, v. g., sob influência determinante do cristianismo e sob a concepção de que o homem havia sido criado à imagem e semelhança de Deus, como Seu filho, conferia-se a esta fonte transcendental o gênese de todo direito inerente à condição humana. Por sua vez, durante a civilização moderna, cuja cosmovisão era predominantemente racionalista, os direitos naturais eram tidos como decorrentes da própria natureza humana enquanto indivíduos dotados de razão. Para outras informações acerca da história, das fontes, do desenvolvimento e do ocaso do jusnaturalismo, cf. *A Saga do Zangão*. Op. cit., de Viviane Nunes Araújo Lima.

⁹ KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*. Trad. João Batista Machado. Coimbra: Editora Almedina, 2001. p. 44.

¹⁰ LIMA, Viviane Nunes Araújo. Op. cit., p. 11.

¹¹ KELSEN, Hans. Op. cit., p. 102.

Ocorre que, com o advento do Estado Liberal, “o jusnaturalismo chega ao seu apogeu e, paradoxalmente, tem início a sua superação histórica”¹². Apesar do reconhecimento de uma dimensão ético-valorativa e da adesão da sociedade política da época aos princípios então invocados, estes se revelaram incapazes de responder “ao problema dos fundamentos de validade do Direito”¹³ e de “garantir a segurança individual e a paz social”¹⁴. Assim, na tentativa de combater essa insegurança jurídica provocada pelo subjetivismo idealista do Direito Natural¹⁵, este se tornou objeto e fundamento de movimentos de codificação no século XIX.

Outrossim, apesar de, em um primeiro momento, estabelecer-se a congruência entre os conteúdos do aludido direito natural e do direito positivado pelo Estado, pôde-se perceber, no momento imediatamente posterior, que aquele começava a ser incorporado e organizado sistematicamente em um documento legislativo¹⁶.

A consequência foi inevitável. Transformado o direito natural em direito positivo, restaram cumpridas as condições necessárias à superação daquele. Utilizando-se das palavras de Viviane Nunes Araújo Lima,

“a própria construção jusnaturalista, toda ela, convergia para esse desfecho. Em todos os escritores da Escola do Direito Natural pode-se perceber a supremacia da lei como expressão do interesse comum da sociedade (...). Sendo essa lei fruto da elaboração racional do homem para a superação das dificuldades do estado de natureza, permitindo a todos uma convivência pacífica e ordenada no estado de sociedade, ela tinha que ser imposta pela força detentora do poder soberano: o Estado. Ainda que o seu conteúdo, para os jusnaturalistas, pudesse

¹² BARCELLOS, Ana Paula de & BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. in. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de Uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 6ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 348.

¹³ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 124.

¹⁴ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a Uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político*. São Paulo: Método, 2006 (Coleção Professor Gilmar Mendes v.2). p. 69.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 124.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro* (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). in. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de Uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 6ª ed. rev., atual. e ampl.. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 320-321.

ser previamente cognoscível – já que se tratava dos ditames da razão –, lei imposta pelo Estado é lei positiva. E em sendo positiva, deixa de ser natural”.¹⁷

Destarte, alavancado pelo advento das codificações modernas e pela busca da objetividade científica, o jusnaturalismo acaba sendo abandonado à margem da história¹⁸. Em virtude do marcante anseio por uma maior segurança jurídica, essa corrente jusfilosófica foi sucedida pelo pensamento legalista do final do século XIX, dando causa à segunda fase da juridicidade dos princípios.

Esse novo período da filosofia jurídica, o juspositivismo¹⁹, assentava-se na crença principal de que “Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa”²⁰. Fulminava-se, por conseguinte, qualquer idéia de subordinação da lei positiva à moral ou a valores transcendentais. Não configurava mais a ciência jurídica o local propício para os debates sobre legitimidade e justiça²¹, uma vez que – conforme leciona Norberto Bobbio – durante o positivismo “efetivamente não existe outro critério do justo e do injusto fora da lei positiva, quer dizer, fora do comando do soberano”²².

Nesse diapasão, ao lecionar sobre as transformações trazidas pelo positivismo jurídico, em especial sobre a separação do Direito e dos ideais de justiça, Hans Kelsen insinua:

“admitir que a validade de uma norma de direito positivo é independente de validade de uma norma de justiça – o que significa que as duas normas não são consideradas como simultaneamente válidas – é esse justamente o princípio do *positivismo jurídico*”.²³

¹⁷ LIMA, Viviane Nunes Araújo. Op. cit., p. 163-164.

¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de & BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 348.

¹⁹ Sobre o tema do juspositivismo, recomenda-se a leitura da obra *Positivismo Jurídico*. Op. cit., de autoria de Dimitri Dimoulis.

²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de & BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 349.

²¹ Ibid. p. 349.

²² BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2ª ed. rev.. Bauru/SP: EDIPRO, 2003. p. 59.

²³ KELSEN, Hans. Op. cit., p. 47.

Ademais, nada obstante esse dogma principal da aproximação quase plena entre Direito e norma, outras características podem ser também verificadas nesse novo contexto, dentre as quais merecem destaque, primeiramente, as novas funções recém-atribuídas aos princípios, quais sejam, a programática e a de integração²⁴, bem como a pretensão de completude do ordenamento jurídico.

A primeira função, cuidando de esvaziar os princípios de praticamente toda e qualquer imperatividade, incumbiu-os do papel de estabelecer os objetivos a serem perseguidos pelo Estado, em especial pelo legislador²⁵. Restringia-os à especificação de metas e valores carentes de qualquer grau de normatividade.

Por outro lado, a função integrativa os encarregou de concretizar o referido anseio positivista de completude da ordem jurídica. Através desse pretenso dogma, conceituado como “a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma jurídica para regular qualquer caso”²⁶, tornou-se inconcebível admitir que eventuais lacunas presentes na lei fossem preenchidas por elementos exteriores ao Direito positivo, como, por exemplo, pelas normas de direito natural. Por essa razão, juntamente com a analogia, os princípios de direito assumiram, como única forma de incidência sobre um caso concreto, o desprestigiado papel de suprir os vazios normativos deixados pela legislação²⁷.

Apesar de os princípios não terem mais o condão de determinar a legitimidade da lei posta, é razoável reconhecer que o positivismo jurídico não os renegou completamente²⁸. Entretanto, resumidos à modesta posição

²⁴ CUNHA, José Ricardo. *Sistema Aberto e Princípios na Ordem Jurídica e na Metodica Constitucional*. in. PEIXINHO, Manoel Messias & GUERRA, Isabella Franco & NASCIMENTO FILHO, Firlly (organizadores). *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2ª ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 36.

²⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 23-24.

²⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Rev. téc. João Ferreira. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989. p. 115.

²⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Op. cit., p. 63.

²⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Op. cit., p. 60.

de norma subsidiária e supletiva da ordem jurídica e esvaziados de qualquer conteúdo normativo²⁹, pode-se constatar a sua irrelevância jurídica³⁰.

Essa fase da história jurídica impregnada pelo positivismo legalista e pela busca da cientificidade jurídica vigorou na maior parte dos séculos XIX e XX³¹. Nesse meio tempo, as Constituições revelaram-se fácil objeto de manipulações em seu aspecto positivo. Certamente, destas, a mais marcante foi a do regime totalitário experimentado pelo Estado nazista alemão, no qual, sem ocorrer ruptura formal da Constituição de Weimar de 1919, foram praticadas as maiores atrocidades que o mundo até hoje conheceu³².

Em razão do distanciamento demonstrado entre o Direito formal e quaisquer princípios morais e humanitários nesse triste período da História, a Segunda Guerra Mundial tornou-se um marco de relevância sem precedentes para ciência jurídica. Percebendo-se que era incongruente com um pensamento esclarecido e humanitário a “idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal”³³, a sua crise foi instaurada.

Com efeito, diante do iminente colapso do juspositivismo e da incompatibilidade do jusnaturalismo com as sociedades da segunda metade do século XX, o pós-positivismo³⁴ recebeu a difícil missão de retomar a razão prática da ciência jurídica³⁵ e de conseguir a reaproximação entre o

²⁹ CUNHA, José Ricardo. Op. cit., p. 36.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 263.

³¹ CUNHA, José Ricardo. Op. cit., p. 36.

³² BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2ª ed. amplamente rev. e atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 25.

³³ BARCELLOS, Ana Paula de & BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 349.

³⁴ A expressão “pós-positivismo” conferida ao estágio jusfilosófico subsequente à crise positivista oriunda do segundo pós-guerra, embora reconhecida e já sedimentada no cotidiano acadêmico-jurídico, não é impassível de críticas. Afirmando, inclusive, que o referido termo “é praticamente desconhecido fora do Brasil” e apenas “utilizado esporadicamente em países de língua alemã”, Dimitri Dimoulis apresenta várias críticas à teoria e à sua aludida relevância do ‘pós-positivismo’ no contexto atual (Cf. DIMOULIS, Dimitri. Op. cit., em especial, p. 45-63).

³⁵ NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático*. in. BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3ª ed. rev.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 302.

Direito e a Moral. Era necessária a reintrodução de ideais humanitários e de valorização da justiça no ordenamento jurídico.

Nessa linha, referindo-se ao ocaso do positivismo jurídico, declara Luís Roberto Barroso:

“O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade”.³⁶

Alavancado, pois, por esse novo cenário jusfilosófico em formação e pela necessidade de mudanças pós-45, entra em ascensão um novo modelo constitucional, denominado de “constitucionalismo contemporâneo”³⁷, através do qual os princípios finalmente conheceram a terceira fase de sua juridicidade.

De forma sintética e sem arriscar-se à perda de qualquer informação de relevo para o presente trabalho, é possível serem resumidas as principais características do atual momento da ciência jurídica da seguinte forma³⁸: do ponto de vista metodológico-formal, na normatividade, na centralidade e na superioridade conferidas à Constituição; e, do ponto de vista material, na incorporação de valores e opções políticas aos textos constitucionais – sobretudo concernentes à garantia da dignidade da pessoa humana e dos

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Op. cit., p. 325-326.

³⁷ Embora se reconheça a utilização muitas vezes indiscriminada dos termos “constitucionalismo contemporâneo” e “neoconstitucionalismo”, prefere-se o emprego do primeiro, uma vez que este, a despeito de ter, inclusive em sua origem etimológica, a legítima pretensão de constituir algo novo, traz consigo uma série de temas e controvérsias cujos debates não cabem no presente trabalho.

³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. in. SARMENTO, Daniel & GALDINO, Flávio (organizadores). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2006. p. 32-34.

direitos fundamentais —, e na expansão de conflitos ocorridos entre as novas ideologias absorvidas pela Carta Maior.

A “força normativa”³⁹ da Constituição, definida por Ana Paula de Barcellos como “o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade”⁴⁰, foi concebida por Konrad Hesse no século XX, em contraposição à denominação atribuída à Lei Maior por Ferdinand Lassalle de “folha de papel”⁴¹, que a considerava mero instrumento de controle político.

Inobstante o reconhecimento de que a realidade histórica condiciona, de fato, a Constituição, a esta foi atribuída capacidade jurídica suficiente para conformar a realidade social e política^{42 e 43}, porquanto os seus mandamentos poderiam/deveriam ser cumpridos tão logo fossem satisfeitas as suas condições de efetivação⁴⁴.

Assim como a aquisição de força normativa, passa a desempenhar, igualmente, um papel de grande importância no cenário jurídico atual a centralidade da Constituição.

Em razão do novo modelo de atuação do poder público em relação às questões sociais estabelecido sob a égide do Estado Social, pôde-se perceber um crescimento exponencial de atuações estatais intervencionistas no domínio sócio-econômico. Desse modo, passou-se a limitar com significativa frequência e intensidade a autonomia individual em prol de

³⁹ O termo “força normativa da Constituição” foi cunhado e utilizado pela primeira vez por Konrad Hesse, no intuito de referir-se a “uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado” contida na Lei Fundamental (Cf. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 11).

⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. Op. cit., p. 32.

⁴¹ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 23.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 8ª ed. atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 66.

⁴³ Nessa esteira, é necessário realizar a diferenciação entre ‘força normativa’ (ou ‘pretensão de eficácia’) e as suas condições de realização. Nas palavras de Konrad Hesse, “A Constituição adquire força normativa na medida em que logra idealizar essa pretensão de eficácia”. Por sua vez, as condições para sua realização muitas vezes relaciona-se com aspectos que a própria Constituição não pode controlar (Cf. HESSE, Konrad. Op. cit., p. 16).

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A Doutrina Brasileira da Efetividade*. in. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 8ª ed. atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 290.

interesses coletivos relevantes⁴⁵, mormente através da edição de unidades normativas autônomas de direito privado pelo Legislador, compostas essencialmente de preceitos de ordem pública.

Ocorre que o advento desses novos microssistemas legislativos de conteúdo civilístico gerou como consequência imediata a necessidade do estabelecimento de um novo centro para o Direito Privado, uma vez que o Código Civil não mais cumpria esse papel. Assim, visando manter a unidade e a coerência sistêmicas, a solução encontrada foi a migração do cerne do sistema jurídico para a Constituição⁴⁶.

Por fim, a superioridade decorre diretamente da normatividade e da centralidade, já referidas anteriormente. Uma vez norma e centro do sistema, a Constituição logra assumir, finalmente, uma posição de superioridade hierárquica em relação às demais normas do ordenamento⁴⁷.

Estabelecidas essas primeiras condições formais das Constituições modernas, o segundo pós-guerra revelou, ainda, uma outra preocupação no tocante ao conteúdo do Direito: a ciência jurídica precisava encontrar uma maneira de constitucionalizar explicitamente os valores materiais e as opções políticas fundamentais da sociedade⁴⁸. Dotados de “capacidade de condensar numa unidade operacional os aspectos axiológicos e deontológicos da normatividade jurídica”⁴⁹, aos princípios coube a síntese desses valores, retirando as questões a respeito destes do debate meramente político ou moral⁵⁰.

Sem embargo, o que há realmente de peculiar e sem precedentes no atual momento da história do Direito é a aquisição de normatividade por parte dos princípios⁵¹, transformando-os em “pedestal normativo sobre o

⁴⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Op. cit., p. 49.

⁴⁶ Ibid. p. 74-75.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 289.

⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Op. cit., p. 26.

⁴⁹ CUNHA, José Ricardo. Op. cit., p. 34.

⁵⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Op. cit., p. 30.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Op. cit., p. 327.

qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”⁵², legítimas “traves-mestras”⁵³ do sistema jurídico.

Todavia, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, a chegada a esse terceiro momento de juridicidade dos princípios não ocorreu simplesmente como consequência da condução da Constituição ao centro hierarquicamente superior do sistema jurídico, tampouco em virtude da atribuição de força normativa a ela.

A doutrina clássica, influenciada pela filosofia juspositivista, estabelecia rígida distinção entre princípios e normas⁵⁴. Em virtude daquela, que hoje se encontra já plenamente ultrapassada⁵⁵, limitava-se o *status* de norma jurídica dotada de imperatividade apenas às regras, conferindo aos princípios um valor meramente declaratório e pragmático e despindo-os de qualquer força jurídica⁵⁶.

Em outras palavras, usufruindo-se das lições professadas por Ruy Samuel Espíndola,

“A concepção de que um princípio jurídico é norma de Direito talhou-se através de evolução analítica interessante. Primeiro, a metodologia jurídica tradicional distinguia os princípios das normas, tratando-as como categorias pertencentes a tipos conceituais distintos. Ou seja, norma tinha um significado e princípios outro”.⁵⁷

Nessa esteira, uma das grandes inovações da teoria jurídica no século XX foi justamente a atribuição de normatividade aos princípios. Apenas através do longo trabalho metodológico de alguns importantes filósofos

⁵² BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 264.

⁵³ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 42.

⁵⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo Para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. p. 280.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de Uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 6ª ed. rev., atual. e ampl.. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 151.

⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed.. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1150.

⁵⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Op. cit., p. 66.

contemporâneos é que foi superada “a crença de que teriam dimensão puramente axiológica”⁵⁸.

A doutrina que primeiramente pretendeu realizar essa tarefa foi a de Crisafulli, cujos ensinamentos procedem de 1952. Acentuando o caráter de norma jurídica atribuído aos princípios, assinalou:

“Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e portanto, resumem, potencialmente o conteúdo: sejam (...) estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contêm”.⁵⁹

Nada obstante, foram os acréscimos trazidos pelas obras de Ronald Dworkin⁶⁰ e Robert Alexy⁶¹ que consolidaram a inclusão dos princípios no gênero ‘normas jurídicas’, *in. verbis*:

“Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas”.⁶²

Sendo, pois, uma espécie do gênero “norma jurídica”, mister se faz conferir também aos princípios os atributos inerentes àquela, dentre os quais se destaca a normatividade.

⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula de & BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 350.

⁵⁹ CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e Le Sue Disposizioni Di Principio*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952. p. 15. *apud*. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 257.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 22-28.

⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 81-115.

⁶² ALEXY, Robert. Op. cit., p. 83.

1.2. Princípios e Regras

A distinção entre princípios e regras é de relevância ímpar para a dogmática jurídica atual. De fato, por si só, a conseqüente atribuição de imperatividade aos princípios já configura inovação bastante significativa dos pontos de vista teórico e prático. Entretanto, as peculiaridades de cada uma dessas espécies normativas trazem ainda importantes implicações à ciência do Direito, em especial no tocante à sua interpretação e à sua aplicação, motivo pelo qual, embora de maneira sintética, adentrar-se-á neste tema.

A doutrina, após as modernas construções de Alexy e Dworkin, tem estabelecido múltiplos parâmetros para diferenciar princípios e regras. Dentre eles, três merecem destaque os critérios referentes ao conteúdo, à estrutura normativa e à aplicação dos enunciados normativos em questão⁶³.

Do ponto de vista material, primeiramente, os princípios detêm um conteúdo axiológico intrínseco, na medida em que traduzem valores compartilhados ou objetivos perseguidos pela sociedade. Por outro lado, as regras não proclamam nenhum fim público superior, nem pretendem explicitar qualquer finalidade não expressa em seu enunciado. Limitam-se a estabelecer a exigibilidade ou a proibição de condutas específicas. Regras, pois, consistem em normas meramente “descritivas de conduta, ao passo que os princípios são valorativos ou finalísticos”⁶⁴.

Do ponto de vista estrutural, por sua vez, é correto afirmar que os princípios, ao se restringirem à declaração de um valor tutelado pelo Direito, não determinam especificamente comportamentos a serem praticados pelo destinatário da norma. Se adstringem a indicar “fins, estados ideais a serem alcançados”⁶⁵, sem preocupar-se em prever os meios apropriados ou as sanções cabíveis no caso de sua inobservância⁶⁶. Por

⁶³ BARCELLOS, Ana Paula de & BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 353-355.

⁶⁴ Ibid. p. 353.

⁶⁵ Ibid. p. 354.

⁶⁶ DIMOULIS, Dimitri. Op. cit., p. 62

óbvio, requerem do intérprete uma atividade mais complexa, a fim de que seja encontrado o sentido da norma.

Por outro lado, as regras têm estrutura substancialmente diversa. Seus enunciados são capazes de estabelecer com precisão a forma adequada à sua observação e os efeitos que pretendem produzir⁶⁷. São, pois, normas que dispensam qualquer processo mais detalhado de racionalização.

Finalmente, princípios e regras também se diferenciam quanto ao modo de aplicação. Regras são normas que devem ser aplicadas através do padrão ‘tudo ou nada’ (*all or nothing*⁶⁸), ou seja, através da incidência direta e subsuntiva da norma. “Ou são válidas e incidem ou não incidem por inválidas”⁶⁹. Por essa razão, a qualificação conferida por Robert Alexy a elas de “mandados de definição”⁷⁰.

De maneira inversa, os princípios pressupõem um método mais elaborado de aplicação. Na medida em que o seu conteúdo é fundamentalmente axiológico, sintetizador de valores socialmente admitidos e provenientes de um contexto ideológico pluralista, a sua aplicação não é realizada através da apreciação de validade ou de invalidade.

Diferentemente das regras, eventuais conflitos entre princípios devem ser resolvidos por meio da aferição da dimensão de peso (*dimension of weight*⁷¹) de cada um à luz dos elementos do caso concreto, buscando-se a maximização de ambos e, sempre que possível, uma forma de evitar o sacrifício de qualquer um dos interesses em questão⁷². Os princípios,

⁶⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 171.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 24.

⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos Para a Ponderação Constitucional*. in: BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3º ed. rev.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 75.

⁷⁰ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 99.

⁷¹ DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 26.

⁷² BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Op. cit., p. 182.

portanto, traduziriam “mandados de otimização”⁷³, obtida esta através do processo que se convencionou chamar de ponderação⁷⁴.

Corroborando esse entendimento, a doutrina de Daniel Sarmento ensina:

“De modo semelhante, leciona Ronald Dworkin que a principal distinção entre os princípios e as regras é de caráter lógico e diz respeito aos respectivos mecanismos de aplicação. As regras, segundo o citado professor, incidem sob a forma do “tudo ou nada (*all or nothing*), o que não sucede com os princípios. Em outras palavras, presentes os seus pressupostos fáticos, ou a regra é aplicada ao caso a ela subsumido ou é considerada inválida para o mesmo.

Já os princípios jurídicos atuam de maneira diversa, pois, presentes as condições de fato enunciadas como necessárias à sua incidência, daí não decorre necessariamente a sua aplicação ao caso concreto.

Isto ocorre porque, ao contrário das regras, os princípios são dotados de uma dimensão de peso. Tal característica revela-se quando dois princípios diferentes incidem sob determinado caso concreto, entrando em colisão. Nesta hipótese, o conflito é solucionado levando em consideração o peso relativo assumido por cada princípio dentro das circunstâncias concretas presentes no caso, a fim de que se possa precisar em que medida cada um cederá espaço ao outro.

Assim, é possível que um princípio seja válido e pertinente a determinado caso, mas que suas conseqüências jurídicas não sejam deflagradas naquele caso, ou não o sejam inteiramente, em razão da incidência de outros princípios também aplicáveis. Há uma ponderação entre os princípios e não a opção pela aplicação de um deles, em detrimento do outro”.⁷⁵

Essa distinção entre princípios e regras tornou-se, indubitavelmente, uma das bases da moderna dogmática constitucional⁷⁶. Entretanto embora aceitas pacificamente pela jurisprudência e pela doutrina as teses da imperatividade dos princípios e da distinção entre as duas espécies normativas supracitadas, desses postulados originaram-se novos debates, ligados, em especial, a questões concernentes à morfologia e à função dos princípios no processo hermenêutico⁷⁷.

⁷³ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 86.

⁷⁴ Sobre o tema específico da ponderação, será a ele reservado sub-capítulo 1.4.2, no qual serão analisadas a sua necessidade, a sua importância, as suas etapas e, até mesmo, as críticas a ela dirigidas.

⁷⁵ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Op. cit., p. 44-45.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Op. cit., p. 328.

⁷⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *A Estrutura Normativa das Normas Constitucionais: Notas Sobre a Distinção Entre Princípios e Regras*. in: PEIXINHO, Manoel Messias & GUERRA, Isabella Franco & NASCIMENTO FILHO, Firly (organizadores). *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2ª ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 5.

Com efeito, ao mesmo tempo em que essas transformações ocorreram no direito constitucional, é possível visualizar que os direitos fundamentais trilharam longo e importante caminho até alcançarem a posição de destaque ostentada no contexto jurídico contemporâneo.

1.3. Uma Breve Perspectiva Histórica e a Dupla Dimensão dos Direitos Fundamentais

A análise do trajeto percorrido pelos direitos fundamentais no desenvolvimento da ciência jurídica consiste, por si só, em um tema deveras interessante, que certamente traria riqueza a qualquer exposição monográfica. No entanto, o objetivo do presente estudo apresenta-se significativamente mais modesto. Restringir-se-á a exposição de sua evolução histórica apenas no que importa à configuração da presente realidade Constitucional.

Em que pese a existência de diferentes opiniões acerca do termo inicial exato da incorporação dos direitos fundamentais na ordem positiva da forma como são atualmente concebidos, mostra-se amplamente reconhecida na doutrina a importância dos papéis desempenhados pela Carta Magna inglesa de 1215 e pelas declarações inglesas decorrentes da Revolução Gloriosa de 1688 na construção dessa longa jornada.

Embora à Carta Magna inglesa de 1215 costume-se fazer alusão como o primeiro documento formal limitador dos poderes do monarca em prol de interesses de classes dominantes, é de se observar que ainda não é possível afirmar que, já nesse momento, os direitos fundamentais conheceram o seu primeiro registro histórico, visto que não resguardavam direitos verdadeiramente do povo, mas, tão-somente, de alguns específicos estamentos sociais, quais sejam, a nobreza e o clero⁷⁸.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª ed. rev. e atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 49.

A Revolução Gloriosa de 1688, por sua vez, também teve estima ímpar nessa trajetória cursada pelos direitos fundamentais até o cerne das Constituições contemporâneas. Após o desfecho daquela revolução, foram proclamadas algumas declarações de direitos inglesas, tais como a *Petition of Rights*, de 1628 e o *Bill of Rights*, as quais conferiram, expressamente, direitos e liberdades aos cidadãos da Inglaterra. Entretanto, tal qual a Carta de 1215, esses diplomas não podem ser considerados o intróito da inserção dos direitos em questão no corpo constitucional, na medida em que eram direitos cuja proteção vinculava apenas o poder monárquico, mas não, ainda, o Parlamento⁷⁹.

A despeito da importância desses textos, o processo de incorporação dos direitos fundamentais foi afinal iniciado no fim século XVIII, mais especificamente no momento em que foram incluídos na Declaração do Povo da Virgínia, de 1776, e na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789⁸⁰.

Note-se que essas primeiras Constituições escritas demonstraram uma nítida preocupação em garantir alguns direitos de defesa e estabelecer limitações à atuação do poder estatal, a fim de que a autonomia individual fosse resguardada em face do exercício desse poder. Enfatizando, mormente, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade, os direitos fundamentais expressavam, em sua concepção original, um comando de abstenção para o poder político, uma mera obrigação de não fazer. Complementado, em seguida, pelos direitos políticos – de votar e ser votado –, esse conjunto de direitos foi responsável por compor a primeira geração de direitos fundamentais⁸¹.

Posteriormente, no decorrer do século XIX, o mundo presenciou a ocorrência de substanciais transformações no coração da sociedade, especialmente no que tange à percepção de novas necessidades por parte dos cidadãos. Em decorrência da Revolução Industrial e das doutrinas

⁷⁹ Ibid. p. 50-51.

⁸⁰ Ibid. p. 51.

⁸¹ Ibid. p. 54-56.

socialistas, foi possível perceber que a liberdade e a igualdade formal não se demonstravam requisitos suficientes ao pleno exercício da autonomia privada. Descobriu-se, pois, ser indispensável a verificação de determinadas condições sociais mínimas para que o indivíduo, de fato, fosse capaz de praticar livremente os atos da vida civil⁸².

Este cenário então desenhado culminou em inúmeros movimentos reivindicatórios em prol de direitos econômicos, sociais e culturais, os quais, visando principalmente à redução da ampla desigualdade material existente na sociedade, evocavam do Estado condutas substancialmente distintas daquela simples “atuação negativa” antes exigida.

Através dessa nova forma de atuação pró-ativa do Estado em relação aos seus cidadãos, ao poder público passou a competir a garantia de condições sociais mínimas, que objetivariam a igualdade real, a dignidade humana e, em última instância, a justiça social. Essa segunda geração de direitos, na qual são freqüentemente incluídos os direitos trabalhistas, de liberdade sindical, de greve e outros, “não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, mas sim de liberdade por intermédio do Estado”⁸³.

Por fim, adveio uma terceira geração de direitos proclamando direitos fundamentais cuja titularidade se desprende do indivíduo e passa a tutelar grupos humanos. São, portanto, direitos coletivos ou difusos, usualmente denominados direitos de solidariedade ou fraternidade, tendo como principais exemplos os direitos à paz, ao meio ambiente e ao patrimônio cultural e histórico^{84 e 85}.

⁸² Ibid. p. 56.

⁸³ Ibid. p. 57.

⁸⁴ Ibid. p. 58.

⁸⁵ Para além das três proclamadas gerações dos direitos fundamentais, há quem defenda a existência de uma quarta geração. Paulo Bonavides, nessa perspectiva, afirma que “são direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência” (Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 571-572).

Pode-se, pois, observar que os direitos fundamentais conheceram uma progressiva e cumulativa evolução a partir do final do século XVIII. No entanto, reconhece-se que esse desenvolvimento não se restringiu apenas à ampliação do seu rol e ao descobrimento de novas gerações, passando a abranger um número cada vez maior de direitos subjetivos. Concomitantemente, há que se atentar para uma importantíssima transformação atinente à função exercida pelos direitos fundamentais no ordenamento jurídico.

Mormente após o fim da Segunda Grande Guerra, os registros históricos enunciam com certa clareza a capacidade que o ser humano detém de varrer da face da terra a sua própria existência⁸⁶ e de cometer barbaridades anteriormente inimagináveis. Através desse contexto, foi reconhecida a necessidade de estabelecer-se expressamente nas Constituições uma ordem de valores e objetivos básicos a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade, a fim de que não mais ocorressem atrocidades humanitárias tais quais foram apresentadas naquele período.

Sob esse imperativo, à perspectiva subjetiva proveniente de uma concepção liberal, através da qual os direitos fundamentais tinham apenas a função de identificar pretensões exigíveis do Estado pelo indivíduo, foi reunida uma nova dimensão, uma *dimensão objetiva*, a qual os transformou em pedestais do ordenamento jurídico, em reais princípios compartilhados pelas sociedades contemporâneas e incorporados pelos textos constitucionais⁸⁷.

A doutrina mais autorizada traz algumas conseqüências ao descobrimento dessa nova dimensão pelo constitucionalismo contemporâneo, dentre as quais é destacada claramente a eficácia irradiante conferida aos direitos fundamentais. Significa dizer que, ao consagrá-los

⁸⁶ AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito Entre Poderes*. in. TORRES, Ricardo Lobo (organizador). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 99.

⁸⁷ SARMENTO, Daniel. *A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 64-65.

como valores nucleares de uma ordem jurídica vigente, eles assumem a condição de princípios centrais do todo ordenamento jurídico, fornecendo diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional⁸⁸. Através dessa irradiação de efeitos, reclamar-se-ia por uma releitura do Direito pátrio sob as lentes de um ideal de valorização da pessoa humana e de sua dignidade⁸⁹.

Nada obstante, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais não se exaure na condução do trabalho hermenêutico. Na medida em que passam a figurar como “eixo gravitacional”⁹⁰ do direito positivo, exige-se que os legisladores e a administração pública condicionem a sua atividade à garantia desses valores de proteção do ser humano. Não basta que o Estado não os viole, mas, principalmente, é necessário que sejam adotadas medidas que resguarдем e confirmem a máxima efetividade possível a esses direitos⁹¹.

Note-se que a atribuição de uma dupla dimensão aos direitos fundamentais fez ampliar significativamente a relevância do papel por eles exercido no atual contexto jurídico. Embora, à primeira vista, essa nova forma de compreendê-los possa sugerir um enfraquecimento de sua dimensão subjetiva, pôde-se sentir que, inversamente, a sua dimensão objetiva logrou êxito em valorizá-la, visto que eventual defesa de interesses aparentemente adstritos ao indivíduo protegeria, na realidade, um valor consagrado por toda a sociedade. Enquanto antes os direitos fundamentais eram vistos apenas como simples fontes de direitos subjetivos, a partir desse momento, tornaram-se os valores objetivos básicos da ordenação da vida social⁹². Nesse sentido, a dimensão objetiva não representaria um desprezo à dimensão subjetiva, mas, ao contrário, um reforço a ela.

Nessa perspectiva, a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet ensina:

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 173-174.

⁸⁹ SARMENTO, Daniel. *A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 80.

⁹⁰ Ibid. p. 81.

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 267.

⁹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed.. Coimbra: Almedina, 1987. p. 144-145.

“A faceta objetiva dos direitos fundamentais, que ora é objeto de sumária análise, significa, isto sim, que às normas que prevêm direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no recolhimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais. É por isso que a doutrina costuma apontar para a perspectiva objetiva como representando também – naqueles aspectos que se agregam às funções tradicionalmente reconhecidas aos direitos fundamentais – uma espécie de mais-valia jurídica, no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais”.⁹³

Em que pese essa agregação de valor à dimensão subjetiva, ao atribuir-lhes o *status* de princípios básicos da ordem jurídico-constitucional a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe que estes sejam compreendidos como bens inseridos em um ordenamento permeado de interesses igualmente relevantes, e não mais sob uma perspectiva puramente individualista⁹⁴. Nesse diapasão, essa nova concepção liga-se à “idéia de que os direitos fundamentais devem ser exercidos no âmbito da vida societária, e que a liberdade a que eles aspiram não é anárquica, mas social”⁹⁵. Desse modo, os direitos fundamentais devem ser compreendidos de forma a que possam se harmonizar com os direitos dos demais membros da sociedade e com outros bens igualmente por esta estimados⁹⁶.

Nesse diapasão, percebe-se que a dimensão objetiva não apenas promove a negação do caráter absoluto e incondicional dos direitos fundamentais, justificando a imposição de restrições em prol de interesses da comunidade e de outros indivíduos, mas contribui, também, para a definição do conteúdo que a eles deve ser conferido. Assim, é razoável afirmar que a dimensão objetiva consiste, na realidade, em uma dimensão valorativa dos direitos fundamentais, na medida em que o alcance da sua validade jurídica apenas é conhecido a partir de uma perspectiva comunitária⁹⁷.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 169.

⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 266.

⁹⁵ SARMENTO, Daniel. *A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 66.

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 266.

⁹⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 146-147.

Novamente o papel do intérprete revela-se de grande importância na definição do Direito aplicável. Visto que o texto constitucional é rico em enunciados que proclamam direitos atrelados à pessoa humana, cumpre ao hermenêuta determinar a extensão e o contorno que a esses importantes princípios devem ser conferidos nas situações concretas.

E mais! Como já dito anteriormente, a ciência jurídica, por diversas vezes, se deparará com situações nas quais haverá colisão entre interesses de equivalente valor, seja entre dois direitos fundamentais, seja entre direitos fundamentais e outros bens também estimados pela sociedade. Nesses casos, ainda mais, caberá ao intérprete constitucional a criação de justificativas razoáveis e proporcionais a fim de conceber a norma que regulará cada hipótese.

Para a resolução de tais conflitos entre diferentes bens tutelados pelo ordenamento jurídico, é necessária a criação de novas técnicas de interpretação a serem utilizadas pelo hermenêuta, a fim de que possibilite, de forma racional e coerente, a difícil tarefa da aplicação e de interpretação dos enunciados constitucionais.

1.4. A Nova Hermenêutica Constitucional

1.4.1. O Novo Papel do Intérprete Contemporâneo

Em meio a tantas transformações ocorridas a partir do surgimento do constitucionalismo contemporâneo, pode-se identificar, em razão da retomada dos ideais de justiça pelo Direito, um fenômeno jurídico em curso caracterizado pela ampliação do espaço concedido ao intérprete na aplicação da Constituição⁹⁸.

Visando ao emprego tecnicamente correto de alguns termos, mister se faz a distinção entre ‘enunciado normativo’ e ‘norma’. De forma geral,

⁹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos Para a Ponderação Constitucional*. Op. cit., p. 50.

enunciado normativo refere-se ao conjunto de símbolos gramaticais que compõem o dispositivo legal ou constitucional⁹⁹. É, portanto, uma proposição normativa meramente geral e abstrata. Por sua vez, a norma jurídica corresponde ao produto de uma etapa posterior, através da qual é atribuído um sentido ao texto da norma. É, em outras palavras, o comando ou a solução alcançada pelo hermeneuta a partir da interpretação de um ou mais enunciados normativos¹⁰⁰.

Desse modo, nos termos da doutrina lecionada pelo ministro Eros Roberto Grau,

“O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo.

(...)

Partindo do texto da norma (e dos fatos), alcançamos a norma jurídica, para então caminharmos até a norma de decisão, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do direito”.¹⁰¹

Note-se que, à medida que à atividade interpretativa se atribui a função de descobrir o sentido prático e apropriado do texto normativo¹⁰² e que a produção do resultado ‘norma’ mostra-se imprescindível dos métodos hermenêuticos, mune-se o intérprete de um papel de grande importância na construção da norma jurídica¹⁰³.

Durante o período já referido como juspositivismo, concebia-se a Constituição como um sistema jurídico fechado, completo e impassível de contradições. Nesse contexto, ao aplicador do Direito era delegada apenas a

⁹⁹ Ibid. p. 63.

¹⁰⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Op. cit., p. 104.

¹⁰¹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 27-29.

¹⁰² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 18ª ed.. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. p. 10.

¹⁰³ Por outro lado, não obstante a sua importância dessa delegação de poderes ao intérprete, ela pode revelar-se um tanto quanto excessiva. Uma vez que a ele caberia a construção da norma jurídica em cada caso concreto, poderia valer-se facilmente dessa prerrogativa para atuar de acordo com a sua conveniência em cada situação. Desse modo, visando particularmente à legitimação e ao controle das decisões judiciais, foi construída toda uma “teoria da argumentação”, cuja importância tem crescido exponencialmente a partir do final do século passado, acompanhando, em especial, a evolução da filosofia do direito e o processo de aquisição de força normativa pelos princípios constitucionais.

restrita tarefa da subsunção, cuja técnica pode ser sinteticamente descrita da seguinte maneira: sobre a premissa maior (enunciado normativo) incidia a premissa menor (fatos), obtendo-se o resultado (norma jurídica)¹⁰⁴.

Ocorre que, com o advento do constitucionalismo contemporâneo, as Constituições modernas passaram a estabelecer-se basicamente – nas palavras do jurista Luís Roberto Barroso – sob a configuração de um “sistema aberto de princípio e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos”¹⁰⁵. Através desse novo modelo e em contraposição ao sistema fechado típico do modelo racionalista-positivista, foi idealizada uma estrutura constitucional suficientemente apta a acomodar todo um rol de ideologias decorrentes de uma sociedade plural¹⁰⁶.

Ademais, em razão da quantidade quase ilimitada de valores presentes no âmago da Constituição, torna-se absolutamente natural que, por vezes, esses interesses revelem-se antagônicos e venham a colidir¹⁰⁷. Nessas situações, pois, passa a ser imprescindível que seja encontrada uma forma adequada e harmônica de interpretá-los, tarefa essa que foi incumbida ao intérprete e aplicador do Direito.

Nesse diapasão, citam-se os ensinamentos do professor Daniel Sarmento:

“O epicentro da idéia de constituição aberta é o pluralismo. A Lei Fundamental deve ser dotada de elasticidade material suficiente para abrigar sob o seu manto ideologias e cosmovisões diferentes, sem optar de modo definitivo por nenhuma delas. O constituinte não deve engessar a sociedade, mas antes fomentar o embate entre idéias e projetos divergentes, convertendo-se com isso em agente catalizador do ideal democrático e pluralista.
(...)”

¹⁰⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos Para a Ponderação Constitucional*. Op. cit., p. 55.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Op. cit., p. 328.

¹⁰⁶ CUNHA, José Ricardo. Op. cit., p. 23.

¹⁰⁷ Por conseguinte, o conflito entre princípios em um sistema aberto não constitui – nas palavras de Teresa Negreiros – “um mal a ser eliminado a todo o custo”, mas, de maneira oposta, apresenta-se como consequência inerente a uma Lei Fundamental proveniente de diferentes concepções de ‘bem’ e de ‘justiça’ (Cf. NEGREIROS, Teresa. *A Dicotomia Público-Privado Frente ao Problema da Colisão de Princípios*. in. TORRES, Ricardo Lobo (organizador). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 359).

Na Constituição aberta, a interpretação constitucional torna-se plástica o bastante para permitir a acomodação harmônica dos valores divergentes plasmados na Lei Maior.”¹⁰⁸

Em suma, é razoável afirmar que, em razão da aquisição de alto grau de normatividade jurídica pelos princípios constitucionais e da incorporação pela Lei Maior de uma significativa quantidade de preceitos axiológicos e abstratos, que, inclusive, freqüentemente se colocam em frontal oposição, o intérprete assumiu uma posição de inegável destaque na produção da norma jurídica, que em outrora jamais havia experimentado, uma vez que passa a dele depender a definição do sentido e do alcance dos enunciados em questão.

1.4.2. A Técnica da Ponderação de Interesses

Diante do novo contexto acima exposto, restou ao intérprete perquirir novas formas admissíveis de interpretação da Constituição. Como primeira e óbvia tentativa, foram colocados à prova os elementos e os critérios fornecidos pela ‘Velha Hermenêutica’¹⁰⁹.

Primeiramente, pôde ser percebida a pouca utilidade dos cânones tradicionais de interpretação¹¹⁰. Enquanto os métodos gramatical, histórico e lógico enfrentavam problemas na medida em que os textos normativos em conflito apresentavam vocábulos, procedências e alcances que apontavam para direções diametralmente opostas, os elementos sistemático e

¹⁰⁸ SARMENTO, Daniel. *Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens*. in. TORRES, Ricardo Lobo (organizador). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 65-66.

¹⁰⁹ A utilização da expressão “velha hermenêutica” por clássicos doutrinadores de renome indiscutível, como, *e. g.*, Paulo Bonavides, tem o objetivo de contrapô-la às técnicas e princípios da chamada “Nova Hermenêutica Constitucional”, os quais serão apresentados logo a seguir no desenvolver deste trabalho (Cf. BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 592-598).

¹¹⁰ Para um estudo aprofundado sobre o ‘método jurídico’, através do qual são utilizados os elementos clássicos de interpretação, indica-se o livro de Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, *op. cit.*.

teleológico revelavam-se igualmente imprestáveis, uma vez que o mesmo sistema continha valores e objetivos diversos a serem perseguidos¹¹¹.

O mesmo se verificou quanto às técnicas de solução de antinomias, cujo objetivo principal é estabelecer, entre dois enunciados, qual prevalecerá. O critério cronológico, desde logo, configurava-se pouco aplicável. Visto que os enunciados da Lei Fundamental foram editados em um único momento, com exceção da hipótese de edição de emendas constitucionais¹¹², não havia aspectos temporais que justificassem a aplicação do presente parâmetro.

Por sua vez, o critério hierárquico também não encontrava muitas situações nas quais poderia incidir, uma vez que, em razão do princípio da unidade da Constituição¹¹³, todos os dispositivos constitucionais gozam de mesma hierarquia¹¹⁴. Desse modo, não havendo qualquer superioridade hierárquica entre os diferentes enunciados constitucionais, seja entre princípios, entre princípios e regras ou entre quaisquer outros extraíveis do Texto Maior, esse critério revelava-se, também, de reduzida valia¹¹⁵.

Por derradeiro, quanto ao método da especialidade, considerando que a sua aplicação ocorre apenas “quando o âmbito de validade de uma das normas está compreendido no interior do âmbito de validade da outra”¹¹⁶ e que essa hipótese é pouco recorrente quando objeto é a tensão de enunciados constitucionais, este último critério se mostrava, da mesma forma, insuficiente.

Note-se, pois, que, quando se está diante de um conflito entre princípios, a utilização dessas técnicas tradicionais de solução de

¹¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Op. cit., p. 35.

¹¹² SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Op. cit., p. 30.

¹¹³ A respeito desse relevante princípio de interpretação, em razão do raciocínio pretendido ao presente trabalho, não iremos nos aprofundar neste momento. Entretanto, logo adiante tratar-se-á dele com a devida importância.

¹¹⁴ A única exceção existente é a específica hipótese de emendas constitucionais que venham a violar cláusula pétrea, situação na qual a emenda deverá ser declarada inconstitucional (Cf. SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Op. cit., p. 30).

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Op. cit., p. 329-330.

¹¹⁶ SARMENTO, Daniel. *Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens*. Op. cit., p. 42.

antinomias é significativamente restrita. E nem poderia ser diferente, visto que “enquanto as regras são aplicadas na plenitude da sua força normativa – ou, então, são violadas –, os princípios são ponderados”¹¹⁷, sem jamais serem totalmente sacrificados os enunciados em conflito.

Assim, percebendo-se que à hermenêutica tradicional não restavam quaisquer importantes aplicações em sede constitucional¹¹⁸, foram desenvolvidos novos princípios e técnicas de interpretação, cujo conjunto foi responsável pela criação de uma ‘Nova Hermenêutica Constitucional’¹¹⁹.

É importante frisar, também neste ponto, a importância dos trabalhos de Ronald Dworkin e Robert Alexy para a Nova Hermenêutica. Ocorre que, em virtude de suas conclusões a respeito da diferenciação entre as espécies normativas ‘princípios’ e ‘regras’ (v. item 1.2 supra), foi estabelecida a primeira técnica para a solução de embates entre princípios: a *ponderação*.

Inicialmente, esse método foi desenvolvido como uma forma de determinar, a partir do caso concreto, a relação de precedência entre os valores em questão. Ou seja, através da aferição do peso de cada um na hipótese *in concreto*, decidir-se-ia qual princípio deveria prevalecer. É o que se extrai da obra clássica de Robert Alexy, *in verbis*:

“Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según um principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Op. cit., p. 330.

¹¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Op. cit., p. 117.

¹¹⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 592.

(...)

(...) La solución consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.

El concepto de relación de precedencia condicionada que se acaba de utilizar tiene importancia fundamental para la comprensión de la colisión de principios y, con ellos, para la teoría de los principios”.¹²⁰

Portanto, pode-se dizer que a ponderação foi arquitetada originalmente um tanto quanto imperfeita, porquanto o seu resultado sempre acarretaria a preeminência de um bem constitucional sobre o outro. Por esse motivo, como alternativa à técnica ponderativa, cunhou-se um segundo instrumento, a *concordância prática*¹²¹.

Esse novo procedimento interpretativo, fundamentado principalmente no princípio da unidade da constituição, tinha como objetivo principal a otimização dos interesses antinômicos através de mútuas concessões, sem privar nenhum deles de seu conteúdo essencial.

Segundo o precursor dessa técnica, J. J. Gomes Canotilho,

“Reduzido ao seu núcleo, o **princípio da concordância prática** impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (...) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens”.¹²²

De fato, o princípio da concordância prática trouxe valorosas contribuições à Nova Hermenêutica Constitucional, a ponto de a prática

¹²⁰ ALEXYY, Robert. Op. cit., p. 89-92.

¹²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Op. cit., p. 83-84.

¹²² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 1225.

contemporânea dos Tribunais Constitucionais vir a incorporá-la à ponderação¹²³.

Nada obstante quaisquer controvérsias existentes no passado, a denominada técnica da *ponderação de interesses* obteve êxito em finalmente firmar-se como o instrumento através do qual são resolvidas as tensões normativas provenientes de interesses, bens ou valores constitucionais quando a aplicação das fórmulas tradicionais de interpretação revelar-se insuficiente.

Nesse sentido, buscando esboçar um conceito do referido método, Ana Paula de Barcellos assinalou:

“Ponderação (também chamada, por influência da doutrina norte-americana, de *balancing*) será entendida neste estudo como a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”.¹²⁴

Esse processo, que encontra amplo respaldo na doutrina¹²⁵ e na prática jurisprudencial¹²⁶ e cujo objetivo principal é tornar possível a convivência de premissas igualmente válidas e de mesma hierarquia sem a negação de nenhuma delas¹²⁷, pode ser decomposto em três etapas.

¹²³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Op. cit., p. 84.

¹²⁴ Ibid. p. 23.

¹²⁵ Percebe-se de forma clara na doutrina que a técnica da ponderação de interesses consiste no único método até hoje desenvolvido que solucione de forma satisfatória conflitos normativos envolvendo princípios. Entretanto, em que pese a sua ampla aceitação e utilização, não é impassível de críticas. O subjetivismo exacerbado, o aumento do arbítrio do intérprete, a insegurança jurídica e, principalmente, a inexistência de critérios materiais claros e confiáveis são apenas algumas das censuras sofridas por essa técnica de hermenêutica, as quais, deve-se reconhecer, procedem em boa parte. (Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Op. cit., em especial, p. 50-53).

¹²⁶ Como exemplo, veja-se o REsp 240.712, em cuja inicial a Fazenda Pública Paulista, como causa de pedir, alegou ter celebrado acordo de parcelamento de indenização por desapropriação indireta referente a um terreno que, posteriormente, veio a descobrir que já pertencia a ela. Assim, requerendo a nulidade da convenção e a repetição das parcelas já efetuadas, a 1ª Turma do STJ, por maioria, decidiu, através do uso da técnica de ponderação, pela sobreposição dos princípios da moralidade pública e da proporcionalidade ao princípio da segurança jurídica e da coisa julgada, dando ganho de causa ao Estado de São Paulo (Cf. STJ. REsp 240.712/SP. Relator: Min. José Delgado. DJ 15/02/00. Disponível em: “<http://www.stj.jus.br>”. Acesso em 25 de maio de 2009).

¹²⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos Para a Ponderação Constitucional*. Op. cit., p. 55.

A primeira etapa consiste em descobrir quais são os enunciados normativos sob tensão¹²⁸ e verificar se eles, de fato, são conflitantes no caso concreto¹²⁹. Não é incomum, como assevera Daniel Sarmiento, a “constatação de que não se está presente diante (sic) de uma verdadeira tensão principiológica”¹³⁰, situação na qual a ponderação desde logo encontrará o seu desfecho.

Ressalte-se que a investigação dos textos em conflito muitas vezes não se afigura simples e automática. É imprescindível que sejam encontrados todos os bens tutelados constitucionalmente cuja incidência sobre a hipótese em questão tenha algum relevo, sob pena de serem mensuradas equivocadamente as peculiaridades do caso.

Durante a segunda fase, por sua vez, ao intérprete serão incumbidas as funções de descobrir as circunstâncias de fato pertinentes à valoração *in concreto* e de refletir, na medida do possível, sobre todas as alternativas de solução admissíveis à hipótese, especificamente através da análise conjunta daquelas circunstâncias com os enunciados normativos descobertos na fase anterior.

Ocorre que essa fase configura-se, também, um momento de risco para o intérprete, sendo sensato que seja redobrada a sua atenção. Da mesma forma que é necessário o esclarecimento de todos os textos constitucionais incidentes sobre o caso (primeira etapa da ponderação), nenhuma particularidade fática pode passar despercebido pelos olhos do aplicador do Direito, pois, se for esquecido algum dado ou informação

¹²⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Op. cit., p. 92.

¹²⁹ Neste ponto, é importante frisar que não são as normas constitucionais que se encontram em conflito, mas, sim, os textos constitucionais. Isso decorre pela simples razão de que as normas constitucionais são descobertas posteriormente através do resultado da ponderação, ou seja, através da interpretação harmônica de todos os enunciados envolvidos no caso concreto (Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Op. cit., p. 107).

¹³⁰ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Op. cit., p. 102.

importante, a solução do processo ponderativo poderá mudar de maneira significativa¹³¹.

Restando determinados e exauridos todos os subsídios normativos e circunstanciais relevantes à resolução do conflito entre os princípios em questão, finalmente a ponderação encontra o seu clímax.

A terceira e última etapa consiste no momento em que finalmente serão atribuídos os pesos específicos a cada um dos diferentes interesses em tensão. Independente da decisão final – pela conciliação plena ou pela primazia de um enunciado sobre o outro –, é alcançado o instante específico da construção da norma jurídica que regulará o caso¹³², dando termo à ponderação.

A ponderação de interesses, como se pode constatar, é um procedimento meramente formal no qual não há qualquer indicação de critérios materiais que oriente o intérprete. Nas palavras de Humberto Ávila,

“A *ponderação de bens* consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses. Para este trabalho é importante registrar que a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil para a aplicação do Direito. É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios. Isso fica evidente quando se verifica que os estudos sobre a ponderação invariavelmente procuram estruturar a ponderação com os postulados de razoabilidade e de proporcionalidade e direcionar a ponderação mediante utilização dos princípios constitucionais fundamentais”.¹³³

Em razão dessa nova problemática, a doutrina tem dedicado grande esforço à construção de parâmetros materiais a fim de encaminhar o processo da ponderação. Dentre os atualmente sublinhados, pode-se enxergar em destaque três diferentes princípios de interpretação¹³⁴.

¹³¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Op. cit., p. 116.

¹³² Ibid. p. 123-124.

¹³³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 4ª ed. rev.. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 94.

¹³⁴ O estabelecimento desses novos parâmetros hermenêuticos ocorreu em razão da constatação de que os métodos clássicos anteriormente citados mostraram-se impotentes quando o seu objeto é a

O primeiro postulado considerado fundamental vem a ser o *princípio da unidade da Constituição*. Assentando-se principalmente sobre a premissa de que a Lei Fundamental é um organismo unitário e sistemático, esse princípio traz como importante implicação à hermenêutica a presunção de que as antinomias eventualmente percebidas configurar-se-ão meramente aparentes¹³⁵. Por conseqüência, em caso de tensão entre diferentes interesses constitucionais, torna-se imprescindível ao intérprete enxergar uma maneira de conciliá-los equilibradamente para que, assim, seja garantida a “coerência narrativa”¹³⁶ do Texto Maior.

Importante ressaltar, ainda, que desse primeiro princípio decorre o já referido ‘princípio da concordância prática’¹³⁷, através do qual se deve perquirir, na hipótese de não ser viável a harmonização plena, uma norma que implique em menores restrições aos enunciados conflitantes¹³⁸. Sempre que possível, pois, o resultado da ponderação deverá representar uma solução de maximização dos textos em questão¹³⁹.

A respeito do tema, o mestre Luís Roberto Barroso observa:

Constituição. Sem embargo, esses princípios importantes ao processo da ponderação não tem a pretensão de exaurir o rol de princípios úteis à interpretação da Constituição. Almeja-se, de outra forma, apenas à seleção daqueles que, de fato, configuram-se materialmente pertinentes à técnica em questão, com fundamento principal nos estudos sobre ponderação realizados por Ana Paula de Barcellos (*Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Op. cit.) e Daniel Sarmento (*A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Op. cit.). Para análise ampla e completa do rol de princípios de interpretação constitucional, recomenda-se a leitura da obra *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Op. cit., de Luís Roberto Barroso.

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Op. cit., p. 212.

¹³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 1183-1184.

¹³⁷ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 425.

¹³⁸ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Op. cit., p. 29.

¹³⁹ Reconhecendo a existência de casos nos quais seja impossível a harmonização, Ana Paula de Barcellos assinala: “é necessário reconhecer que haverá hipóteses em que, depois de percorridas as etapas anteriores da ponderação, simplesmente não será possível obter qualquer harmonização dos elementos em disputa: um afastará totalmente o outro e será preciso escolher entre eles. A não incidência em nenhuma medida de um enunciado válido e pertinente em determinado caso, não afastado por qualquer das exceções admitidas pela ordem jurídica, constitui uma quebra de sistema e deve, tanto quanto possível, ser evitada. De toda sorte, quando se tratar de um resultado inevitável, o processo de ponderação continuará a ser uma ferramenta importante de ordenação e fundamentação da escolha entre as soluções propugnadas pelos enunciados conflitantes”. (BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Op. cit., p. 138-139.)

“as normas constitucionais, frutos de uma vontade unitária e geradas simultaneamente, não podem jamais estar em conflito no momento de sua concretização. Portanto, ao intérprete da Constituição só resta buscar a conciliação possível entre proposições aparentemente antagônicas, cuidando, todavia, de jamais anular integralmente uma em favor da outra.

(...)

O papel do princípio da unidade é o de reconhecer as contradições e tensões – reais ou imaginárias – que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas. Cabe-lhe, portanto, o papel de harmonização ou “otimização” das normas, na medida em que se tem de produzir um equilíbrio, sem jamais negar por completo a eficácia de qualquer delas”.¹⁴⁰

Ocorre que essa aspiração à otimização de ambos os princípios em embate depende especialmente de um segundo princípio, de importância imensurável à interpretação constitucional.

Nessa esteira, o *princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*¹⁴¹ configura-se como um instrumento através do qual a interpretação é implicitamente conduzida por ideais de justiça. Infelizmente, os critérios por ele estabelecidos não são suficientes para conferir objetividade ao trabalho do intérprete. A valoração mantém-se, ainda, em uma dimensão amplamente subjetiva, apenas podendo-se qualificar como razoável, sensato ou prudente o seu resultado¹⁴².

Inobstante, a esse princípio atribui-se uma função fundamental no controle de constitucionalidade dos atos dos poderes públicos¹⁴³, tanto do Executivo quanto do Legislativo. Por meio da verificação da proporcionalidade/razoabilidade é permitido ao aplicador do Direito

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Op. cit., p. 198-200.

¹⁴¹ Nada obstante a controvérsia quanto à diferenciação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, será adotado o raciocínio acatado pela doutrina majoritária, na qual se destaca o conceituado doutrinador carioca Luís Roberto Barroso. Todavia, merece menção o entendimento de Humberto Ávila, representante da corrente minoritária, que defende a inexistência de identidade entre os referidos princípios, na medida em que os seus conteúdos seriam diferenciáveis. Para este, o exame da proporcionalidade referir-se-ia à relação de causalidade entre o meio utilizado e o fim almejado, enquanto que o princípio da razoabilidade diria respeito estritamente à relação entre a norma obtida e o suporte fático sobre o qual aquela se fundamentou. Seria, pois, uma razoabilidade intrínseca à norma (Cf. ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 102-111).

¹⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Op. cit., p. 224.

¹⁴³ SARMENTO, Daniel. *Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens*. Op. cit., p. 57.

adentrar no mérito e analisar a relação entre a medida concreta e a sua finalidade¹⁴⁴.

Conforme a doutrina mais autorizada, há três exames inerentes à proporcionalidade. O primeiro deles, o da *adequação*, é aquele pelo qual se investiga se os meios empregados pelo poder público são capazes de realizar a finalidade que os deu causa¹⁴⁵.

Segundo os ensinamentos desenhados por Luís Roberto Barroso, essa primeira etapa subdivide-se, ainda, em outras duas. Primeiramente, a aferição da razoabilidade interna consistiria na percepção de uma relação de dependência entre seus motivos, meios e fins. Por sua vez, a razoabilidade externa referir-se-ia à particular adequação da medida pública com princípios e valores preconizados na Constituição¹⁴⁶.

Ultrapassada essa primeira etapa, a análise da *necessidade* (= *exigibilidade*), configura-se o segundo exame assinalado como necessário. Também denominada como “princípio da menor ingerência possível”¹⁴⁷, a verificação da necessidade tem como objetivo avaliar se os meios previstos pelo poder público para a persecução dos fins desejados são aqueles que produzem os menores prejuízos ao cidadão. Em outras palavras, significa aferir se há métodos alternativos àqueles que se revelem menos lesivos^{148 e}

¹⁴⁹.

Por fim, o exame da *proporcionalidade em sentido estrito*, como última etapa da inquirição a respeito da proporcionalidade do ato público, alude que as vantagens provenientes da medida estatal superem as suas desvantagens. É, de fato, a investigação da “relação custo-benefício da

¹⁴⁴ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 113.

¹⁴⁵ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Op. cit., p. 87.

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Op. cit., p. 226-227.

¹⁴⁷ Ibid. p. 228.

¹⁴⁸ SARMENTO, Daniel. *Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens*. Op. cit., p. 58.

¹⁴⁹ Humberto Ávila teve o cuidado metodológico de estabelecer dois momentos a serem investigados distintamente. O primeiro, chamado de ‘o exame da igualdade de adequação dos meios’, tem como objetivo constatar que ambos os meios são capazes de conduzir ao mesmo fim. Finalmente, dando seguimento, deve ser realizado ‘o exame do meio menos restritivo’, através do qual se conclui pela observância ou não dessa segunda etapa, qual seja, o exame da necessidade (Cf. ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 122).

norma avaliada”¹⁵⁰, ou seja, “a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”¹⁵¹.

O exame da proporcionalidade, pois, como se pode verificar, é absolutamente indispensável à conclusão do processo de ponderação, mais especificamente à sua terceira etapa (atribuição de pesos aos princípios constitucionais contrapostos). Ao intérprete se deparar com uma tensão entre princípios constitucionais e ser compelido à realização da ponderação de interesses, deverá impreterivelmente considerar, como parâmetro material à solução do caso, esses exames inerentes à proporcionalidade do ato. Nesse diapasão, é inequívoca a conclusão de que – nas palavras de Daniel Sarmiento – “ponderação e proporcionalidade pressupõem-se reciprocamente, representando duas faces de uma mesma moeda”¹⁵².

Enfim, o último parâmetro material referido pela doutrina como imperativo é o *princípio da proibição de excesso*¹⁵³. Primeiramente, é necessário compreender o conteúdo do referido princípio, e, para isso, impossível obter melhor explicação do que esta articulada pelo professor Humberto Ávila:

“Para compreender a distinção entre o postulado da proporcionalidade e o postulado da proibição de excesso é preciso verificar que o primeiro opera num âmbito *a partir do qual* o núcleo essencial do princípio fundamental restringido está preservado. Numa representação poderíamos imaginar um grande círculo representando os graus de intensidade da restrição de um princípio fundamental de liberdade, dentro do qual outros círculos concêntricos menores estão inseridos, até chegar ao círculo central menor cujo anel representa o núcleo inviolável. A finalidade pública poderia justificar uma restrição situada da coroa mais externa até aquela mais interna, dentro da qual é proibido adentrar. Pois bem. O postulado da proporcionalidade em sentido estrito opera entre o limite da coroa mais interna e o da coroa mais externa, e compara o grau de restrição da liberdade com o grau de promoção da finalidade pública, para permitir a declaração de invalidade uma

¹⁵⁰ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Op. cit., p. 87-89.

¹⁵¹ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 124.

¹⁵² SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Op. cit., p. 96.

¹⁵³ Esse princípio é considerado, por muitos, como *e.g.*, Ana Paula de Barcellos, como uma mera derivação do princípio da proporcionalidade. Outros, no entanto, como *e.g.*, Humberto Ávila, o vêem separadamente desse postulado. Embora não pretendamos no presente trabalho nos filiar a qualquer uma das duas correntes, utilizar-se-ão algumas explicações deste último autor em virtude apenas do conteúdo e da clareza de sua exposição. (Cf., respectivamente, BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos Para a Ponderação Constitucional*. Op. cit., p. 58; e ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 98).

medida que causa restrição *demais* para promoção *de menos*. Para efeitos didáticos, seria como afirmar que a promoção de uma finalidade pública equivalente ao grau 1 não justifica uma restrição a um princípio fundamental equivalente ao grau 4. A medida, nessa hipótese, seria desproporcional em sentido estrito. A proibição de excesso apenas indicaria, por suposição, que nenhuma restrição poderia equivaler ao grau 5, pois ele representaria o anel central não passível de invasão, independentemente da sua finalidade justificativa e do grau de intensidade da sua realização”.¹⁵⁴

Afere-se, assim, que, enquanto o exame da proporcionalidade visa apenas às análises da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, o princípio da proibição do excesso procura restringir ainda mais o espaço de atuação do intérprete, uma vez que, mesmo que seja proporcional, se o ato praticado pelo poder público limitar excessivamente um princípio fundamental, da mesma forma ele será considerado inconstitucional.

Procurando não entrar no presente momento neste tema¹⁵⁵, o parâmetro da proibição do excesso, quando analisado sob a ótica dos direitos fundamentais, freqüentemente é denominado “limites imanentes”¹⁵⁶ ou “limites do limites”¹⁵⁷, cuja importância está no fato de que nenhuma ponderação realizada, seja pela administração pública, seja pelo Poder Legislativo, poderá infringir o núcleo (ou conteúdo) essencial dos direitos fundamentais.

Note-se, pelo exposto, que a ponderação concebida inicialmente como método estritamente formal adquiriu importantes parâmetros materiais, os quais, de certa forma, lograram êxito em restringir a subjetividade do processo e a liberdade do intérprete constitucional. Destarte, na tentativa de sintetizá-los, pode-se dizer que, deparando-se com uma hipótese de tensão entre princípios constitucionais, o hermenêuta deve procurar, sempre que possível, a harmonização de ambos, sem o sacrifício

¹⁵⁴ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 100.

¹⁵⁵ O tema dos limites aos direitos fundamentais será tratado especificamente no sub-capítulo 2.4 do presente trabalho, razão pela qual não se deterá nele no presente momento.

¹⁵⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 215-219.

¹⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 314-315.

de nenhum deles (princípio da unidade da Constituição), por meio de uma solução que seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito (princípio da proporcionalidade) e desde que esta não viole o núcleo essencial dos princípios fundamentais (princípio da proibição do excesso).

2. Os Limites ao Poder de Reforma e os Direitos Fundamentais

2.1. Teoria do Poder Constituinte

O Poder Constituinte, considerado como aquele poder que cria a Constituição de um Estado¹⁵⁸, é uma construção não muito recente na história do Direito. Pode-se dizer que a sua origem foi estabelecida em 1215, quando o Rei João Sem Terra assinou a Carta Magna inglesa, obrigando-se a obedecê-la e aceitando as limitações a ele impostas¹⁵⁹.

A partir deste marco, pois, é plausível afirmar que o Poder Constituinte passou a existir como técnica específica de limitação do poder político em variados povos da História. Entretanto, até certo momento, restringia-se a sua titularidade a específicos estamentos da sociedade, a um pequeno grupo de pessoas influentes (nobreza), cujos interesses alcançaram proteção por meio de um “acordo” realizado com o monarca. “Tratava-se, portanto, de Constituição que não veiculava vontade de instituir determinado governo, mas que retratava o equilíbrio obtido entre as forças atuantes na sociedade”¹⁶⁰.

Ocorre que os referidos pactos, denominados academicamente de “Constituições dos Antigos”¹⁶¹, perduraram por vários séculos. Foi necessário o advento das revoluções do final do século XVIII a fim de que fossem elaboradas novas e importantes proposições, em especial, concernentes à ciência do Direito. Em meio às diferentes correntes do

¹⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Poder Constituinte Derivado, Segurança Jurídica e Coisa Julgada* (sentido das locuções *juros legais* e *valor real* na EC nº 30/2000). in. BARROSO, Luís Roberto (organizador). *Temas de Direito Constitucional. Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 405.

¹⁵⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 22ª ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 197-198.

¹⁶⁰ BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 61.

¹⁶¹ Essa expressão é utilizada por Rodrigo Brandão para diferenciar as “Constituições dos Antigos” das “Constituição dos Modernos”. Nessa perspectiva, estas referir-se-iam às Constituições advindas depois do século XVIII, cujo objetivo principal consistia na proteção do cidadão, e não mais de específicos grupos da sociedade, como ocorria nas promulgadas antes do referido século (Cf. BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 60-64).

pensamento jurídico aferíveis nesse período, é possível assinalar a idealização de uma distinta teoria surgida no campo do Direito Constitucional e influente até os dias atuais: a Teoria do Poder Constituinte.

Ao contrário do Poder Constituinte, cuja existência pode ser mais ou menos verificada em qualquer sociedade política a partir do século XIII, os elementos necessários à sua teorização apenas foram reunidos nesse específico momento da História¹⁶². Derivada do movimento racionalista dos pensadores franceses, ela apresentou-se como uma teoria cujo objetivo principal residia na solução do problema da legitimidade do poder político, atribuindo ao povo, enquanto conjunto de cidadãos, a sua titularidade¹⁶³.

Nesse contexto, discernem-se três tendências da época que, conjuntamente, tiveram grande relevância à formulação da teoria em questão. Em primeiro lugar, após longo período de subjugação do ser humano, as Revoluções Francesa e Americana finalmente atribuíram ao ‘homem’ o *status* de bem supremo a ser tutelado pelo Estado, mormente no tocante à valorização da igualdade e da liberdade individuais. Para a persecução de tal finalidade, tornou-se indispensável o estabelecimento de regras e limites à ação do poder público, o que apenas foi possível em virtude de uma confiança significativa na razão humana, visto que, através desta, tornou-se crível a possibilidade de ser cunhado um documento no qual essas limitações estariam claramente especificadas¹⁶⁴.

Com efeito, as primeiras Constituições escritas, em particular a da Virgínia, de 1776, a dos Estados Unidos da América, em 1787, e a francesa, de 1789, vieram, pois, ao encontro desses novos ideais jusfilosóficos. Conservadas as suas peculiaridades, esses recém-promulgados documentos de organização social instituíram como valores fundamentais da sociedade a autonomia e a capacidade de autodeterminação individuais, estabelecendo, por conseguinte, uma ampla limitação aos poderes do Estado¹⁶⁵.

¹⁶² BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 142.

¹⁶³ Ibid. p. 143.

¹⁶⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 198.

¹⁶⁵ Ibid. p. 198-199.

Outrossim, munidos da crença quase absoluta na habilidade da razão e da necessidade de ser cunhado um governo estranho a qualquer forma de autoritarismo, os autores dessas primeiras “Constituições dos Modernos” ansiavam por uma forma de “governo do povo, pelo povo e para o povo”¹⁶⁶, por uma Lei Fundamental que verdadeiramente traduzisse a vontade geral de seus cidadãos e que não mais consistisse em uma forma de garantia de determinados seguimentos sociais em detrimento de outros, mas, sim, de proteção do indivíduo enquanto ser humano dotado de razão. Visando a esse fim específico, a Teoria do Poder Constituinte arquitetou uma importante contribuição à ciência jurídica, cuja influência persiste até dias atuais: a diferenciação entre Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado.

Nessa perspectiva, o Poder Constituinte Originário (= primário ou de primeiro grau) consistia naquele poder – emanado do povo – que efetivamente cria e organiza o Estado e estabelece as funções e os limites dos poderes constituídos. Importaria, pois, em um poder soberano e desvinculado de quaisquer normas pré-existentes, no sentido de que seria capaz de eleger livremente a forma como conduziria o destino do povo e da sociedade¹⁶⁷.

Na esteira desse entendimento, a doutrina em questão passou a qualificar o Poder Constituinte Originário como um poder *inicial, incondicionado e ilimitado*. É, primeiramente, um poder inicial, na medida em que se origina a partir de uma revolução^{168 e 169} criadora da organização e do ordenamento jurídico estatais. Não há, portanto, lei ou regramento

¹⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 73.

¹⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocência Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 197.

¹⁶⁸ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4ª ed. rev. e atual.. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 27-28.

¹⁶⁹ O termo “revolução” aqui utilizado não tem como conteúdo intrínseco e necessário o estabelecimento de uma revolta social, tampouco de uma guerra civil ou de um golpe de Estado. Ao contrário, faz-se referência a uma revolução estritamente política, através da qual há a ruptura da ordem jurídica anteriormente vigente.

algum que preceda à sua existência ou que justifique o seu exercício. Se assim não for, não poderá ser considerado originário.

Visto que não há normas jurídicas que lhe sejam anteriores, o Poder Constituinte Primário não encontra condições no que tange à forma de sua manifestação. O povo é absolutamente livre para escolher a maneira como irá estabelecer o processo de elaboração da nova Constituição. Assim sendo, embora recorrentemente seja estabelecida uma Assembléia Constituinte¹⁷⁰ formada de representantes extraordinários do povo, o Constituinte de Primeiro Grau não está condicionado à observância de quaisquer condições formais ou procedimentais¹⁷¹.

Por fim, esse poder caracteriza-se também por ser ilimitado. Significa dizer que inexistem fronteiras que não possam ser ultrapassadas ou regras que devam ser necessariamente observadas e reproduzidas no Texto Constitucional. É, portanto, também uma consequência da sua inicialidade, visto que, se não há Direito que lhe seja anterior, também não há limitações jurídicas às quais esteja vinculado o produto de sua atividade.

É preciso, todavia, ressaltar a maneira correta como deve ser compreendida a ausência de limitação acima aduzida. Quando se afirma que o exercício do Poder Constituinte Originário não se submete a restrições, implicitamente faz-se referência à específica inexistência de imposições jurídicas, estabelecidas em um ordenamento anteriormente vigente.

Nada obstante, deve-se reconhecer que há, sim, uma linha limítrofe que deve ser respeitada. O povo é a fonte e o titular absoluto de todo Poder Constituinte, compreendido este a partir de uma perspectiva democrática formulada a partir do século XVIII. Do povo, frise-se, emana o poder de

¹⁷⁰ É importante ressaltar que a expressão “Assembléia Constituinte”, na esteira do que leciona Jackson Borges de Araújo e do que já foi dito anteriormente, não pode ser dito, de fato, ‘Constituinte’. O Poder Constituinte reside e é de titularidade tão-somente do povo. Até mesmo após a promulgação da Constituição, o Poder Constituinte permanece adstrito ao povo, embora passe a subsistir em estado de latência. Assim, seria mais correto denominar o poder que elabora a Constituição formal de “Poder Constituído Originário” (Cf. ARAÚJO, Jackson Borges de. *O Controle Judicial da (In)Constitucionalidade da Emenda à Constituição*. Recife: Inojosa Editores, 1995. p. 55-64).

¹⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 198.

estabelecer as normas que deverão reger as relações jurídicas daquela sociedade. Assim, muito embora o Constituinte Primário não esteja limitado a nenhum dispositivo jurídico que lhe anteceda, é necessário que seja observada a vontade política do povo, sob pena de aquele ser esvaziado e considerado ilegítimo¹⁷².

Nesse mesmo sentido, Canotilho direciona a compreensão de seus ensinamentos:

“Em toda a sua radicalidade, o poder constituinte concebia-se como poder juridicamente desvinculado, podendo fazer tudo como se partisse do nada político, jurídico e social (*omnipotência do poder constituinte*). Tudo isso estaria na lógica da “teologia política” que envolveu a sua caracterização na Europa da Revolução Francesa (1789). Ao poder constituinte foram reconhecidos atributos divinos: *potestas constituens*, *norma normans*, *creatio ex nihilo*, ou seja, o poder de constituir, o poder de editar normas, o poder de criação a partir do nada. A associação de poder soberano a poder constituinte – “soberano é aquele que decide sobre a constituição – concorria para o alicerçamento da idéia de *omnipotência constituinte*.”

A doutrina actual rejeita esta compreensão. Desde logo, se o poder constituinte se destina a criar uma constituinte concebida como organização e limitação do poder, não se vê como esta “vontade de constituição” pode deixar de condicionar a vontade do criador. Por outro lado, este criador, este sujeito constituinte, este povo ou nação, é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como “vontade do povo”.¹⁷³

Ocorre que, embora tenha sido conferida ênfase à origem e à fundamentação do Poder Constituinte Originário, a real preocupação atrás dessas considerações consiste na garantia da legitimidade de sua obra, a Constituição. É necessário que o seu texto reflita o sentimento social dominante, que traduza, de fato, os valores éticos e culturais relevantes que permeiam a sociedade, porquanto, caso contrário, a Lei Fundamental promulgada estará fadada a se tornar aquela mera folha de papel imaginada por Lassalle.

Inobstante, essa inquietação concernente à pretensão de eficácia da Constituição e à conformidade desta com as vozes do povo não se restringe

¹⁷² MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 199.

¹⁷³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 81.

à atividade de elaboração da Carta. É imprescindível que, com o transcorrer do tempo, esta se mantenha em sintonia com as transformações que porventura ocorram no coração da sociedade.

Assim, visando evitar que a Lei Fundamental se torne inócua em face de uma posterior realidade político-social, a Teoria do Poder Constituinte concebeu um segundo poder, o Poder Constituinte Derivado, de Reforma ou de Segundo Grau¹⁷⁴, através do qual seria viável a realização de alterações que se mostrassem necessárias.

Com efeito, essa possibilidade de mudança no texto da Constituição configurar-se-ia não apenas um elemento necessário à manutenção da harmonia entre aquele documento e os ideais predominantes na sociedade, mas, outrossim, uma condição *sine qua non* à permanência duradoura que a Carta pretendia lograr¹⁷⁵. Isso porque, caso venha a se revelar obsoleta, apontando para uma direção que não mais exprima o sentimento do povo (frise-se, titular absoluto e indisponível do Poder Constituinte), a Constituição estará sujeita à perda de sua força normativa ou, ainda pior, a ser substituída a qualquer tempo.

Acerca da necessidade de adequação do texto constitucional a um pensamento social atual, José Afonso da Silva relaciona alguns argumentos que corroboram essa compreensão:

“a) em primeiro lugar, *como instrumento de adequação entre a realidade jurídica e a realidade política*, e essa é a principal exigência que responde à reforma constitucional, visto que a realidade política é uma realidade em permanente devir e que na normatividade constitucional se cristalizam imperativos atemporais, fixos e permanentes, de sorte que esse ajuste se torna um imperativo de sobrevivência da própria Constituição e da sua função de garantia de uma ordem constitucional democrática; b) em segundo lugar, *como mecanismo de articulação da continuidade jurídica do Estado*, exatamente para que aquela adequação das normas constitucionais à realidade, operada através da reforma, se

¹⁷⁴ No mesmo sentido da crítica realizada à “Assembléia Constituinte” por Jackson Borges de Araújo (vide nota de rodapé nº 170), muito mais há de ser questionada a atribuição de do vocábulo “Constituinte” ao Poder de Reforma, visto que consiste em um poder previsto, ou seja, constituído pela Carta Fundamental e, como tal, encontra-se limitado material e formalmente (Cf. ARAÚJO, Jackson Borges de. Op. cit., p. 92).

¹⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Poder Constituinte Derivado, Segurança Jurídica e Coisa Julgada*. Op. cit., p. 407.

faça sem quebra da continuidade jurídica, porque o poder de reforma é um poder constituído que obtém sua legitimidade no próprio ordenamento jurídico, a operação de reforma é uma operação essencialmente jurídica, e, por isso, necessariamente submetida a limites, como vimos, pois reformar a Constituição não significa destruí-la, mas, simplesmente, acoplá-la à realidade histórica, sem que perca sua identidade como estrutura conformadora do Estado; c) em terceiro lugar, *como instituição básica de garantia*, pois é através do procedimento de reforma que a Constituição se transforma em *lex superior*, operando a separação entre lei constitucional e lei ordinária”.¹⁷⁶

Inobstante o reconhecimento da imperatividade de atualização da Lei Fundamental, a Teoria do Poder Constituinte previu também a possibilidade de serem estabelecidos alguns obstáculos à atuação do Poder Reformador. Consistiriam em determinadas regras que visariam à intangibilidade de alguns ideais considerados pelo Constituinte de Primeiro Grau imprescindíveis à ordem jurídica ou, ao menos, que objetivariam ao estabelecimento de empecilhos a futuras modificações na Carta, de modo que a sua identidade estivesse melhor preservada.

Nessa linha, além de ser considerado um poder *secundário*, ou de direito, na medida em que a sua existência depende de disposição prevista expressamente no Direito vigente, o Poder Constituinte Derivado é tradicionalmente caracterizado como um poder *condicionado e limitado*, uma vez que são instituídas regras que, respectivamente, determinam a forma de manifestação do Poder de Reforma e quais as matérias que estarão protegidas ou sujeitas a este poder. Trata-se, assim, “de órgão do poder constituído cuja atuação é juridicamente limitada pelos princípios e regras determinados pelo constituinte originário”¹⁷⁷.

Levando em conta essas ponderações, é freqüente a analogia entre as limitações ao Constituinte de Segundo Grau e a história de ‘Ulisses e as Sereias’ retratada no Livro XII da Odisséia, referente ao seu retorno à ilha de Ítaca. Nesse conto, durante a viagem de volta à sua cidade, a embarcação deveria passar pela ilha das sereias, conhecidas por seduzirem os homens

¹⁷⁶ SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular* (estudos sobre a constituição). 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 246.

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Poder Constituinte Derivado, Segurança Jurídica e Coisa Julgada*. Op. cit., p. 407.

que por ali viajavam, levando-os a se jogarem ao mar. Conhecendo, pois, a fama de tais criaturas, Ulisses determina a seus homens que o amarrem ao mastro da galera, a fim de que estivesse impedido de atender ao canto das sereias e não se deixasse levar pelos seus instintos.

A comparação estabelecida entre as cordas que seguraram Ulisses e os limites ao Poder de Reforma tem como objetivo principal afirmar a impossibilidade de esse poder se livrar de suas ataduras constitucionais, obstando que ele venha a sucumbir aos desejos da apropriação indevida do poder político. Assim, seria necessária a existência de firmes limites ao seu exercício, de forma que não restassem dúvidas quanto à (i)legitimidade de futuras alterações no corpo da Constituição.

Nada obstante as críticas ressalvadas quanto à analogia acima referida¹⁷⁸, a Teoria do Poder Constituinte concebeu um Poder Constituinte de Segundo Grau cingido a determinadas amarras que imporiam adstrições de duas diferentes espécies: limitações de forma e limitações de conteúdo¹⁷⁹.

Resumidamente, as primeiras seriam aquelas que estabeleceriam aspectos formais ou circunstanciais que deveriam obrigatoriamente ser observados na realização de alterações na Constituição. Estabelecem, v. g., quórum de sua aprovação, legitimidade de sua proposta e momentos nos quais se permitiria o exercício do Poder de Reforma^{180 e 181}.

¹⁷⁸ Oscar Vilhena Vieira, visando esboçar algumas críticas a referida comparação afirma que “a analogia entre o mecanismo de autovinculação adotado por Ulisses e os tradicionais mecanismos constitucionais de pré-comprometimento deve, no entanto, ser tomada com cautela. No caso de Ulisses ocorre uma limitação individual, enquanto no processo constitucional a rigidez imposta às decisões constituintes tem um caráter supra-individual, pois é imposta ao conjunto da sociedade, especialmente àquelas correntes que, vencidas no embate constituinte, podem se converter em maiorias no futuro e alterar o decidido no processo constituinte. O modelo de pré-comprometimento constitucional também se distinguiria da autovinculação de Ulisses, uma vez que os mecanismos constitucionais tradicionais de pré-comprometimento não estabelecem uma vedação total à liberdade de ação dos Parlamentos, como ocorreu no caso de Ulisses. Esta ponderação, no entanto, não se aplica às cláusulas superconstitucionais, que constituem o objeto deste estudo” (Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e Sua Reserva de Justiça* (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 1999. p. 20).

¹⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 215.

¹⁸⁰ Ibid. p. 215.

Por outro lado, as limitações substanciais ou de conteúdo seriam aquelas previstas pelo Constituinte Primário com a finalidade de garantir a intangibilidade de determinados elementos que consideraria fundamentais à ordem jurídica vigente. Seriam, assim, cláusulas consideradas ‘pétreas’¹⁸² ou ‘superconstitucionais’¹⁸³ que impediriam a modificação de um núcleo que conferiria identidade à Lei Fundamental.

Essas formas de restrição ao Poder Reformador tornaram-se elemento integrante e de relevância ímpar da Teoria do Poder Constituinte, sendo, pois, absorvidas por diversas Constituições contemporâneas. Seguindo essa tendência, o Constituinte brasileiro de 1988 estabeleceu a possibilidade de realização de reformas estritamente “atualizadoras” à Carta original, mas impediu que fossem realizadas mudanças “transformadoras”, ou seja, aquelas que modificariam o conteúdo essencial do seu texto¹⁸⁴.

Nesse diapasão, através de limitações de cunho formal e circunstancial, bem como através de algumas cláusulas de eternidade, o Constituinte de 1988 pretendeu estabelecer rígidas limitações ao Poder Reformador, de modo que o núcleo da Lei Fundamental estivesse preservado do exercício deste poder.

¹⁸¹ No tocante a esses aspectos formais, cumpre diferenciar dois modelos de Constituição. As Constituições rígidas são aquelas cujo procedimento de reforma constitucional distingue-se daquele exigido para a aprovação das leis ordinárias, sendo, portanto, mais complexo. Esse sistema constitucional visa, como afirma Paulo Bonavides, à “estabilidade ou (à) permanência que traduz até certo ponto o grau de certeza e solidez jurídica das instituições num determinado ordenamento estatal”. De outro lado, as Constituições flexíveis, tendentes a relacionarem-se com as Constituições costumeiras (fundadas na tradição), não determinam nenhum requisito especial para a realização de reformas constitucionais. Podem, assim, ser alteradas através do mesmo procedimento estabelecido para a aprovação da legislação infraconstitucional. (Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 83-84 e 196).

¹⁸² MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 215.

¹⁸³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. cit., p. 20-21.

¹⁸⁴ ARAÚJO, Jackson Borges de. Op. cit., p. 86.

2.2. O Poder de Reforma na Constituição de 1988

Após longos anos de autoritarismo experimentado pelo povo brasileiro durante o regime militar, a promulgação da Carta de 1988 revelou-se resultado de intensos movimentos em prol da redemocratização do país¹⁸⁵. Como consequência a esse ideal que inspirou os trabalhos do Constituinte 1988, foi publicada uma Lei Fundamental assinalada, principalmente, pelo retorno do voto direto e pelo acentuado enfoque conferido aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana¹⁸⁶.

Em meio a esse contexto, a atual Constituição previu a existência de um Poder Reformador, mas estabeleceu que o seu exercício estaria submetido a determinadas restrições que visariam, em última instância, à preservação no tempo daquele núcleo essencial previsto pelo Constituinte Originário. Instituiu, assim, dois distintos procedimentos, com seus respectivos condicionamentos, através dos quais a reforma à Constituição seria permitida, resolvendo, a seu modo, a controvérsia que existia entre os termos ‘reforma’, ‘revisão’ e ‘emenda’¹⁸⁷.

A revisão, como primeira espécie do gênero ‘reforma’, seria aquele procedimento pelo qual se tornaria possível a realização de reformas de ampla extensão e profundidade¹⁸⁸, “que poderia atingir a Lei Fundamental como um todo e de uma só vez, respeitado, evidentemente seus *Princípios Fundamentais* e as *Cláusulas Pétreas*”¹⁸⁹.

Estabelecendo apenas uma única hipótese na Constituição de 1988, a revisão estabelecida no 3º do ADCT¹⁹⁰ foi realizada no ano de 1993,

¹⁸⁵ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 40.

¹⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 4ª ed. rev. e atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 61.

¹⁸⁷ FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. ampl. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 607.

¹⁸⁸ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 161.

¹⁸⁹ DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 6.

¹⁹⁰ Artigo 3º do ADCT: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”.

esvaziando totalmente esse instituto, visto que não há qualquer outra previsão à realização de novos procedimentos dessa natureza. Resguardada a eventualidade de ser introduzido no texto constitucional novo dispositivo que preveja outra revisão, hoje resta ao Poder de Reforma apenas a utilização de emendas para o fim de serem realizadas modificações ou atualizações na Lei Maior¹⁹¹.

Por sua vez, embora tenha sido estabelecido como via permanente e apropriada de reforma da Constituição, o processo de emenda foi imaginado apenas como meio de realização de mudanças setoriais e localizadas. Seria, pois, um procedimento através do qual o Poder de Reforma estaria autorizado a realizar alterações em aspectos específicos da Carta sem, contudo, transgredir a identidade de seu texto original¹⁹².

Com efeito, para além da amplitude das alterações permitidas pelo Constituinte de 1988 através do procedimento de emenda, o Poder Reformador revelou-se, a exemplo das Cartas anteriores, sujeito a uma série de limitações, passíveis de divisão em três categorias¹⁹³: limites formais, limites circunstanciais e limites materiais.

Primeiramente, foram estabelecidos alguns *limites formais* à alteração da Constituição. No tocante à sua proposta, é necessário que seja esta apresentada por, no mínimo, um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, pelo Presidente da República ou por mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros (art. 60, *caput*, incs. I, II e III, da CF). Quanto à discussão e votação, é necessário que ocorram em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, apenas considerando aprovada a emenda apoiada por três quintos

¹⁹¹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Op. cit., p. 162.

¹⁹² BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 207-209.

¹⁹³ Verifica-se que, ao contrário do que prevêem algumas Constituições contemporâneas, a Constituição brasileira de 1988 não faz qualquer menção a limitações de caráter temporal. Na realidade, essa espécie de restrição não foi muito utilizada na história do constitucionalismo pátrio, havendo como único exemplo o estabelecimento do prazo de quatro anos a partir da Constituição de 1824 (art. 174) para que ela pudesse ser objeto de emenda.

dos respectivos membros (art. 60, § 2º, da CF), devendo ser promulgada com a indicação de seu respectivo número de ordem (art. 60, § 3º, da CF).

O Constituinte Originário cuidou, também, de impedir que a Carta Maior fosse emendada na vigência de algumas situações consideradas “anômalas” em razão de um certo grau de intranqüilidade institucional¹⁹⁴. Presentes no constitucionalismo pátrio desde 1934, os *limites circunstanciais*¹⁹⁵ obstam mutações constitucionais em contextos potencialmente atentatórios à livre deliberação do órgão competente, tais quais os momentos da existência de intervenção federal, de estado de sítio ou de estado de defesa (art. 60, § 1º, da CF).

Por derradeiro, foram impostas, ainda, *limitações de cunho material*, através das quais algumas opções políticas tomadas originariamente em 1988 revelar-se-iam intangíveis em face do Poder de Reforma. Ao dispor sobre as cláusulas pétreas, o Constituinte Primário optou por afastar do exercício daquele poder as propostas de emenda tendentes a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, da CF).

Não obstante a atribuição expressa do *status* de cláusula pétrea a alguns princípios e regras presentes na Constituição, a doutrina mais autorizada informa, ainda, que o rol do § 4º do artigo 60 da CF não é exaustivo. Além das cláusulas de eternidade explícitas, consideram-se limites implícitos ao Poder Reformador outros bens e interesses “cuja abolição ou restrição poderia implicar a ruptura da própria ordem constitucional”¹⁹⁶.

Embora não haja unanimidade no que concerne à determinação de quais outros bens constitucionais configurar-se-iam imodificáveis na Carta

¹⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 416.

¹⁹⁵ Embora a doutrina majoritária inclua essas disposições na classe dos limites circunstanciais ao poder de reforma, há entendimento divergente no sentido de que o enquadramento destes na categoria dos limites temporais seria igualmente correto (Cf. SARLET, Ingo Wolfgang, na obra *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 416).

¹⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 421-422.

Maior, pode-se visualizar um certo consenso no sentido de que as cláusulas superconstitucionais implícitas abrangeriam, ao menos, os princípios fundamentais previstos na Constituição¹⁹⁷ e as regras e adstrições atinentes ao exercício do Poder de Reforma.

Nesse sentido, objetivando à manutenção da identidade constitucional, considerar-se-iam cláusulas pétreas todos os princípios expressos no artigo 1º, quais sejam, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e a democracia popular¹⁹⁸.

Da mesma forma, as regras do jogo democrático estariam imunes à atuação do Constituinte Derivado, visto que a própria natureza desse poder, enquanto poder constituído, impõe condições ao seu exercício, a fim de que não se aproprie ilegitimamente do poder político. Quanto a estes limites implícitos é razoável resumi-los da seguinte maneira:

“a) as normas concernentes ao titular do poder constituinte, porque este se acha em posição transcendente à Constituição, além de a soberania popular se inalienável; b) as normas referentes ao titular do poder reformador, porque não pode ele mesmo fazer a delegação dos poderes que recebeu, sem cláusula expressa que o autorize; e c) as normas que disciplinam o próprio procedimento de emenda, já que o poder delegado não pode alterar as condições da delegação que recebeu”.¹⁹⁹

Como se pode concluir, o Poder Reformador encontra-se obstaculizado na Lei Fundamental brasileira de 1988 de forma bastante significativa. Não se mostra limitado apenas por condições formais ou procedimentais, mas, principalmente, por opções de cunho material que indiscutivelmente retiram do espaço de atuação daquele poder certos importantes conteúdos.

¹⁹⁷ Ibid. p. 422.

¹⁹⁸ HORTA, Raul Machado. Op. cit., p. 114.

¹⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo. Op. cit., p. 229.

Todavia, há que se reconhecer a existência de importante divergência no que tange, especialmente, à forma como devem ser encarados os limites ao Poder de Reforma.

2.3. A Eficácia dos Limites Materiais ao Poder de Reforma e a Função do Judiciário no Controle das Emendas Constitucionais

Inobstante a instituição em sede constitucional de inúmeras adstrições ao exercício do Poder Constituinte Derivado, visualiza-se acirrada controvérsia quando se pretende definir a eficácia que deve ser conferida às cláusulas pétreas. Outrossim, é possível discernir três distintas correntes que são prestigiadas pela doutrina pátria e alienígena.

Predominante no Brasil, a primeira tese²⁰⁰ é aquela que defende que as limitações impostas ao Constituinte de Segundo Grau representam intransponíveis barreiras à atividade desse poder. Fundamentando-se substancialmente na Teoria do Poder Constituinte, afirma que o Poder Reformador é um poder constituído e, como tal, submete-se às restrições estabelecidas pela Constituição. O seu exercício, portanto, estaria vinculado ao cumprimento de sua estrita função, qual seja, a de realizar atualizações específicas no texto fundamental, visando promover a adaptação entre a Constituição formal e a material, sem que seja provocada uma ruptura da ordem jurídico-constitucional²⁰¹.

Dessa forma, apenas seriam permitidas alterações que respeitassem a identidade constitucional, ou seja, que mantivessem intocáveis os dispositivos atinentes aos limites materiais ao Poder Reformador. Caso

²⁰⁰ São defensores dessa corrente, entre outros, José Joaquim Gomes Canotilho, Paulo Bonavides, José Afonso da Silva e Luís Roberto Barroso (Cf., respectivamente, CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 247; BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 200; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed., rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 67; BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalidade e Legitimidade da Reforma da Previdência* (ascensão e queda de um regime de erros e privilégios). in. BARROSO. *Temas de Direito Constitucional. Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 167-219).

²⁰¹ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 23.

ocorra o inverso, estar-se-ia diante do que a doutrina denomina de *fraude constitucional*, ou seja, aquela situação na qual o Constituinte Derivado usurparia os poderes a ele conferidos de modo a estabelecer ilegitimamente uma nova ordem constitucional²⁰².

O que pode ser extraído desse entendimento é que haveria, de fato, uma hierarquia entre Poder Constituinte Originário, enquanto expressão máxima da soberania popular, e Poder Reformador, este limitado e de natureza puramente jurídica. Por conseguinte, caso eventual emenda viesse a conflitar com o conteúdo de alguma cláusula pétrea, aquela padeceria do vício maior da inconstitucionalidade²⁰³.

De outro lado, registra-se a existência de uma segunda corrente²⁰⁴ que, motivada por uma concepção intrinsecamente democrática do Poder Constituinte Derivado, tende a impugnar a legitimidade e, conseqüentemente, a eficácia das cláusulas superconstitucionais. A despeito das formulações apresentadas pela Teoria do Poder Constituinte, defende que não haveria distinção entre os Poderes Constituintes Originário e Derivado, bem como entre as normas deles provenientes, visto que ambas adviriam da vontade geral do povo traduzida por seus representantes²⁰⁵.

Visando justificar esse posicionamento através de uma perspectiva pragmática, os defensores dessa corrente sustentam que, embora reconheça-se que em tempos de normalidade institucional esses limites possam, de fato, governar a atividade parlamentar, em momentos de crise transformar-se-iam em letra morta e não impediriam, em absoluto, a mutação constitucional, caso o desejo do povo viesse a confluir nessa direção. Sob essa perspectiva, não seria razoável imaginar que o povo, enquanto fonte e

²⁰² Ibid. p. 23-24.

²⁰³ Ibid. p. 24.

²⁰⁴ Compartilham desse entendimento Leon Duguit, Gilmar Ferreira Mendes e José Carlos Francisco (Cf., respectivamente, DIGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3ª ed.. Paris: Ancienne Librairie Fontémoin. 1930. *apud*. BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 20-21; MENDES, Gilmar Ferreira. *Limites da Revisão: Cláusulas Pétreas ou Garantias de Eternidade. Possibilidade Jurídica de Sua Superação*. Porto Alegre: AJURIS, Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, nº 60, 1994; e FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003).

²⁰⁵ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 21.

titular absoluto do Poder Constituinte, estabeleceria limitações ao exercício de seu próprio poder, na medida em que o Poder Reformador seria, também, uma forma expressão essencialmente democrática.

Note-se que essa concepção tende a conferir aos limites ao Poder de Reforma um caráter meramente político frente a maiorias parlamentares que pretendam editar emendas à Constituição²⁰⁶. Retirando, assim, por completo, o seu conteúdo jurídico, as cláusulas pétreas careciam de qualquer efetividade, servindo como simples parâmetros informadores à atividade de reforma da Lei Fundamental.

Por derradeiro, a terceira e última corrente defende a possibilidade de relativização dos limites materiais ao poder de reforma através de uma técnica denominada de “dupla revisão”. Apesar de partir do pressuposto de que as restrições estabelecidas pelo Constituinte Primário à mutação constitucional possuem eficácia jurídica e efeito vinculante, aqueles dispositivos que atribuem a determinados valores o *status* de cláusula superconstitucional não se encontrariam resguardadas do Poder Reformador. Bastaria, pois, uma emenda que os alterasse ou revogasse para que fosse findada a intangibilidade daqueles princípios anteriormente petrificados²⁰⁷.

Assim,

“aceita-se que o poder constituinte originário estabeleça que certas cláusulas estejam ao abrigo de mudanças, mas propõe que essa determinação somente deverá ser observada enquanto ela própria estiver em vigor, podendo ser revogada pelo poder de revisão”.²⁰⁸

Embora aparentemente essa terceira posição importe em um termo conciliatório entre os dois posicionamentos anteriormente aludidos, na realidade – em consonância com os ensinamentos de Rodrigo Brandão –, ela revela-se uma ramificação da segunda corrente, visto que, de cunho

²⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 217.

²⁰⁷ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 24-25.

²⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 217-218.

também democrático, ao Constituinte Derivado atribuir-se-iam meios pelos quais poderiam ser modificados quaisquer dispositivos da Constituição²⁰⁹.

Destarte, o que realmente se verifica é uma contraposição de idéias fundadas, a primeira, em um ideal de segurança jurídica ostentada por uma visão constitucionalista, através da qual o Poder de Reforma estaria inteiramente vinculado aos limites a ele estabelecidos, e, a segunda, em uma concepção substancialmente democrática, através da qual esse poder não encontraria quaisquer barreiras no tocante à matéria objeto de seu exercício.

De qualquer sorte, deve-se reconhecer que esse debate acerca da natureza e da eficácia dos limites materiais ao poder de reforma é uma questão cuja solução, seja ela qual for, traz importantes conseqüências à ordem jurídica do Estado e à estabilidade dos ideais democráticos incorporados à Lei Fundamental. Conferir ao Poder Reformador um caráter exclusivamente democrático, equiparando-o ao Constituinte Originário, importaria em uma perda imensurável de segurança jurídica, visto que, estando todo e qualquer dispositivo constitucional sujeito à deliberação parlamentar, inclusive aqueles que aclamam os princípios básicos compartilhados pela sociedade, o povo estaria constantemente sujeito aos humores de uma maioria representativa.

Além disso, uma interpretação realizada exclusivamente à luz da democracia ocasionaria, também, incontestável prejuízo à separação de poderes, uma vez que, atribuindo-se ao Parlamento uma supremacia certamente não desejada pela sociedade, eventuais emendas à Constituição se tornariam puramente políticas e insuscetíveis de controle pelo Poder Judiciário²¹⁰.

Na História, essa ampla concessão de poderes aos representantes do povo revelou-se marcante no constitucionalismo europeu do século XIX, em especial na França pós-revolucionária. Não obstante o profundo anseio

²⁰⁹ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 24-25.

²¹⁰ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 26.

por um governo genuinamente democrático, traduzido com fidelidade pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²¹¹, o povo francês deparou-se com um importante obstáculo. Mormente em razão da amplitude demográfica e territorial dos Estados modernos, percebeu-se que era absolutamente inviável a participação regular e direta do povo na definição do destino do Estado e dos fins a serem perseguidos pela sociedade, tal como se verificou na democracia direta experimentada na Grécia antiga e na Itália renascentista²¹².

Ciente desse problema e objetivando a viabilização do exercício de um poder político fundamentado na vontade popular, foi instituída uma forma de governo na qual o povo atuaria como instância de legitimação desse poder²¹³. Nesse modelo de democracia representativa vigente na França do século XIX, os cidadãos elegeriam um legislador ‘virtuoso’ e a ele seria conferido o poder – absoluto e anteriormente pertencente ao povo – de definir as leis e de alterar a Constituição.

Ocorre que, ao ser atribuída ao Parlamento a função de desvendar os anseios populares, o exercício do poder político pelos cidadãos apresentou-se substancialmente prejudicado, na medida em que esse poder não mais emanava diretamente do população, mas de seus representantes. Nessa esteira, a vontade geral do povo deixou de ser a fonte real e imediata do poder, residindo este em um Parlamento sem qualquer forma expressa de limitação.

Note-se que

“a Revolução Francesa fez-se vítima de uma verdadeira *antítese mal resolvida entre versões radicais das democracias direta e representativa*, ou, em outras palavras, entre um permanente exercício do poder constituinte do povo e uma espécie de soberania dos poderes constituídos: a primeira enfatizava a *legitimidade democrática* dos atos do poder público, exigindo a *participação direta do povo*; a segunda priorizava a *estabilidade e a continuidade das*

²¹¹ Artigo 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “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”.

²¹² BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 88.

²¹³ Ibid. p. 90-91.

instituições políticas e, para tal desiderato, negava ao povo uma cidadania ativa”.²¹⁴

Ao converter o conceito de soberania popular em uma forma de soberania de um poder constituído, os direitos individuais mostraram-se despidos de sua principal função. Visto que o processo legislativo não previa qualquer forma de participação dos cidadãos ou de vinculação à vontade destes, por mais arbitrárias e injustas que fossem, as leis passaram a ser consideradas legítimas em razão de suas condições formais e, não, de seu conteúdo. Por consequência, os direitos e as garantias dos indivíduos em face das atividades estatais apresentaram-se comprometidos, na medida em que a atividade parlamentar não encontrava quaisquer limitações de cunho material²¹⁵.

Com efeito, há de se reconhecer que esse modelo democrático concebido e experimentado pelos franceses no século XIX falha em manter incólume a natureza absoluta do poder político²¹⁶. Embora tenha o condão de conferi-lo a pessoas legitimamente eleitas, uma democracia representativa, ao atribuir a alguns representantes o irrestrito papel de traduzir a vontade geral dos representados, demonstra-se carente de formas de controle de arbitrariedades, passando a permitir que maiorias parlamentares momentâneas apropriem-se indevidamente do poder.

Em decorrência das importantes questões supramencionadas, há quem defenda que os limites materiais à reforma constitucional estabelecem barreiras intransponíveis à atividade do Constituinte Derivado. Todavia, é possível verificar que a defesa de um ponto de vista puramente constitucionalista implica, também, em alguns inconvenientes que merecem ser considerados.

Baseando-se na Teoria do Poder Constituinte, essa concepção constitucionalista restringe o exercício da soberania popular ao instante de

²¹⁴ Ibid. p. 87.

²¹⁵ Ibid. p. 91.

²¹⁶ Ibid. p. 80.

promulgação da Carta Magna, ou seja, à edição de um texto normativo dotado de supremacia e capaz de resumir, de uma só vez e em um único momento, a vontade geral do povo pelas longas décadas que se seguiriam²¹⁷. A consequência demonstra-se inevitável: instituída pela geração constituinte, a Lei Fundamental vincularia as futuras gerações até o momento em que esse documento finalmente se tornasse obsoleto a ponto de ser necessário retirar o Constituinte Originário do estado de latência para, assim, elaborar uma nova Carta Constitucional.

Verifica-se, entretanto, que entender os limites materiais como balizas insuperáveis à reforma acarreta alguns relevantes problemas, mormente no que tange à legitimidade e à estabilidade da ordem jurídica. Primeiramente, seria estabelecido “um “governo dos mortos sobre os vivos”, que atentaria ao direito de autodeterminação das gerações e ao princípio democrático”²¹⁸, os quais fundamentam, por essência, a soberania popular. Seria, pois, concedido às gerações posteriores um poder significativamente mais restrito daquele outorgado à geração constituinte, na medida em que, salvo na hipótese da realização de uma revolução, aquelas estariam vinculados à vontade e aos ideais desta.

Como já se fez menção, essa forma de entender com os limites materiais ao poder de reforma traz sérios riscos à segurança e à estabilidade da ordem jurídico-constitucional. Partindo da premissa de que seria necessária a promoção de uma revolução político-institucional para que, finalmente, fosse devolvido ao povo o direito de definir o seu próprio destino, restariam comprometidas a continuidade das instituições políticas e, por conseguinte, a própria segurança do Direito pátrio²¹⁹.

Desse modo, uma concepção estritamente constitucionalista, baseada na Teoria do Poder Constituinte e na existência de limitações intransponíveis ao Poder Reformador, revela-se igualmente imprópria, se comparada com aquele posicionamento unicamente democrático. Ambas

²¹⁷ Ibid. p. 95.

²¹⁸ Ibid. p. 26.

²¹⁹ Ibid. p. 21.

acarretam dano à segurança e à estabilidade jurídicas, bem como prejudicam o princípio democrático, na medida em que acabam por retirar do povo o direito de se autogovernar.

Diante dessas duas alternativas, que se mostram deficientes dos pontos de vista teórico e prático, não haveria alguma solução capaz de harmonizar a soberania popular com a supremacia da Constituição, a fim de fosse conferida eficácia aos limites ao Poder de Reforma e mantido o direito de autodeterminação de cada geração? Tendo em vista que essas limitações servem especialmente à garantia da legitimidade da Lei Fundamental e, em última análise, ao ideal democrático como princípio norteador da atividade do Poder Constituinte Derivado, não seria possível estabelecer uma forma de assegurar que as emendas constitucionais estejam sempre em consonância com a vontade geral do povo?

Embora o presente trabalho não tenha a pretensão de criar uma solução perfeita a esse problema, acredita-se serem necessárias algumas condições para que a atividade do Constituinte de Segundo Grau esteja ajustada aos desejos e princípios compartilhados pela sociedade. Nesse sentido, acredita-se ser imprescindível que seja conferido um mínimo de eficácia aos limites materiais ao Poder de Reforma através da possibilidade de controle do seu exercício, visto que a atribuição absoluta do poder a um único órgão ou entidade acarretaria fatalmente arbitrariedades das mais diferentes espécies. É necessário, pois, que a atividade do Constituinte Derivado esteja limitada por certos parâmetros, de forma a garantir a legitimidade das emendas à Lei Fundamental.

Nesse diapasão e em sintonia com o estabelecido pelo Constituinte de 1988²²⁰, a doutrina majoritariamente tende a defender a possibilidade de

²²⁰ Nesse sentido, verifica-se que o Constituinte de 1988 atribuiu ao Poder Judiciário a guarda da Constituição, seja através do controle concentrado, previsto no artigo 102, inc. I, alínea *a*, (“Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”), seja mediante controle difuso, previsto no artigo 102, inc. III, alíneas *a* (“Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe julgar, mediante recurso

controle da atividade do Poder Reformador pelo Judiciário e da existência de dispositivos constitucionais que sejam inconstitucionais. Significa afirmar que enunciados posicionados no próprio corpo da Constituição podem, sim, ser apreciados pelo Poder Judiciário e, conseqüentemente, ser declarados inválidos.

Desde logo, é pertinente afirmar que, no Brasil, reputa-se juridicamente inadmissível o controle de constitucionalidade de dispositivo originário da Constituição, visto que, como órgão de Estado criado pelo próprio Constituinte Originário, o Poder Judiciário não estaria dotado de competência para fiscalizar a legitimidade do exercício daquele poder²²¹.

No que tange a enunciados trazidos à Constituição através do exercício do Poder de Reforma, o STF há muito vem se posicionando a favor da sua competência para apreciar a legitimidade das emendas constitucionais²²² e ²²³. Sob a vigência da atual Constituição, o Egrégio Tribunal reiterou tal entendimento na apreciação da ADIn 829/DF, ao proclamar, nos termos do voto vencedor elaborado pelo Min. Rel. Moreira Alves, que

“não há dúvida de que, em face do novo sistema constitucional, é o S.T.F. competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade, ou não, de emenda constitucional – no caso, a nº 2, de 25 de agosto de 1992 – impugnada por violadora de cláusula pétrea explícita ou implícita”.²²⁴

extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo desta Constituição”).

²²¹ O STF já teve a oportunidade de se manifestar na ocasião do julgamento da ADIn 815-3/DF, cujo pedido residia na inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição, visto que o estabelecimento de limites mínimo e máximo (oito e setenta, respectivamente) de Deputados Federais na Câmara promoveria, à luz das razões do Requerente, uma substancial desigualdade de representação de Estados mais populosos quando comparados com os menos populosos, violando, assim, preceitos supraconstitucionais como a igualdade e a igualdade do voto. Inobstante, ao manifestar-se sobre o caso, o STF declarou-se incompetente para apreciar a constitucionalidade dos dispositivos, não conhecendo da ação em razão da impossibilidade jurídica do pedido (Cf. STF. ADIn 815-3/DF. Relator: Min. Moreira Alves. DJ 28/03/96. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br>”. Acesso em 24 de abril de 2009).

²²² BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 53.

²²³ Nessa esteira, é possível reconhecer o direcionamento das decisões do STF desde 1926, quando do julgamento do HC 18.178. Embora tenha sido denegada a segurança no referida *habeas corpus*, o STF reconheceu a sua competência para a apreciação da constitucionalidade de emendas constitucionais.

²²⁴ Na referida ação, embora tenha reafirmado a sua competência para examinar a constitucionalidade de emendas, o STF julgou improcedente o pedido, na medida em que,

Deve-se, ainda, ressaltar que, em conformidade com a redação do § 4º do artigo 60, da nossa Carta Magna (“não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir”), incluem-se no âmbito de apreciação do Judiciário brasileiro não apenas emendas já promulgadas e incorporados ao texto constitucional, mas, da mesma forma, meras propostas de emendas tendentes a abolir alguma das cláusulas de eternidade²²⁵.

Visto que o tema da competência do Poder Judiciário para deliberar a respeito da constitucionalidade de emendas e, até mesmo, de propostas de emendas à Lei Fundamental encontra-se plenamente pacificado, resta, ainda, determinar até que ponto uma reforma que tenha como objeto dispositivo incluído no rol das cláusulas pétreas se apresenta viciada e pode ser considerada ilegítima.

Com efeito, percebe-se que o próprio Constituinte Originário ofereceu informações relevantes à resolução do problema dos limites materiais ao Poder de Reforma. Tendo em vista a redação do supracitado artigo – “não será objeto de deliberação a proposta de emenda *tendente a abolir*” (grifo nosso) –, podem ser obtidas algumas respostas interpretativas que, embora um tanto quanto óbvias, são de suma importância à compreensão da referida questão.

Em primeiro lugar, fixando-se no termo ‘*tendente*’, pode-se perceber que o Constituinte Primário ampliou significativamente as restrições estabelecidas ao Poder Reformador, uma vez que “não apenas as alterações da Constituição que objetivam a supressão dos princípios guindados à

afirmando que a conteúdo da emenda constitucional não se encontrava ao abrigo do Poder Reformador (Cf. STF. ADIn 829-7/DF. Relator: Min. Moreira Alves. DJ 14/04/93. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br>”. Acesso em 24 de abril de 2009).

²²⁵ Nesse sentido, o STF já decidiu ser cabível mandado de segurança em face de propostas de emendas que desobedeçam às cláusulas pétreas, desde que impetrado por membro do Poder Legislativo Federal, detentor do direito líquido e certo de não ser convocado para deliberar sobre proposta de emenda à Constituição (Cf. MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 221). A título de exemplo, cita-se o MS 20.257/DF (STF. MS 20.257/DF. Relator: Min. Décio Miranda. DJ 08/10/80. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br>”. Acesso em 24 de abril de 2009).

condição de “cláusula pétrea”, mas também as que revelam uma tendência à sua supressão se encontram vedadas”²²⁶.

Por outro lado, o referido enunciado fornece elementos para guiar, também, uma segunda conclusão, a qual, de forma inversa, dilata o rol de dispositivos suscetíveis ao Poder de Reforma. Fixando-se na palavra ‘*abolir*’, “a proteção imprimida pelas “cláusulas pétreas” não implica a absoluta intangibilidade do bem constitucional protegido”²²⁷, mas, contrariamente, apenas o seu núcleo essencial estaria ao abrigo do exercício desse poder.

Embora, à primeira vista, possa parecer incerta a intenção do Constituinte Originário em relação à amplitude dos poderes conferidos ao Poder Reformador, essas duas conclusões mostram-se plenamente conciliáveis. Nessa perspectiva, os limites materiais à reforma da Lei Fundamental, muito embora seja permitido o estabelecimento de restrições aos princípios constitucionais com *status* de superconstitucionalidade, impõem que, na hipótese de uma emenda revelar-se, tão-somente, tendente a violar a essência de alguma das cláusulas pétreas, aquela estaria fadada à inconstitucionalidade. No entanto, caso isso não ocorra e seja respeitada a essência do bem jurídico objeto de emenda, esta *poderá* ser considerada legítima.

Com efeito, ao conferir superconstitucionalidade, *v. g.*, ao princípio federativo (artigo 60, § 4º, inc. I, da CF), o Constituinte não impediu apenas que fosse eliminada a forma federativa de estado pelo Poder de Reforma, mas incluiu nessa proteção todos os elementos que compõem a essência da Federação, tais como a competência e a autonomia dos Estados e Municípios²²⁸. Outrossim, é razoável afirmar que uma emenda que venha a abolir algum desses elementos será tendente a abolir a forma federativa de estado e, portanto, será inconstitucional.

²²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 426.

²²⁷ Ibid. p. 428.

²²⁸ Ibid. p. 428.

Em contrapartida são permitidas emendas que estabeleçam restrições a esse princípio, desde que não atinjam o seu núcleo fundamental, como, v. g., através de uma reforma que modifique a titularidade de determinada competência legislativa ou em matéria tributária²²⁹, uma vez que, como já dito, apresentam-se viciadas apenas aquelas emendas que tendam a abolir, e não aquelas que venham simplesmente limitar o seu alcance.

Findada a verificação da observância ou da transgressão do conteúdo essencial dos princípios assinalados pela cláusula de eternidade, acredita-se que a única resposta conclusiva que pode ser obtida nesse momento é aquela que afirma a *inconstitucionalidade* / *constitucionalidade* da emenda. No entanto, essa análise não é suficiente para fornecer informações a respeito da *legitimidade* das alterações realizadas no Texto Fundamental. O respeito ao núcleo dos referidos dispositivos garante apenas que as modificações pretendidas não estão em conflito com certos bens tidos pelo Constituinte Originário como supremos na ordem jurídica.

Todavia, deve-se reconhecer que isso não significa necessariamente que o exercício do Poder Reformador tenha se pautado na vontade do povo. Por conseguinte, é possível existir uma emenda que seja constitucional, ou seja, que observe todos os limites formais e materiais à reforma da Lei Fundamental, mas que se mostre, ao mesmo tempo, ilegítima, ou seja, em desacordo com os anseios populares.

Não obstante a formulação, pelo presente trabalho, de algumas sugestões consideradas pertinentes à resolução desse problema, o que se pretende, mais do que isso, é atentar para a necessidade de ser descoberta uma maneira de garantir que a atividade do Constituinte Derivado esteja sempre em sintonia com os interesses do povo e seja conduzida de modo a prestigiar o princípio democrático e a soberania popular. Isso porque, tal como ocorreu na França do século XIX, percebe-se que a democracia representativa pode se tornar fonte de abusos e de recorrentes formas de

²²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 222.

utilização do poder em benefício privado, distante de qualquer vinculação material ao interesse público e à vontade popular.

Um exemplo muito claro é a atual tentativa de aprovação de uma emenda constitucional que visa aumentar em 7.343, ou seja, em mais de 14%, o número de vereadores hoje eleitos nos Municípios brasileiros²³⁰. Significa dizer que parte das verbas públicas reunidas mediante o pagamento de tributos pelos cidadãos e designadas atualmente a outros fins diversos, como a saúde, a educação e a assistência social, deverá ser agora destinada à cobertura de finalidades que, salvo melhor juízo, revelam-se ilegítimas e cujas despesas são absolutamente dispensáveis.

Não desejando adentrar de forma profunda nas questões referentes a essa proposta de emenda, deseja-se, especialmente, mostrar que o exercício do Poder de Reforma, mesmo quando constitucional, pode apresentar-se, muitas vezes, ilegítimo, acarretando incontroverso prejuízo ao ideal democrático. Acredita-se, pois, ser necessária a existência de algum mecanismo de aferição da legitimidade das modificações realizadas na Lei Fundamental. Não basta que elas respeitem o conteúdo essencial das cláusulas pétreas, mas é imprescindível, em um Estado Democrático, que a atividade do Constituinte Derivado tenha sempre o princípio democrático como norte, como instância informadora do conteúdo da emenda constitucional.

Para a verificação da legitimidade das alterações no Texto Maior, crê-se que a previsão de consultas à população através de referendos configurar-se-ia a forma ideal de aferição da observância do princípio democrático, uma vez que seria obtida diretamente do povo uma resposta inequívoca a respeito da concordância, ou não, da reforma com a vontade dos cidadãos. Defende-se, pois, que deveria ser somada ao rol de limitações formais ao Poder de Reforma a consulta popular, a fim de que a Constituição apenas fosse modificada quando a emenda estivesse em

²³⁰ Proposta de Emenda Constitucional nº 333. Autor: Dep. Pompeo de Mattos – PDT/RS. Disponível em: “<http://www.camara.gov.br>”. Acesso em 06 de maio de 2009.

conformidade com os desejos do povo, titular absoluto e indisponível do poder político.

No entanto, reconhece-se que essa solução encontra-se obstaculizada pelo simples fato de que não existe a aludida previsão em sede constitucional. Embora se acredite ser a solução que melhor harmonize a soberania popular decorrente de uma compreensão democrática das cláusulas pétreas e a segurança jurídica derivada de uma leitura à luz de uma concepção de cunho constitucionalista, configura-se uma idealização meramente teórica e inaplicável no atual contexto constitucional brasileiro.

Nesse diapasão, procurando uma alternativa que tenha maior facilidade de implementação, talvez a função de aferir a legitimidade das emendas deva ser imputado ao órgão responsável, por excelência, pelo controle dos atos do Parlamento. Essa segunda proposta tem como alicerce fundamental a atuação do Poder Judiciário não como mero verificador da observância das cláusulas pétreas pelo Poder de Reforma, mas, também, como um órgão cujo exercício tenha como objetivo principal o reforço e a proteção do regime democrático.

Note-se que a apreciação das emendas constitucionais pelo Judiciário, no que tange especificamente ao seu objeto material, passaria a abranger duas distintas etapas, quais sejam, a verificação do respeito do núcleo essencial das cláusulas superconstitucionais e o exame da correspondência do conteúdo da emenda à vontade geral do povo.

Não obstante o estabelecimento de dois momentos autônomos, pode-se perceber que o procedimento como um todo se conduz à luz da democracia. Explica-se: embora aparentemente apenas a segunda etapa prestigie o ideal democrático, é possível aferir, através de uma análise crítica das cláusulas pétreas, que cada uma delas possui um centro que traduz, invariavelmente, a vontade geral do povo e que prestigia, em última instância, o princípio democrático.

Nesse sentido, é possível vislumbrar de forma clara essa correlação entre democracia e o conteúdo fundamental dos valores abrangidos pelas

cláusulas de eternidade na Constituição de 1988. Primeiramente estabelecido, acredita-se que o princípio federativo previsto no artigo 60, § 4º, inc. I, da CF, traz como conteúdo marcante a atribuição ao conjunto de indivíduos de cada um dos entes federativos da possibilidade de se governar de acordo com as suas próprias características e peculiaridades. Em um país de ampla dimensão territorial de significativa diversidade cultural, como é o caso do Brasil, é imprescindível que a essas diferentes comunidades regionais e locais seja conferida a capacidade de autodeterminação, sob pena de prejuízo ao princípio democrático²³¹.

No que tange ao núcleo essencial do voto direto, secreto, universal e periódico (artigo 60, § 4º, inc. II, da CF), é manifesta a sua importância à preservação da democracia, visto que o direito de participação política é elemento indispensável a um regime baseado na soberania popular²³².

Da mesma forma, o respeito ao conteúdo essencial do princípio da separação dos poderes (artigo 60, § 4º, inc. III, da CF) revela-se imperativo à manutenção da ordem democrática, na medida em que impõe a negação de um poder soberano que possa, a qualquer momento, violar ou revogar direitos individuais ou, ainda, vir a ignorar qualquer aplicação do princípio democrático.

Por derradeiro, a proteção do núcleo dos direitos e garantias individuais²³³ (art. 60, § 4º, inc. IV, da CF) guarda, também, estreita relação com o exercício da soberania popular²³⁴, uma vez que, apenas através do gozo de direitos fundamentais mínimos e da promoção da dignidade da pessoa humana, torna-se possível a “liberdade comunicativa para a prática da cidadania e o preenchimento das necessidades públicas”²³⁵.

²³¹ MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 802.

²³² Ibid. p. 729.

²³³ Ao tema das restrições e da preservação e da definição do núcleo essencial dos direitos fundamentais será dedicado inteiramente o próximo sub-capítulo (item 2.4).

²³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., p. 290.

²³⁵ DERANI, Cristiane. *Direitos Fundamentais e Democracia*. in. MELLO, Celso D. de Albuquerque & TORRES, Ricardo Lobo (diretores). *Arquivos de Direitos Humanos*, v. 1. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 1999. p. 69.

Dessa forma, embora a primeira etapa de análise seja realizada às lentes das cláusulas pétreas – explícitas ou implícitas –, ela tende, também, a privilegiar indiretamente a soberania popular enquanto preceito norteador da atividade reformadora da Lei Fundamental.

No que diz respeito à segunda etapa, ainda mais, o princípio democrático revela-se o parâmetro guia para a aferição da legitimidade das emendas, visto que esse segundo momento consiste precisamente em inquirir se o conteúdo desta está em sintonia com os anseios dos cidadãos. Entretanto, surge uma questão que merece ser considerada: de que forma o Poder Judiciário, órgão aparentemente despidido de legitimidade democrática, tem competência para apreciar se determinada emenda constitucional corresponde, ou não, à vontade geral do povo? Em outras palavras, há alguma maneira através da qual juízes não eleitos estariam aptos a declarar se uma restrição a princípio fundamental estabelecida pelo Poder Constituinte Derivado traduz com fidelidade o pensamento popular?

Acredita-se que, desde logo, o Judiciário deve realizar uma análise específica da ponderação feita pelo Parlamento, verificando se esta, de fato, configura-se proporcional e razoável. É importante destacar que, embora, como já mencionado no sub-capítulo 1.4.2, a técnica da ponderação possa ser utilizada pelos três poderes públicos, não cabe ao Judiciário refazer a ponderação efetuada pelo Parlamento. Restringindo-se a atuar de forma a controlar os atos deste poder e não de estabelecer políticas públicas e o destino a ser percorrido pela sociedade, cabe aos juízes, tão-somente, verificar se os exames inerentes à proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) foram satisfeitos.

Caso se constate que há claramente outros meios mais eficientes ou que restrinjam em menor grau a eficácia do bem constitucional objeto da emenda, desde logo será possível afirmar que esta não condiz com os ideais democráticos, uma vez que inequivocamente é de interesse público que, em caso de conflito entre dois interesses socialmente compartilhados, estes sejam otimizados.

Ultrapassada a investigação da proporcionalidade, deve-se, ainda, aferir se as modificações no Texto Maior fluem no mesmo sentido no qual se dirige o desejo popular. Para tanto, o Poder Judiciário deveria atuar como “fórum da razão pública”, ou seja, servir como espaço no qual deveriam ser expostos os diversos posicionamentos existentes na sociedade a respeito da matéria objeto da emenda constitucional, para, assim, verificar se esta traduz, ou não, a vontade geral dos cidadãos.

Ressalta-se, no entanto, que esse campo argumentativo aberto em sede do Poder Judiciário deve ser aproveitado para a adução de razões verdadeiramente públicas, e não de entendimentos meramente religiosos ou filosóficos. Os diversos fragmentos da sociedade civil, afastados de idéias egoístas e munidos de um senso de justiça, deliberariam sobre a estrutura básica da sociedade objetivando sempre ao bem comum. O debate público, portanto, deve seguir uma linha que vise a interesses socialmente compartilhados e que preze, em última análise, a justiça social²³⁶.

Partindo dessa perspectiva do papel do Poder Judiciário no controle da constitucionalidade e da legitimidade das emendas constitucionais, ele

“não usurpará competências dos órgãos legitimados pelo voto, nem transgredirá a democracia. Conforme se aludiu (...), o Judiciário pode desempenhar importantíssimo papel de árbitro do jogo democrático, evitando a sua convação em um “vale-tudo eleitoral”, com nítido benefício dos detentores de maior poder político e econômico em detrimento das minorias”.²³⁷

Com efeito, a idealização desse novo papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário no controle do exercício do Poder Reformador não importa em atribuir aos juízes poderes para afirmar, através de uma compreensão individual, se determinada emenda guarda harmonia, ou não, com os anseios populares. Ao contrário, as decisões judiciais, além de estarem sujeitas ao crivo da opinião pública, devem fundamentar-se na vontade do povo emanada através de fóruns públicos caracterizados pela participação

²³⁶ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 221-222.

²³⁷ Ibid. p. 224-225.

do *amicus curiae* e pelo estabelecimento de audiências públicas, através das quais a sociedade civil teria imprescindível função no controle da legitimidade das emendas constitucionais²³⁸.

À vista do exposto, tal concepção acerca da função do Poder Judiciário tende não apenas a privilegiar os ideais da democracia e da soberania popular, mas, ao mesmo tempo, vem garantir a intangibilidade do núcleo dos princípios básicos da República Federativa do Brasil e, em especial, a proteção dos direitos fundamentais.

Ocorre que, sobre o tema específico dos direitos fundamentais e da proteção a eles conferida pela Constituição de 1988, a doutrina costuma se ater com um pouco mais de minúcia, razão pela qual será separado a ele o estudo integral do próprio sub-capítulo.

2.4. Direitos Fundamentais Como Limites ao Poder de Reforma

O Constituinte de 1988, pela primeira vez na história do Direito brasileiro, resolveu gravar direitos inerentes à pessoa humana com a condição de cláusulas pétreas. Inserindo-os, finalmente, no elenco explícito do artigo 60, § 4º, a atual Carta colocou termo à controvérsia antes existente a respeito da sua inclusão no rol dos limites materiais implícitos ao Poder de Reforma²³⁹.

Não obstante, a doutrina pátria ainda mostra-se divergente no que tange à questão da abrangência das cláusulas perenes na esfera dos direitos fundamentais. Desde logo, percebe-se a existência de uma primeira corrente na doutrina jurídica que, partindo de uma interpretação estritamente literal do enunciado constante no inciso IV do referido dispositivo, advoga que a expressão utilizada teve como objetivo petrificar, tão-somente, os direitos e

²³⁸ Ibid. p. 226-227.

²³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 423.

garantias individuais, abrigando apenas esses do exercício do Poder Reformador.

Justificando esse entendimento, sustenta que, se realmente o Constituinte Originário desejasse que essa proteção abrangesse todos os direitos fundamentais, ele o teria feito, ao invés de expressamente restringi-la apenas aos direitos e garantias individuais. Não tendo, pois, estendido esse anteparo a quaisquer outros direitos na Constituição, não competiria ao intérprete fazê-lo. Por conseguinte, não seria atribuído o *status* da superconstitucionalidade aos direitos sociais (arts. 6º a 11, da CF), aos direitos de nacionalidade (arts. 12 e 13), aos direitos políticos (arts. 14 a 17), tampouco, aos direitos coletivos previsto nos artigo 5º. Todos esses, segunda a tese em voga, estariam excluídos da proteção outorgada pela Carta Fundamental²⁴⁰.

Em que pese a vênua conferida a esse posicionamento, infere-se que o seu raciocínio carece de razões lógico-sistemáticas, visto que o Constituinte de 1988 não traçou quaisquer aspectos distintivos no tocante ao tratamento dos diferentes direitos fundamentais²⁴¹. Inclusive, de forma diametralmente oposta, conferiu relevância ímpar, também, às suas demais gerações²⁴².

Com efeito, a Constituição, já em seu preâmbulo, dispõe expressamente que o Estado Democrático de Direito brasileiro se destina “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”. Corroborando essa valorização aos direitos sociais, proclama, no mesmo sentido, que se incluem no rol de princípios fundamentais da República Federativa do Brasil “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, inc. IV) e os objetivos de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, inc. I), de “erradicar a pobreza e a marginalização e

²⁴⁰ Ibid. p. 430-431.

²⁴¹ Ibid. p. 431-432.

²⁴² Sobre as gerações de direitos, remetemos o leitor ao que estudado realizado no sub-capítulo 1.3, quando se abordou particularmente o tema da evolução dos direitos fundamentais.

reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, inc. III) e de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, inc. IV).

Além dos direitos sociais, ou de segunda geração, houve, também, específica e explícita preocupação do Constituinte Primário em garantir a proteção de direitos coletivos e difusos, de interesse comum de toda a sociedade. É o caso, *v. g.*, do “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”²⁴³, comumente enquadrado como um direito fundamental de terceira geração.

A partir dessa sucinta análise e considerando que o objetivo principal das cláusulas de eternidade consiste justamente em impedir que sejam abolidos aqueles bens considerados pelo Constituinte de 1988 como fundamentais à manutenção da identidade da Carta, alguns doutrinadores brasileiros com reconhecida autoridade²⁴⁴ vêm defendendo que a melhor interpretação é aquela que prega uma leitura ampliativa do enunciado em questão, através da qual não somente os direitos e garantias individuais poderiam ser considerados superconstitucionais, mas, da mesma forma, todas as demais espécies e gerações de direitos fundamentais expressos na Constituição.

Há, entretanto, quem alegue que uma interpretação expansiva da proteção incutida no artigo 60, § 4º, inc. IV, acarretaria excessiva restrição ao princípio democrático enquanto preceito norteador da atividade do Poder de Reforma, na medida em que esse poder estaria privado de modificar uma quantidade substancialmente maior de normas constitucionais.

²⁴³ Artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

²⁴⁴ Defendem essa interpretação ampliativa do inciso IV, *v. g.*, Ingo Wolfgang Sarlet e Rodrigo Brandão (respectivamente, SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 430-436, e BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 54-57 e 195-204). Entretanto, é possível reconhecer alguns doutrinadores, como é o caso do professor Gilmar Ferreira Mendes, que defendem uma leitura restritiva do referido enunciado, através da qual se atribui a condição de cláusulas superconstitucionais apenas às liberdades individuais (MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Limites da Revisão Constitucional*. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, nº 21, out./dez., 1997. p. 69-91).

Em que pese esse argumento, é necessário relembrar que a garantia das cláusulas pétreas retira do exercício desse poder apenas a possibilidade de abolir os direitos fundamentais, ainda sendo toleradas aquelas limitações que mantenham íntegro o seu núcleo.

Inobstante, há que se reconhecer uma segunda controvérsia que se apresenta ainda não resolvida. Partindo do posicionamento doutrinário majoritário, que afirma que a expressão “direitos e garantias individuais” significa, na realidade, “direitos fundamentais”²⁴⁵, a determinação de quais direitos previstos como fundamentais constituem, realmente, limites materiais à reforma constitucional é, ainda, objeto de importantes debates.

A Carta de 1988, visando à valorização do ser humano e de sua dignidade, cuidou de estabelecer um conceito de direitos fundamentais que se baseasse não apenas em um ponto de vista formal, através do qual somente aqueles direitos definidos expressamente como fundamentais pelo Constituinte Originário receberiam essa qualificação. Com efeito, mediante o disposto no artigo 5º, § 2º, da CF²⁴⁶, foi permitida a existência de direitos atinentes à pessoa humana que, embora estivessem fora do catálogo estabelecido em 1988, seriam dotados de fundamentalidade em virtude da relevância de seu conteúdo.

Diante desse quadro, é razoável concluir que a Carta Maior previu que esses direitos poderiam firmar a sua fundamentalidade em dois diferentes aspectos. Primeiramente, em um sentido formal, a sua

²⁴⁵ Desde logo, é necessário assinalar a diferença existente entre os termos ‘direitos fundamentais’ e ‘direitos humanos’. Valendo-se, novamente, dos importantes ensinamentos de Ingo Sarlet, “Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelem um inequívoco caráter supranacional (internacional)” (Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 35-36).

²⁴⁶ Artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

fundamentalidade basear-se-ia, como já aludido, na sua atribuição expressa pelo Constituinte Originário. Seriam, pois, aqueles direitos estabelecidos no Título II da Carta, alocados de forma intencional no topo do ordenamento jurídico.

Por outro lado, a fundamentalidade material, desvinculada ao seu sentido formal, “decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”²⁴⁷. Consiste, portanto, no fato de que, independentemente de onde estejam esses direitos figurados no Texto Maior, traduzem as opções políticas essenciais que identificam o conteúdo deste com os ideais compartilhados pelo povo.

À luz do exposto, ao estabelecer uma concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais, a Constituição Federal acabou dilatando o rol de direitos assim considerados, na medida em que este abrangeria tanto aqueles direitos elencados no Título II (direitos formalmente fundamentais), quanto outros dispersos no Texto Constitucional (direitos materialmente fundamentais)²⁴⁸.

Note-se que essas duas faces da fundamentalidade dos direitos em questão não se apresentam necessariamente conectados, visto que um direito materialmente fundamental pode, ou não, estar compreendido no catálogo estabelecido pelo Constituinte de 1988.

Sob esse prisma, a jurisprudência vem pacificando o entendimento de que aos direitos materialmente fundamentais, mesmo quando não constantes do Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” – ou, tampouco, do artigo 5º, deve-se atribuir a condição de cláusula pétrea. É o que se depreende da decisão proferida em sede da ADIn 939-7/DF²⁴⁹,

²⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 89.

²⁴⁸ Ibid. p. 96-99.

²⁴⁹ Não obstante ter se declarado competente para apreciar a constitucionalidade de emendas constitucionais em outras oportunidades, o STF, quando do julgamento da ADIn 939-7DF, declarou, pela primeira vez no Direito brasileiro a inconstitucionalidade de uma emenda (Cf. STF.

quando o STF, julgando parcialmente procedente a referida ação, afirmou que a EC nº 03, de 1993, havia infringido a cláusula de eternidade consubstanciada no artigo 60, § 4º, inc. IV, da CF, na medida em que previu a inaplicabilidade do direito (materialmente) fundamental à anterioridade tributária (art. 150, inc. III, alínea *a*, da CF) ao Imposto Provisório sobre a Movimentação Financeira (IPMF).

Desse modo, independentemente da sua fundamentalidade formal, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de que aos direitos materialmente fundamentais deve, sim, atribuir-se o *status* da superconstitucionalidade. Entretanto, no que tange aos direitos cuja fundamentalidade ampara-se estritamente no seu aspecto formal, ainda muito se discute sobre a sua inclusão no rol dos limites materiais ao Poder de Reforma.

Com efeito, dois diferentes pontos de vista tentam conferir solução à referida questão. De um lado, há aqueles que advogam que, embora seja admissível imaginar a existência de direitos formalmente fundamentais que não o sejam em sentido material, não cabe ao intérprete da Carta reconsiderar as opções políticas adotadas pelo Constituinte Originário. Conseqüentemente, para aqueles que acolhem esse entendimento, todos os direitos formalmente fundamentais seriam, também, materialmente fundamentais e, portanto, todos eles experimentariam da proteção imprimida pelas cláusulas de eternidade.

Compartilhando dessa opinião, Ingo Wolfgang Sarlet leciona:

“no elenco dos direitos individuais e coletivos do art. 5º, bem como no rol dos direitos sociais (arts. 6º a 11), se detectam dispositivos de fundamentalidade material no mínimo controversa, tais como o art. 5º, incs. XXVIII e XXIX, bem como o art. 7º, incs. XI e XXIX, além de alguns dos incisos do art. 8º, que versa sobre a liberdade de associação sindical. São dispositivos que, sem dúvida, não guardam relação direta com a proteção da dignidade humana ou que decorram de forma inequívoca dos princípios e do regime da nossa Constituição como posições essenciais do indivíduo na sua dimensão individual e social. Em suma, cuida-se de normas que não se enquadram nos parâmetros (reconhecidamente

empíricos e elásticos) traçados para a identificação dos direitos materialmente fundamentais, muito embora não estejam em discussão a importância da matéria (ao menos no que diz com alguns dos dispositivos) e a pertinência de sua previsão na Constituição formal com o objetivo de evitar sua disponibilidade ampla por parte do legislador ordinário. Não se poderá deixar de considerar que incumbe ao Constituinte a opção de guindar à condição de direitos fundamentais certas situações (ou posições) que, na sua opinião, devem ser objeto de especial proteção, compartilhando o regime da fundamentalidade formal e material peculiar dos direitos fundamentais”.²⁵⁰

Contrapondo-se a esse primeiro posicionamento, há uma segunda corrente que sustenta a restrita atribuição da condição de cláusulas pétreas àqueles direitos materialmente fundamentais²⁵¹. Justificando essa concepção inicialmente de um ponto de vista teórico, alegam os seus defensores que conferir fundamentalidade material a alguns específicos dispositivos elencados no Título II, como, *v. g.*, o reconhecimento da instituição do júri (art. 5º, inc. XXXVIII), a obrigatoriedade de o racismo, a ação de grupos armados, a tortura e o tráfico ilícito de entorpecentes constituírem crime inafiançável (art. 5º, incs. XLII, XLIII e XLIV), revelar-se-ia absolutamente impróprio, uma vez que esses preceitos não mereceriam, nem ao menos, o *status* de norma constitucional²⁵². Configurar-se-ia, portanto, uma intrínseca contradição, uma vez que haveria direitos ‘materialmente’ fundamentais que, de fato, não o seriam.

Como não se bastasse, agrega-se a isso a circunstância de que tal posicionamento, do ponto de vista pragmático, limitaria excessivamente o princípio democrático e o seu exercício através do Poder de Reforma, visto que se encontrariam petrificados pelo artigo 60, § 4º, elementos insignificantes à manutenção da identidade da ordem jurídico-constitucional. A consequência seria inevitável: restringir-se-ia o campo de atuação desse poder de tal forma que impossibilitaria que o povo, em sua geração atual, pudesse estabelecer as diretrizes do próprio destino social,

²⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 161-162.

²⁵¹ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 204.

²⁵² Ibid. p. 197.

acarretando, assim, um grave risco à instituição de um verdadeiro “governo dos mortos sobre os vivos”²⁵³.

À luz dessas ponderações e conferindo coerência ao entendimento esmiuçado no decorrer desse estudo, acredita-se ser imprescindível à harmonização dos ideais de democracia e de segurança jurídica que sejam removidas do âmbito de atuação do Poder de Reforma apenas aquelas matérias que verdadeiramente traduzam as opções fundamentais da ordem constitucional. Outrossim, na esteira dos estudos realizados por Rodrigo Brandão²⁵⁴, defende-se que o melhor posicionamento acerca da questão em tela é aquele que atribui o *status* da superconstitucionalidade apenas aos direitos materialmente fundamentais, sob pena, frise-se, de esvaziar a incidência do princípio democrático na atividade atualizadora da Constituição.

Não obstante sustente-se que apenas aos direitos materialmente fundamentais deve-se atribuir a condição de cláusulas pétreas, é necessário reconhecer que nem mesmo esses bens essenciais à ordem jurídica podem servir de barreiras absolutas ou intransponíveis ao exercício do Poder Reformador. Nesse sentido, como já aludido anteriormente, a proteção imprimida pelas cláusulas de eternidade deve adstringir-se ao núcleo fundamental desses direitos, sob pena de retirar do povo o seu direito de autodeterminação e de tornar insuperáveis as eventuais colisões entre princípios relevantes, em manifesto prejuízo, respectivamente, ao princípio democrático e ao princípio da unidade da Constituição.

Diante desse quadro, embora a doutrina aceite o caráter relativo dos direitos fundamentais e a exigibilidade de sua harmonização com outros bens constitucionais, a instituição de adstrições ao seu conteúdo apresenta-se objeto de acirrada polêmica no campo da Teoria dos Direitos

²⁵³ Ibid. p. 206-207.

²⁵⁴ Ibid. p. 204.

Fundamentais²⁵⁵. Nesse diapasão, é possível identificar duas posições que abordam de forma substancialmente antagônicas a existência de conflitos envolvendo os direitos fundamentais.

De um lado, a teoria interna tem como alicerce de sua tese a impossibilidade de serem realizados recortes externos aos direitos fundamentais, afirmando, por conseguinte, que o seu âmbito de proteção deve ser estabelecido exclusivamente através de uma leitura intrínseca à luz da sua previsão constitucional²⁵⁶. Em outras palavras, não seriam permitidas limitações que não estivessem expressamente autorizadas, cabendo ao Parlamento, tão-somente, revelar a extensão e o alcance normativos predeterminados na Lei Fundamental²⁵⁷.

Ocorre que, ao defender que os direitos fundamentais possuem, desde logo, um conteúdo delimitado pelo Texto Constitucional e que esse conteúdo não se sujeitaria a restrições de espécie alguma, a teoria interna contrapõe-se a existência de choques que abarquem esses direitos, bem como, por conseqüência, rechaça veementemente a utilização da técnica da ponderação de interesses como forma de solucionar esses embates. Assim, os conflitos entre direitos fundamentais importariam, na verdade, em “pseudocolisões”, as quais confeririam ao intérprete a simplificada tarefa de identificar o contorno e o âmbito de proteção do direito previstos na Carta²⁵⁸.

²⁵⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma Contribuição ao Estudo das Restrições aos Direitos Fundamentais na Perspectiva da Teoria dos Princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 139.

²⁵⁶ Nesse sentido, procurado explicar os conceitos de ‘restrições’ e de ‘delimitações’ para fins de diferenciação das teorias interna e externa, Jane Reis Pereira afirma que: “A *restrição* – também chamada de *limitação* – corresponde a previsões normativas e interpretações que operam uma *diminuição da esfera máxima de incidência do direito* que, a princípio, pode ser extraída de sua definição constitucional, mediante o estabelecimento de condições e obstáculos ao seu exercício. Já a *configuração* – também intitulada *conformação, delimitação ou regulação* –, é entendida como a *densificação do conteúdo normativo do direito*, realizada por meio do detalhamento de seu conceito, da especificação de suas formas de exercício e do estabelecimento de garantias processuais aptas a salvaguardá-lo” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 138).

²⁵⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 140-141.

²⁵⁸ Ibid. p. 141.

Por sua vez, a teoria externa, entendendo diferentemente a respeito da forma de lidar com os conflitos envolvendo direitos fundamentais, traz a idéia de que deve ser maximizado o âmbito de incidência desses direitos, visto que estes, enquanto princípios sintetizadores dos ideais compartilhados pela sociedade, devem ser aplicados ao maior número possível de situações concretas²⁵⁹.

Desse modo, essa teoria faz clara diferenciação entre o direito fundamental e direito adstringido. Enquanto aquele seria o direito amplamente considerado, este consistiria naquilo que sobrou daquele após serem instituídas eventuais restrições provenientes da necessidade de harmonização com outros bens constitucionalmente protegidos²⁶⁰.

Como se pode aferir, a teoria externa, mediante a técnica da ponderação de interesses, permite que sejam criadas verdadeiras limitações aos direitos fundamentais, realizadas estas através de um procedimento composto de duas etapas:

“Na primeira fase, o intérprete deve determinar, da forma mais ampla possível, as diversas faculdade e posições jurídicas que decorrem do direito fundamental em jogo. Trata-se de verificar, à luz do dispositivo que assegura o direito, seu “*conteúdo inicialmente protegido*”, sem tomar-se em consideração se outros direitos individuais ou interesses comunitários podem ser afetados ou restringidos. A leitura da norma, nessa etapa, é a mais ampliativa possível. Sem embargo, devem ser levados em conta as limitações estabelecidas no próprio preceito que outorga o direito (por exemplo, a esfera de proteção do direito de associação só ampara a constituída para “fins lícitos”, vendado, *ab initio*, as de caráter paramilitar).

No segundo momento, promove-se a harmonização do amplo “*conteúdo inicialmente protegido*” do direito com os direitos e bens constitucionais que se apresentem como contrapostos, a fim de identificar o “*conteúdo definitivamente protegido*”. São traçados, assim, os *limites definitivos* do direito, os quais, para essa concepção, são limites externos, já que resultam do “recorte” do conteúdo inicialmente protegido do direito fundamental”.²⁶¹

²⁵⁹ Remetendo-se ao que foi dito no item 1.2, os princípios, nos quais se incluem os direitos fundamentais, constituem mandados de otimização, devendo incidir, tanto quanto possível, no maior número possível de hipótese *in concreto* (Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 86).

²⁶⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 146.

²⁶¹ Ibid. p. 147.

Resumidamente, pode-se dizer que, enquanto a teoria interna pretende determinar *a priori* as fronteiras que delimitam o conteúdo do direito fundamental e afirma que fora destas inexiste qualquer fração do direito, a teoria externa atribui a eles o maior campo de atuação possível, apenas restringindo-o caso haja necessidade de compatibilizá-los com outros interesses constitucionais igualmente relevantes.

Não obstante as críticas que podem ser dirigidas às duas teorias, a jurisprudência e a doutrina majoritárias se inclinam à adoção da teoria externa, mormente em razão das características que impregnam o constitucionalismo contemporâneo. Isso se deve pelo fato de que a teoria interna, ao considerar a impossibilidade de serem impostas restrições não autorizadas pela Constituição, tende a defender que esses direitos devam ser aplicados segundo a lógica do “tudo ou nada”, própria das regras²⁶².

Todavia, o atual estágio da ciência jurídica evidencia que os direitos fundamentais gozam de uma dupla dimensão (vide sub-capítulo 1.3), através da qual, sintetizando valores comuns aos indivíduos da sociedade, se apresentam, especialmente, sob a forma de princípios. Amparada nessa linha de raciocínio, a teoria externa admite a existência de conflitos, reconhecendo, inclusive, a possibilidade/necessidade de serem estabelecidas restrições aos direitos fundamentais.

Como pode se depreender, a teoria externa melhor se afina com o atual contexto jurídico, no qual se insere o Direito brasileiro. Tendo em vista que a configuração da Carta de 1988 revela-se carregada de ideais humanitários e valores dirigidos à realização da justiça, não há como se sustentar que essa extensa gama de direitos fundamentais teve o seu núcleo claramente delimitado pela Constituição, nem, tampouco, que todo o seu conteúdo não expressamente demarcado sirva de obstáculo insuperável ao exercício do Poder Reformador.

Desse modo, é necessário e conveniente que os direitos fundamentais, previstos de forma genérica e abstrata pela Carta, estejam

²⁶² BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 250 e 282-283.

sujeitos a restrições – em virtude de conflitos que inevitavelmente ocorrerão –, a fim que a coerência e a integridade da Constituição permaneçam intactas.

Inobstante,

“A admissão da restringibilidade dos direitos fundamentais traz consigo um inevitável paradoxo. É que, se a constitucionalização dos direitos visa a fazê-los atuar como mecanismos de contenção do poder estatal, a noção de que o Estado pode limitá-los surge como uma aparente contradição do caráter vinculante que as normas de direitos fundamentais devem ostentar.

Essa incoerência é resolvida dogmaticamente com o recurso à idéia de que a atividade limitadora do Estado deve ser, também, uma atividade limitada. O pensamento liberal, desde o liminar do constitucionalismo, destacou a necessidade de se estabelecer uma série de barreiras destinadas a circunscrever o poder do Estado quando se trata de impor limitações aos direitos fundamentais”.²⁶³

Nessa perspectiva, cunhou-se a expressão “limites dos limites”, através da qual se intentou estabelecer certas restrições à atuação do poder público a fim de que os direitos fundamentais se mostrassem minimamente resguardados das adstrições dele provenientes. Assim, a doutrina²⁶⁴ tem estabelecido como principais entraves às limitações desses direitos a *reserva de lei*, o *princípio da proporcionalidade*²⁶⁵ e a *proteção do seu núcleo essencial*, aos quais se acrescenta a necessidade de que a restrição traduza com fidelidade a vontade geral do povo, em *observância ao princípio democrático*.

Primeiramente, a necessidade de reserva de lei carrega consigo a idéia de que apenas aquelas adstrições previstas em *lei em sentido formal* são aptas a demarcar o alcance ou o conteúdo de um direito fundamental. Como faceta do princípio da legalidade, significa que cabe somente ao Parlamento, enquanto conjunto de representantes eleitos do povo, a

²⁶³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 297.

²⁶⁴ Ibid. p. 301-382.

²⁶⁵ Como já explicado detalhadamente no item 1.4.2, poupar-se-á o leitor da releitura de todos os exames inerentes ao princípio da proporcionalidade.

instituição de limitações a esses direitos, não podendo ser implantadas por medidas administrativas que não tenham fundamento legal²⁶⁶.

No que tange especificamente ao exercício do Poder de Reforma, é inteiramente razoável dizer que, “se lei formal pode promover restrição a direito fundamental, com muito mais razão emenda constitucional poderá fazê-lo”²⁶⁷. Nesse ponto, merece um pequeno resgate ao estudo referente aos limites materiais ao Poder Reformador (sub-capítulo 2.3).

A Constituição dispôs que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a *abolir* (...)” (*grifo nosso*). Como já dito, o Poder Reformador não se encontra plenamente coibido de estabelecer restrições aos princípios gravados pela condição de cláusula de eternidade, dentre os quais se incluem os direitos fundamentais. Por conseguinte, são permitidas modificações ao conteúdo desses bens constitucionais, desde que seja preservado o conteúdo essencial minimamente garantido a eles pela Carta Maior.

Nesse sentido, como segundo obstáculo ao exercício do Poder de Reforma, o núcleo dos direitos fundamentais funciona como o seu último reduto de proteção²⁶⁸. Consiste em um campo de proteção mínimo, uma fronteira inviolável, a qual a atividade parlamentar está impedida de ultrapassar, sob pena de incorrer no vício maior da inconstitucionalidade²⁶⁹. Ocorre que, embora o critério da salvaguarda do núcleo essencial tenha plena adesão da doutrina e dos Tribunais Constitucionais de inúmeros países, o *objeto* e a *forma de garantia* dessa proteção ainda são temas de relevantes controvérsias jurídicas.

No que tange à primeira questão, visualiza-se a contraposição de duas teorias. A teoria objetiva preconiza que o anteparo a esses direitos

²⁶⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 301-309.

²⁶⁷ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 268.

²⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Op. cit., p. 141.

²⁶⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 369.

abrange apenas a sua dimensão objetiva, enquanto bens ou princípios enaltecidos pela Constituição. Por conseguinte, permitir-se-ia que eles sofressem adstrições ou, até mesmo, que fossem afastados, a fim de que o ordenamento jurídico permanecesse íntegro, independentemente dos direitos subjetivos que deles procedessem²⁷⁰.

Como muito bem assevera Jane Reis Pereira, essa teoria tem como ponto falho o fato de que

“retira da cláusula do núcleo essencial todo seu sentido útil, porquanto impede que esta opere como garantia da finalidade basilar dos direitos fundamentais, que é precisamente proteger as pessoas concretamente consideradas”.²⁷¹

Por outro lado, visando combater essa deficiência, a teoria subjetiva vem sustentar que o princípio da proibição do excesso aplicado aos direitos fundamentais visa, principalmente, à proteção das situações jurídicas individuais. Assim, ao menos no tocante ao seu conteúdo essencial, estariam garantidos os direitos subjetivos provenientes desses enunciados constitucionais, visto que eles não poderiam ser objeto de abolição, seja através de lei *stricto sensu*, seja através de emenda constitucional²⁷².

Ocorre que, da mesma forma que a teoria objetiva apresenta-se falha quando retira dos direitos fundamentais a sua principal função, qual seja, a proteção do indivíduo em face do Estado, a teoria subjetiva revela-se insuficiente, porquanto não consegue lidar com situações em que os direitos fundamentais são totalmente comprimidos em razão da absoluta preeminência *in concreto* de outro bem ou direito constitucionalmente relevante²⁷³.

Note-se que, além de ambas as teorias mostrarem-se problemáticas no que se refere ao estabelecimento do objeto protegido pela salvaguarda do

²⁷⁰ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 276.

²⁷¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 369.

²⁷² Ibid. p. 370.

²⁷³ Ibid. p. 370-371.

núcleo essencial dos direitos fundamentais, elas não se preocupam em versar sobre a maneira de ser definida essa garantia, seja no plano objetivo, seja no plano subjetivo²⁷⁴. Em razão disso, outras duas teorias surgem para tentar solucionar mais esse problema atinente à Teoria dos Direitos Fundamentais.

Para a teoria relativa (= do núcleo flexível), a proteção inculcada ao núcleo essencial dos direitos fundamentais deve ser determinada à luz do caso concreto e através da utilização da técnica da ponderação e dos princípios interpretativos traduzidos pela Nova Hermenêutica Constitucional, em especial, o princípio da unidade da constituição e o princípio da proporcionalidade. Nessa perspectiva, esse posicionamento repulsa qualquer possibilidade de determinação da essência de um direito a partir de uma análise feita *a priori* e abstratamente²⁷⁵, visto que, conforme ensina Robert Alexy,

“Según la teoría relativa, el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación. Las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad”.²⁷⁶

Por sua vez, a teoria absoluta, ou do núcleo duro, proclama que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve ser delimitado em abstrato, não podendo, em hipótese alguma, ser objeto de restrições em razão de conflitos pontuais e concretos com outros interesses. Conseqüentemente, os direitos fundamentais seriam compostos, desde logo, de duas partes: a primeira considerada essencial e impassível de limitações; e a segunda não essencial, sujeita, apenas esta, a restrições, desde que

²⁷⁴ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 278.

²⁷⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 371.

²⁷⁶ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 288.

respeitados as fases e os princípios orientadores da ponderação de interesses²⁷⁷.

Não obstante todas as críticas dirigidas às quatro teorias acima expostas²⁷⁸, pode-se aferir ligeira tendência dos Tribunais Constitucionais, em especial, do STF, a aderir às teorias subjetiva e absoluta, na medida em que, visando à garantia e à eficácia dos direitos (subjetivos) fundamentais, impedem que sejam instituídas adstrições que violem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais²⁷⁹.

Na esteira desse entendimento, o Poder de Reforma, em plena observância ao princípio democrático, estaria livre para estabelecer todo tipo de limitações que não infringissem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais determinado *a priori* e a partir da perspectiva de seu titular. Por conseguinte, a dupla dimensão desses direitos estaria preservada, visto que, em consonância com a vedação constitucional de emendas tendentes a aboli-los, os direitos subjetivos conservar-se-iam incólumes, assim como os valores éticos e humanitários preconizados na Constituição.

Em que pese as conclusões obtidas e os efeitos práticos sentidos a partir dessas teorizações, pode-se perceber que o esforço empregado pela doutrina a fim de estabelecer o critério ideal de delimitação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais revela-se, ainda, absolutamente dissonante. No entanto, dentre os variados parâmetros propostos, um deles, a nosso ver, apresenta-se mais consistente e em conformidade com os princípios traduzidos na Carta Magna.

Ao longo do Texto Fundamental, é notável a preocupação incutida pelo Constituinte Originário de conceber um ordenamento jurídico fortemente assinalado pela proteção do indivíduo como ser humano dotado de dignidade. Nessa esteira, além de formular um extenso catálogo de

²⁷⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 372-273.

²⁷⁸ Para melhor compreensão dessas teorias e das críticas a ela esboçadas, recomenda-se a leitura da obra de Jane Reis Pereira. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Op. cit., em especial, p. 366-382.

²⁷⁹ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 282-283.

direitos vinculados à pessoa, previu, pela primeira vez no constitucionalismo pátrio, um título próprio destinado aos princípios fundamentais logo na parte inaugural de seu texto²⁸⁰, nele incluindo, também sem precedência, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF).

Ocorre que, para além dos princípios e direitos fundamentais estabelecidos introdutoriamente na Lei Maior, o Constituinte cuidou, também, de atrelar a atuação e os objetivos do Estado à dignidade da pessoa humana em diversos outros enunciados constitucionais. É o que se extrai, v. g., do artigo 34, que prevê a possibilidade de intervenção federal em hipóteses em que não esteja sendo observado esse valor supremo, e de diversos outros dispositivos previstos na Carta Maior atinentes à proteção e à criação da criança e do adolescente (arts. 226 a 230, da CF).

Diante desse quadro, pode-se perceber que a Constituição Federal atual, reconhecendo que o Estado brasileiro deve existir em função do indivíduo, e não contrário²⁸¹, transformou o princípio da dignidade da pessoa humana no epicentro axiológico da ordem jurídico-constitucional²⁸², conferindo a ele os papéis de orientar a interpretação do ordenamento e de servir de fundamento primeiro ao exercício do poder público. Em decorrência disso, importantes doutrinadores não hesitam em proclamar que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais estaria intimamente conectado a esse princípio.

Nesse sentido, o doutrinador português José Carlos Vieira de Andrade professa que o conjunto de direitos fundamentais tem como objetivo específico a concretização da idéia de valorização do Homem, manifestada juridicamente no princípio da dignidade da pessoa humana²⁸³.

²⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Op. cit., p. 61.

²⁸¹ Ibid. p. 65.

²⁸² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Dignidade da Pessoa Humana: O Princípio dos Princípios Constitucionais*. in. SARMENTO, Daniel & GALDINO, Flávio (organizadores). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2006. p. 163.

²⁸³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 85.

Chega, inclusive, a afirmar que, quando necessária a instituição de limitações àqueles direitos, o parâmetro absoluto através do qual se deve aferir o respeito ao núcleo essencial consiste justamente na “*dignidade do homem concreto como ser livre*”, complementando, em seguida, que “a dignidade do homem livre constitui (...) a base dos direitos fundamentais e o princípio da unidade material”²⁸⁴.

Corroborando esse entendimento, ressaltam-se, na doutrina pátria, os estudos dirigidos por Ingo Wolfgang Sarlet:

“Pode-se afirmar, portanto, à luz do exposto, que o princípio da dignidade humana constitui o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade humana (...).

Por derradeiro, há que tecer algumas considerações sobre a íntima vinculação entre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais. Neste sentido, importa salientar, de início, que o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo considerado fundamento de todo o sistema de direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que com base nesta devem ser interpretados (...). Neste sentido, há que compartilhar o ponto de vista de que os direitos e garantias fundamentais (ao menos a maior parte deles) constituem garantias específicas da dignidade da pessoa humana, da qual são – em certo sentido – mero desdobramento”²⁸⁵.

À luz dessas considerações, pode-se inferir que o princípio da dignidade da pessoa humana, além das funções anteriormente citadas, guarda estreita relação com o conteúdo intrínseco dos direitos fundamentais, na medida em que o núcleo essencial a ser preservado desses direitos consiste precisamente na proteção neles compilado do conteúdo da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, seguem os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet:

“É justamente neste contexto que o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ocupar lugar de destaque, notadamente pelo fato de que, ao menos para alguns, o conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser

²⁸⁴ Ibid. p. 236.

²⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Op. cit., p. 127-130.

identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou pela circunstância de – mesmo não aceita tal identificação – se considerar que pelo menos (e sempre) o conteúdo em dignidade da pessoa em cada direito fundamental encontra-se imune a restrições”.²⁸⁶

Assim, eventuais atos normativos promulgados pelo Parlamento, em especial as emendas constitucionais, apenas se apresentariam tendentes a abolir direitos fundamentais caso o seu conteúdo em dignidade da pessoa humana se revelasse reduzido ou comprometido. Por consequência, se a atividade reformadora da Lei Maior não intervier nesse núcleo, a emenda proposta deverá ser inteiramente considerada constitucional.

Entretanto, é necessário aditar, nesse ponto, o nosso entendimento acerca do limites do exercício do Poder Reformador. Acredita-se que não basta que uma restrição a um direito fundamental instituída através de emenda atenda aos parâmetros formais estabelecidos na Carta, tampouco que ela suporte o crivo das cláusulas pétreas, uma vez que a sua constitucionalidade não acarreta necessariamente a sua legitimidade.

Com efeito, além de estar em sintonia com os dispositivos constitucionais atinentes aos limites ao Poder de Reforma, defende-se ser imprescindível que a emenda restritiva de direitos fundamentais traduza em gênero e grau o exercício da soberania popular e a observância do princípio democrático. Em outros termos, é condição *sine qua non* à legitimidade da emenda que a adstrição estabelecida esteja em perfeita harmonia com a vontade geral do povo.

²⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. op. cit., p. 119.

3. Princípio do Direito Adquirido Como Limite ao Poder de Reforma?

3.1. O Princípio do Direito Adquirido

Como já amplamente explanado anteriormente, o desenvolvimento da ciência jurídica no decorrer dos últimos séculos esteve ligado às profundas transformações ocorridas no coração do direito constitucional. Após longo processo de mutação, o constitucionalismo contemporâneo passou a apresentar-se como um sistema composto essencialmente por valores concernentes à valorização do ser humano e à defesa dos direitos a ele inerentes. Ocorre que, dentre os inúmeros direitos fundamentais elevados ao *status* de princípio constitucional, habituou-se a incluir nesse rol um conjunto de conceitos e valores que visavam, em última análise, à promoção da segurança jurídica.

Com efeito, a valorização desse ideal decorre de uma das mais antigas necessidades do ser humano. Sugerem alguns autores que a própria formação do Estado aconteceu motivada pelo imperativo de segurança. Afirma-se que, no estado de natureza, ao mesmo tempo em que as pessoas eram absolutamente livres, elas estavam constantemente sujeitas ao perigo do mau exercício dessa liberdade por seus semelhantes. Essa ausência de qualquer proteção aos seus direitos básicos as conduziu à realização de um “contrato social”, através do qual seria cedida parcela da sua liberdade a fim de que obtivessem uma garantia de *segurança por meio do Estado*²⁸⁷.

Todavia, com o transcorrer do tempo, esse mesmo Estado a quem se delegou a função de proteger as liberdades de seus cidadãos tornou-se o seu grande profanador, na medida em que passou a subjugar e desafiar, a todo instante, os direitos e as garantias dos indivíduos. Nesse momento, a

²⁸⁷ KATAOKA, Eduardo Takemi. *Segurança Jurídica Como Direito Fundamental e as Cláusulas Gerais do Novo Código Civil Brasileiro*. in. SARMENTO, Daniel & GALDINO, Flávio (organizadores). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2006.p. 352.

segurança ansiada pelo povo não mais se restringia àquela por meio do Estado, mas, ao contrário, objetivando assegurar que o exercício do poder estatal se mantivesse cingido pelas liberdades individuais e pelo interesse público, passou a exigir-se uma *segurança contra o Estado*²⁸⁸.

Note-se que esse anteparo em face dos atos públicos não visava apenas à proteção dos direitos à vida, à integridade, à liberdade de ir e vir ou de outras garantias atinentes ao aspecto físico do ser humano. Os limites então estabelecidos ao poder do Estado tinham como objetivo, também, impedir que as ações estatais interviessem de forma abusiva na esfera jurídica dos seus cidadãos.

Diante dessa perspectiva, surge, como específica faceta dessa ampla proteção instituída contra o Estado, a idéia de *segurança jurídica*, a qual, atrelada às garantias individuais, passou a ser qualificada como um direito fundamental, uma vez que se mostrou indispensável à manutenção da paz social e à realização da justiça que o cidadão conhecesse antecipadamente os contornos exatos de seus vínculos com a sociedade e com o poder público²⁸⁹.

De todo modo, pode-se aferir que, dentre os variados valores decorrentes da *segurança jurídica*, um princípio, em especial, assumiu importante função nesse contexto, visto que, apenas através dele, conferir-se-ia a possibilidade de os indivíduos “planejarem e organizarem suas vidas, de acordo com o direito em vigor”²⁹⁰, e de alcançarem a imprescindível certeza dos efeitos dos atos por eles praticados sob a vigência de determinada lei²⁹¹.

²⁸⁸ Ibid. p. 353.

²⁸⁹ Ibid. p. 353.

²⁹⁰ SARMENTO, Daniel. *Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social*. in. SARMENTO, Daniel, *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 16.

²⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. Op. cit., p. 222. Nesse mesmo sentido, Humberto Ávila afirma que “o princípio da segurança jurídica estabelece um ideal de previsibilidade da atuação estatal, mensurabilidade das obrigações, continuidade e estabilidade das relações entre o Poder Público e o cidadão” (Cf. ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 80-81).

Acolhido por grande parte dos ordenamentos jurídicos dos povos civilizados²⁹², o princípio da irretroatividade das leis traz consigo o dogma de que uma lei existe para produzir efeitos apenas para o futuro, restando abrigadas da incidência da nova regra todas aquelas situações jurídicas anteriormente consumadas²⁹³. Todavia, embora aparentasse vir exatamente ao encontro da necessidade dos cidadãos, essa primeira e simples concepção formulada acerca desse princípio suscitou algumas importantes dúvidas a respeito da amplitude de sua aplicação, mormente no que tange aos efeitos pendentes e futuros de atos jurídicos realizados na vigência da regra anterior. Procurando, pois, elucidar qual o conteúdo atinente a esse princípio e, concomitantemente, estabelecer critérios pertinentes à resolução dos conflitos de leis no tempo, pôde-se perceber o surgimento de duas distintas correntes.

Primeiramente, promovida pelo francês Paul Roubier, a teoria objetivista trazia como tese principal a idéia de que a lei nova deveria ser aplicada desde logo às situações jurídicas vigentes, atribuindo a essa circunstância a denominação de *efeito imediato* da lei²⁹⁴. Esse posicionamento, pois, consentia com a circunstância de que os efeitos futuros dos atos jurídicos praticados sob a égide da regra antiga não estariam resguardados da incidência da lei nova. Ou seja, admitia-se a denominada “retroatividade mínima”²⁹⁵.

Nessa esteira, pode-se inferir que

“Toda sua teoria gira, basicamente, em torno da distinção entre efeito retroativo e efeito imediato (...). O primeiro seria a aplicação da lei ao passado, enquanto o segundo seria a aplicação da lei ao presente. Se a lei pretendesse aplicar-se às situações realizadas (*facta praeterita*), ela seria retroativa; se ela pretendesse aplicar-se às situações em curso (*facta pendentia*), seria necessário

²⁹² SARMENTO, Daniel. *Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social*. Op. cit., p. 16.

²⁹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Op. cit., p. 433.

²⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Em Algum Lugar do Passado. Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil*. in: BARROSO, Luís Roberto (organizador). *Temas de Direito Constitucional. Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 141.

²⁹⁵ SARMENTO, Daniel. *Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social*. Op. cit., p. 17.

traçar uma linha divisória entre o que é anterior à mudança da legislação, hipótese intangível sob pena de retroatividade, e o que lhe é posterior, sobre o que a lei nova poderia incidir. Quanto às situações futuras (*facta futura*), obviamente que não teria cabimento falar em retroatividade”.²⁹⁶

No entanto, verificou-se que essa concepção acerca da irretroatividade não guardava íntima relação com os desejos dos cidadãos de proteção em face da atuação do poder estatal, visto que ela não conferia a ampla garantia necessária à confiança dos indivíduos nos atos estatais e à almejada estabilidade da ordem jurídica.

Em razão disso, a tese que prosperou, inclusive no âmbito do ordenamento pátrio, foi aquela enunciada pela teoria subjetivista (ou teoria dos direitos adquiridos²⁹⁷) proposta pelo italiano Francesco Gabba. Segundo esse entendimento, a aplicação instantânea das novas regras às relações jurídicas estabelecidas durante o império da lei anterior configurar-se-ia, igualmente, uma retroação inválida. Defendia-se, por conseqüência, que os efeitos pendentes e futuros dos vínculos firmados sob a égide de dispositivo revogado mereciam ser respeitados²⁹⁸, em proveito e em observância ao princípio maior da segurança jurídica.

Nesse diapasão, o princípio da irretroatividade das leis passou a resumir-se, em grande parte, no princípio do direito adquirido, cuja noção atual permanece, ainda, em sintonia com aquela professada no século XIX por Gabba, qual seja um direito em (1) conseqüência de um fato idôneo à sua produção (2) e incorporado definitivamente ao patrimônio de seu titular²⁹⁹. Significa dizer que, configurada uma circunstância que seja necessária e suficiente à obtenção de determinado direito, este se considera adquirido, inclusive no que tange aos efeitos produzidos após o fim da vigência da lei que o deu causa.

²⁹⁶ TOLOMEI, Carlos Young. *A Proteção do Direito Adquirido Sob o Prisma Civil-Constitucional: Uma Perspectiva Sistemático-Axiológica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 78-79.

²⁹⁷ Ibid. p. 81.

²⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Em Algum Lugar do Passado*. Op. cit., p. 141.

²⁹⁹ GABBA, Francesco. *Teoria Della Retroattività Delle Legge*. 3ª ed., Milano-Roma-Napoli: UTET, 1868. p. 191. *apud*. BARROSO, Luís Roberto. *Em Algum Lugar do Passado*. Op. cit., p. 147-148.

Corroborando esse entendimento, ensina o professor Daniel Sarmento:

“a proteção conferida ao direito adquirido impede não apenas a incidência da lei superveniente, mesmo de ordem pública, sobre fatos passados (retroatividade máxima), como também a sua aplicação sobre efeitos pendentes (retroatividade média) e futuros (retroatividade mínima), de atos praticados no passado. Portanto, se uma lei nova proibir, por exemplo, determinada cláusula num contrato de trato sucessivo, ela não incidirá nem mesmo sobre os efeitos daquele contrato que sejam produzidos posteriormente à data do seu advento. Isso porque, considera-se que os efeitos pendentes e futuros do contrato são direitos já adquiridos, derivados de um ato jurídico perfeito, que devem ser salvaguardados da aplicação da nova lei. Só os contratos celebrados após a edição da lei superveniente são colhidos pelos seus efeitos”.³⁰⁰

Em que pese a clareza e a objetividade dessas considerações enunciadas a respeito do direito adquirido por boa parte da doutrina, esta ainda cuida de diferenciá-lo de algumas outras situações jurídicas subjetivas, a fim de conduzir o aplicador do Direito a uma melhor compreensão.

A primeira situação jurídica comumente assinalada pela doutrina como distinta do direito adquirido consiste na *expectativa de direito*, ou seja, aquela circunstância em que, no momento do advento de uma regra nova, o fato aquisitivo do direito, embora já iniciado, verifica-se ainda não concluído. Nesses casos, assim, não cabe qualquer invocação a direito adquirido, visto que é necessário à configuração deste que o seu fato gerador tenha ocorrido por inteiro, que já tenha se aperfeiçoado. Por conseguinte, enquanto ao direito adquirido confere-se ampla proteção, sendo respeitados todos os seus efeitos, sejam eles pendentes ou futuros, à expectativa de direito não se atribui garantia alguma³⁰¹.

De outro lado, costuma-se diferenciar, também, as noções de direito adquirido e *direito consumado*. Embora em ambos os casos afira-se que o

³⁰⁰ SARMENTO, Daniel. *Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social*. Op. cit., p. 17.

³⁰¹ Inobstante entenda-se de forma mais ou menos pacífica que a expectativa de direito não merece nenhuma proteção, Luís Roberto Barroso adverte que alguns “outros princípios, no desenvolvimento doutrinário mais recente (como o da boa-fé e o da confiança), venham (vêm) oferecendo algum tipo de proteção também ao titular da expectativa de direito” (Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Em Algum Lugar do Passado*. Op. cit., p. 148).

seu fato aquisitivo já se completou, a alusão a um direito consumado implica necessariamente na percepção de uma situação jurídica em que todos os seus efeitos já foram produzidos. Assim, não havendo efeitos a serem resguardados, não faz qualquer sentido suscitar qualquer proteção constitucional em face da retroatividade das leis, o que não ocorre quando se está diante de um direito adquirido³⁰².

Com efeito, ante toda a evolução conceitual experimentada pelo direito adquirido, pode-se perceber que ela foi acompanhada de perto pelo ordenamento brasileiro. No primeiro momento do constitucionalismo pátrio, como se apresenta nas Constituições de 1824³⁰³ e de 1981³⁰⁴, a proteção incutida na Lei Fundamental abrangia a totalidade do princípio da irretroatividade das leis. O princípio do direito adquirido, por sua vez, recebia abrigo meramente reflexo por meio da previsão daquele princípio, visto que não havia qualquer enunciado constitucional que o estabelecesse especificamente.

No entanto, a partir da Carta Constitucional de 1934, ressalvada a Lei Fundamental de 1937³⁰⁵, habituou-se a prever expressamente o princípio da irretroatividade das leis apenas nos âmbitos do Direito Penal³⁰⁶ e do Direito Tributário³⁰⁷. Quanto aos demais ramos jurídicos, passou a ser admitida uma retroatividade limitada, ou seja, passou-se a tolerá-la desde

³⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Em Algum Lugar do Passado*. Op. cit., p. 148-149.

³⁰³ Artigo 179, inciso III, da Constituição Política do Império do Brasil de 1824: “A sua disposição (da lei) não terá efeito retroactivo”.

³⁰⁴ Artigo 11, inciso 3º, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1981: “É vedado aos Estados, como à União prescrever leis retroativas”.

³⁰⁵ Sob o império da Constituição de 1937, entretanto, a proteção da irretroatividade foi completamente retirada do ordenamento, uma vez que, além de não estar previsto em sede constitucional, a nova Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 permitia a retroatividade das leis mediante simples disposição expressa do legislador ordinário, conferindo ao artigo 6º a seguinte escrita: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito” (antiga redação).

³⁰⁶ Nesse diapasão, o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988, corroborado pelo artigo 1º do Código Penal, dispõe que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”.

³⁰⁷ Da mesma forma que previsto em âmbito penal, o artigo 150, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal de 1988, também ratificado pelo ordenamento infraconstitucional (art. 144, do CTN) enuncia: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado”.

que não prejudicasse, dentre outros, o direito adquirido³⁰⁸. O que se verifica é que a irretroatividade das leis, frise-se, salvo no que se refere ao Direito Penal e ao Direito Tributário, deixou de ser um princípio limitador explícito e direto da atividade do poder público, visto que o seu conteúdo foi absorvido em sede constitucional pelo princípio do direito adquirido³⁰⁹.

No tocante à Carta de 1988, o princípio do direito adquirido, tal como nas Constituições anteriores, foi estabelecido em um dispositivo de abrangência ampla constante do catálogo dos direitos fundamentais. Ocorre que, ao dispor no artigo 5º que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (inciso XXXVI), o Constituinte Originário não apenas tornou esse direito individual um bem tutelado constitucionalmente, mas o converteu em um princípio fundamental do ordenamento jurídico.

Note-se que o princípio do direito adquirido não se enquadra na categoria de ‘direitos fundamentais’ apenas em razão de ter sido previsto expressamente no artigo 5º da CF. Agrega-se à sua fundamentalidade em sentido formal toda a carga possível de fundamentalidade material, visto que é necessário a uma sobrevida com dignidade que os cidadãos tenham confiança da atividade estatal e que saibam com exatidão quais os efeitos dos vínculos por eles firmados sob a égide de determinada lei.

Nessa perspectiva, uma vez dotado de inequívoca fundamentalidade, o princípio do direito adquirido revela-se automaticamente abrangido pelo enunciado do artigo 60, § 4º, inc. IV, da CF. Apresenta-se, pois, elevado ao *status* máximo de cláusula pétrea constitucional³¹⁰. Dessa forma, a partir da Carta de 1988, não somente lhe deveriam reverência os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mas, da mesma forma, o Poder Constituinte Derivado passou a operar cingido pelo princípio do direito

³⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Op. cit., p. 53.

³⁰⁹ HORTA, Raul Machado. Op. cit., p. 244.

³¹⁰ ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Coisa Julgada Inconstitucional: Hipóteses de Flexibilização e Procedimentos Para Impugnação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 130-131.

adquirido, na medida em que este passou a configurar um limite material à reforma constitucional³¹¹.

Como já amplamente discutido ao longo do capítulo anterior, a proteção em face das emendas constitucionais não recebe contorno amplo e absoluto, restando proibidas apenas as alterações no Texto Fundamental que tendam a abolir o direito adquirido, no que tange tanto ao seu aspecto objetivo, enquanto valor fundamental da sociedade, quanto aos direitos subjetivos dele provenientes. Entretanto, é necessário, ainda, especificar os limites e o alcance atribuídos a esse princípio no ordenamento jurídico pátrio.

3.2. O Princípio do Direito Adquirido e o Exercício do Poder Constituinte

O princípio do direito adquirido é indubitavelmente um princípio compartilhado pela sociedade brasileira há, pelo menos, algumas décadas. Comprova-se isso facilmente através de sua permanência ininterrupta em sede constitucional por mais de sessenta anos. Todavia, é questionado pela doutrina se é possível que o povo, no exercício do Poder Constituinte, prejudique direitos adquiridos em prol de outros princípios ou interesses igualmente relevantes.

De fato, no que tange à atividade do legislador ordinário, é unânime a impossibilidade de normas infraconstitucionais infringirem o princípio do direito adquirido. Entretanto, quando se está diante do Poder Constituinte, seria concebível a idéia de que poderiam ser incluídos novos enunciados à Constituição que fossem expressamente retroativos e desconsiderassem eventuais direitos adquiridos³¹²?

A doutrina e a jurisprudência pacificamente afirmam a desvinculação do Constituinte Originário, expressão legítima e primeira da soberania do

³¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Op. cit., p. 55.

³¹² TOLOMEI, Carlos Young. Op. cit., p. 246.

povo, ao respeito aos direitos adquiridos. Tendo em vista que consiste em um poder inicial, ilimitado e incondicionado, “as suas regras têm incidência imediata. Somente é direito o que com ela é compatível, o que nela retira o seu fundamento de validade”³¹³. Por conseguinte, caso eventuais direitos adquiridos revelarem-se um empecilho à implantação, através do exercício do Poder Constituinte, do projeto social imaginado pelo povo, permitir-se-ia a desconstituição desses direitos. Destarte, tornou-se comum o uso da expressão “não há direito adquirido contra a Constituição”³¹⁴.

Nessa esteira, elucidam os estudos de Luís Roberto Barroso:

“Obra do Poder Constituinte originário, a Constituição é o documento que materializa a travessia entre o poder político e a ordem jurídica, criando os órgãos e instituições do Estado e estabelecendo os limites legítimos de sua atuação, sobretudo em face dos direitos fundamentais que este deverá respeitar. Por não estar limitada pela ordem jurídica anterior, a nova Constituição, obra legítima o Poder Constituinte originário, poderá desconstituir situações legitimamente estabelecidas, retroagindo até mesmo para afetar direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada”.³¹⁵

De fato, ao longo da História do mundo, são fartas as hipóteses em que houve desnaturação de direitos adquiridos mediante a atividade do Poder Constituinte Originário. Por exemplo, no tocante à Revolução Francesa de 1789, é razoável dizer que ela, quando da instituição da nova ordem jurídica, “não chegou sequer a conceber a idéia da proteção do direito adquirido”³¹⁶. Alterando estruturalmente a relação da sociedade com o poder político e a distribuição de bens e direitos entre os cidadãos franceses, esse movimento logrou êxito em retirar das mãos do monarca e da aristocracia da época o domínio das propriedades privadas e em estabelecer as condições necessárias à sua apropriação pela ascendente burguesia³¹⁷.

³¹³ MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 208.

³¹⁴ Ibid. p. 211.

³¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Poder Constituinte Derivado, Segurança Jurídica e Coisa Julgada*. Op. cit., p. 405.

³¹⁶ HORTA, Raul Machado. Op. cit., p. 247.

³¹⁷ Ibid. p. 247.

Da mesma forma, a Ditadura do Proletariado, constituída mediante a Revolução Soviética de 1917, confiscou todos os bens e meios de produção existentes no país, desde empresas e instituições financeiras até as propriedades privadas pertencentes, em sua maioria, à aristocracia e à igreja ortodoxa³¹⁸. Não respeitou quaisquer direitos de propriedade nem, tampouco, direitos adquiridos.

Através desses simples exemplos, infere-se que o Poder Constituinte Originário, até mesmo em virtude de seu caráter eminentemente revolucionário, não se encontra cingido pelo princípio do direito adquirido. Todavia, em que pese esse entendimento, há outro princípio que merece ser ressaltado e que deve ser privilegiado no exercício do Poder Constituinte.

O princípio da continuidade das leis, apesar de reconhecer-se que ele não atua como limitação real e intransponível a esse poder, deve servir como fio condutor de seu exercício³¹⁹. Em outras palavras, significa afirmar que, embora a nova Constituição não se adstrinja à necessária observância aos direitos adquiridos, a irretroatividade das leis deve ser a regra. Desse modo, admite-se que um dispositivo constitucional opere retroativamente, mas, para tanto, é necessário que haja expressa previsão através de uma cláusula de transição³²⁰. É justamente o que se extrai das lições de Luís Roberto Barroso:

“Não obstante isso, mesmo na interpretação da vontade constitucional originária, a irretroatividade há de ser a regra, e a irretroatividade a exceção. Sempre que for possível, incumbe ao intérprete aplicar o direito positivo, de qualquer nível, sem afetar situações jurídicas já definitivamente constituídas, em nome do princípio da segurança jurídica, que será objeto de comentário logo adiante. E mais: não há retroatividade tácita. Um preceito constitucional pode retroagir, mas para tanto deverá haver texto expresse nesse sentido”.³²¹

³¹⁸ Ibid. p. 247.

³¹⁹ Ibid. p. 249.

³²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo. *Gonet. Op. cit.*, p. 209.

³²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Poder Constituinte Derivado, Segurança Jurídica e Coisa Julgada*. *Op. cit.*, p. 406.

Conformando-se com essa orientação, o Constituinte de 1988, quando quis conferir efeitos retroativos às suas disposições, inobservando o princípio da continuidade das leis, fez constar expressamente essa pretensão no Texto Fundamental. Nesse sentido, exemplo único na atual Carta, o artigo 17 do ADCT³²² vedou de forma explícita a invocação de direitos adquiridos provenientes de remunerações percebidas antes do advento da Constituição de 1988 que não estivessem em consonância com as disposições nela previstas.

Portanto, pode-se perceber que se apresenta pacífico o entendimento de que o Constituinte Originário não está adstrito às situações jurídicas estabelecidas previamente à promulgação da nova Carta, podendo, inclusive, mas desde que expressamente, desconstituir direitos consumados ou adquiridos que entender inconvenientes à nova ordem constitucional.

Não obstante, verifica-se que se encontra ainda aberta a controvérsia acerca da oponibilidade do princípio do direito adquirido às emendas constitucionais. Afinal, estaria o Poder Reformador da Lei Fundamental legitimado a desnaturar direitos já adquiridos, atuando, assim, desfavoravelmente a um bem fundamental previsto em sede do Texto Maior?

Em meio a essa discussão, pode-se perceber a existência de dissonantes vozes que conduzem, em especial, a dois entendimentos opostos a respeito da palavra “lei” constante no enunciado do inciso XXXVI do artigo 5º da CF, *in verbis*:

“XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. (*grifo nosso*)

De um lado, há aqueles que advogam a tese de que o vocábulo “lei” deveria ser interpretado restritivamente, de modo que não abrangesse as

³²² Artigo 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”.

emendas constitucionais. Dessa forma, a garantia do direito adquirido vincularia especialmente o legislador ordinário, fazendo com que a condição de cláusula pétrea desse princípio vedasse apenas alterações à Lei Fundamental que permitissem a retroação de leis (infraconstitucionais) que viessem a prejudicar direitos adquiridos. Entretanto, nada obstaría que esse mesmo poder, por meio de uma simples emenda, embaraçasse diretamente esses direitos³²³.

Nesse sentido, podem ser citados, a título de exemplo, os estudos professados por Carlos Young Tolomei, cuja conclusão delinea-se nos seguintes termos:

“Por tudo isto, entendemos que, dirigindo-se a proteção do direito adquirido (e do ato jurídico perfeito e da coisa julgada) exclusivamente ao legislador infraconstitucional, o tratamento nesta matéria dispensado ao Poder Constituinte Derivado deverá ser o mesmo daquele dado ao Poder Constituinte Originário: o princípio da irretroatividade (que não se confunde com a proteção do direito adquirido) apresentando-se como norma de condicionamento. Em resumo: as emendas constitucionais podem violar direitos adquiridos, seja através de efeitos retroativos, e neste caso deverá fazê-lo expressamente, ou através de efeitos retrospectivos, e nesta última hipótese nada precisará ser dito”.³²⁴

Em que pese esse ponto de vista, a doutrina majoritária³²⁵ posiciona-se no sentido de que o termo “lei” deve ser compreendido em sentido amplo, acolhendo em si todas as espécies normativas constantes do artigo 59 da CF³²⁶. Assim, a garantia do direito adquirido não apenas vincularia o legislador ordinário, mas, igualmente, o Constituinte Reformador.

³²³ MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 227.

³²⁴ TOLOMEI, Carlos Young. Op. cit., p. 263.

³²⁵ A título de exemplo, podemos citar Luís Roberto Barroso, Belizário Antônio de Lacerda, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Ivo Dantas (respectivamente, BARROSO, Luís Roberto. *Em Algum Lugar do Passado*. Op. cit., p. 137-139; LACERDA, Belizário Antônio de. *Direito Adquirido*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 23; NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Op. cit., p. 173-174; e DANTAS, Ivo. Op. cit., p. 44-45).

³²⁶ Artigo 59 da Constituição Federal de 1988: “O processo legislativo compreende a elaboração de: emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos; resoluções.

Nessa esteira, ao tratar especificamente da proteção do princípio do direito adquirido em face da emenda constitucional nº 41, Diogo de Figueiredo Moreira Neto declara:

“Em suma: uma Emenda não pode excepcionar garantias constitucionais individuais que foram *originariamente asseguradas contra quaisquer reformas* pelo art. 60, IV, não havendo como invocar o art. 17 da ADCT nem, muito menos, ressuscitá-lo para o fim pretendido. Com isso e, sobre isso, essa *frustra tentativa* de prejudicar milhares de servidores, aludindo-lhes a confiança legítima no Estado e nas instituições, acaba sendo, paradoxalmente, *o próprio reconhecimento, por parte do legislador constituído, da inconstitucionalidade da aplicação retroativa pretendida pela Emenda*”.³²⁷

Com efeito, há de se inferir que esse último posicionamento apresenta-se mais sensato e coerente com a ideologia de proteção ao indivíduo e à sua dignidade estampada no Texto Fundamental. Desde logo, pode-se perceber que a defesa do princípio do direito adquirido traz consigo o amplo reflexo de um segundo princípio, que o nutre axiologicamente e que constitui, indubitavelmente, também um valor básico compartilhado pela sociedade, qual seja, o princípio da segurança jurídica³²⁸.

Além disso, interpretar o vocábulo “lei” em seu sentido estrito conduziria a alguns verdadeiros absurdos sistêmicos, visto que, a título de exemplo, impedir-se-ia que o legislador ordinário editasse leis cujo conteúdo ferisse direitos adquiridos, mas conferiria essa prerrogativa ao Presidente da República, por meio da edição de medidas provisórias, e ao próprio Parlamento, no exercício de outra função, qual seja, a de Constituinte Reformador. Isso sem levar em consideração o fato de que se autorizaria a livre violação do princípio do direito adquirido por atos normativos de menor competência legiferante, como decretos legislativos e resoluções, o sendo, ao mesmo tempo, vedado à lei em sentido estrito, que lhes é hierarquicamente superior³²⁹.

³²⁷ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Op. cit., p. 176.

³²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 228.

³²⁹ DANTAS, Ivo. Op. cit., p. 61.

Diante desse quadro, acredita-se não restarem dúvidas quanto à conformidade desse último entendimento com o intuito do Constituinte Originário e, por que não dizer, com a vontade geral do povo. O princípio do direito adquirido, pois, enquanto um direito fundamental elevado ao *status* supremo de cláusula pétrea do ordenamento jurídico brasileiro, serve de limitação tanto à atividade legislativa ordinária quanto ao exercício do Poder de Reforma da Lei Maior.

Em razão do disposto no § 4º do artigo 60 da CF, não cabe outra compreensão senão aquela que impõe categoricamente que o princípio do direito adquirido, considerado a partir de uma leitura objetiva, bem como sob o prisma subjetivo de seus titulares, encontra-se ao abrigo do exercício do Poder Constituinte Derivado. Entretanto, há, ainda, uma última questão a ser enfrentada, referente à natureza e à eficácia desse direito fundamental enquanto limite material à atividade modificadora da Carta.

Da mesma forma que há posições doutrinárias que entendem que essas limitações substantivas significam barreiras intransponíveis ao exercício do Poder Reformador, também, no que tange ao princípio do direito adquirido, verificam-se entendimentos nesse sentido. Nessa perspectiva, merece menção a doutrina de Belizário Antônio de Lacerda:

“O direito adquirido é obra do Poder Constituinte Originário pois é oriundo da vontade do povo que primeiro elegeu ou quis que, em seu nome, fosse o Poder Constituinte Originário exercido. E é exatamente por isso que a Constituição normalmente tem como intangíveis de modificação ou reforma certos direitos e garantias de cidadania, direitos estes aos quais os constitucionalistas emprestam a denominação de cláusulas pétreas, expressão aliás pouco feliz porque inexiste no reino mineral pedra que não se quebre, e sob aquele título pretenderam os autores dizer que os direitos e garantias de cidadania *são inquebráveis*. O mais correto, para conferir a tais direitos a natureza de intangibilidade, seria denominá-los de *garantias perenes de cidadania*, pois aí *sim poderiam ser tidos como inquebráveis realmente*.”

Daí se pode inferir, sem censura jurídica, que, por meio de reforma constitucional – Poder Constituinte Derivado –, o direito adquirido não pode sofrer modificação, e muito menos abolição, pois se encontra no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, conforme salienta seu art. 5º, *caput*”.³³⁰

³³⁰ LACERDA, Belizário Antônio de. Op. cit., p. 23.

Todavia, como já foi assinalado anteriormente, acredita-se não ser o melhor entendimento aquele que confere natureza absoluta aos direitos fundamentais, seja ao seu inteiro conjunto, seja a apenas um deles. Tratar os limites materiais, nos quais se inclui o princípio do direito adquirido, como obstáculos intangíveis ao exercício do Poder de Reforma implicaria na minguagem do princípio democrático enquanto valor condutor da atividade do Constituinte Reformador, impondo sérios riscos à pretensão de permanência da Lei Fundamental, na medida em que esta se tornaria um documento que, ao menos em parte, se mostraria distante da vontade geral do povo, o que poderia instigar os seus cidadãos à realização, como única alternativa, de uma revolução política, a fim de conceber uma nova Constituição.

Nessa esteira, em que pese a importância do princípio do direito adquirido em qualquer ordenamento jurídico contemporâneo, infere-se que ele não pode ser considerado um princípio absoluto, impassível de sopesamento. Por inúmeras vezes, esse princípio – e, por via reflexa, também o princípio da segurança jurídica – se encontrará em situações de frontal colisão com outros interesses de igual ou maior relevância constitucional. Assim, em sintonia com o artigo 60, § 4º, da CF, embora se reconheça a impossibilidade de sua abolição do Texto Maior, é necessário articular o entendimento de que o princípio do direito adquirido pode e, em algumas circunstâncias, deve ser objeto de relativização de modo a harmonizá-lo com toda a gama de valores presentes no bojo da Lei Fundamental.

Nesse diapasão, Daniel Sarmento afirma que a segurança jurídica, sustentáculo do princípio do direito adquirido,

“não é o único valor, e talvez não seja o mais importante dentre aqueles em que se esteia a ordem constitucional brasileira. Justiça e igualdade material, só para ficar com dois exemplos, são valores também caríssimos à nossa Constituição e que, não raro, conflitam com a proteção da segurança jurídica. Se a segurança for protegida ao máximo, provavelmente o preço que se terá de pagar será um comprometimento na tutela da justiça e da igualdade substantiva, e vice-versa. O correto equacionamento da questão hermenêutica ora enfrentada não pode, na nossa opinião, desprezar esta dimensão do problema, refugiando-se na assepsia de uma interpretação jurídica fechada para o universo dos valores

(...)

Se é verdade que outros direitos fundamentais tão ou mais caros ao nosso ordenamento, como a privacidade e a liberdade de expressão, são concebidos pela doutrina contemporânea como revestidos de natureza relativa, diante da eventual necessidade de ponderações voltadas à proteção de outros princípios constitucionais contrapostos no caso concreto, não há porque afirmar a natureza absoluta da proteção conferida ao direito adquirido”.³³¹

Pode-se, no mesmo sentido, citar alguns outros exemplos de bens constitucionais que são, com certa freqüência, objeto de ponderação e, conseqüentemente, podem vir a ser relativizados. Desde logo, embora a História apresente um longo período em que o direito fundamental da propriedade foi considerado um direito absoluto, revela-se pacífico nos dias atuais que esse princípio pode sofrer conformações a fim de compatibilizá-lo com outros interesses relevantes, em especial, com o princípio da função social da propriedade. Diante dessa perspectiva, a própria Carta de 1988, em diversos dispositivos, trouxe condicionamentos a esse direito, possibilitando, inclusive, a desapropriação de propriedades que não observem o seu papel dentro do contexto social.

Por sua vez, o próprio princípio da coisa julgada, terceira decorrência constitucionalmente prevista do princípio da segurança jurídica, já não é mais visto como um princípio de natureza absoluta. Por exemplo, vêm sendo admitidos casos de relativização da coisa julgada, v. g., em benefício de alguns direitos da personalidade através de prova nova realizada através do exame de DNA, mesmo após o prazo para a propositura de ação rescisória³³².

No mesmo sentido, pode-se citar o REsp 240.712/SP, no qual o STJ apreciou uma Ação de Anulação de Ato Jurídico, cumulada com Repetição de Indébito, cuja causa de pedir referia-se a uma sentença transitada em julgado que homologara um acordo de desapropriação de uma área que, posteriormente, descobriu-se já pertencente ao ente expropriante. Quando do julgamento, o referido tribunal paradigmaticamente decidiu pela

³³¹ SARMENTO, Daniel. *Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social*. Op. cit., p. 18-19.

³³² Ibid. p. 20-21.

desconstituição da decisão judicial, declarando a relativização da coisa julgada em prol dos princípios da moralidade pública, da razoabilidade e da proporcionalidade³³³.

Quanto à análise específica do princípio do direito adquirido, é possível verificar que, em muitos dos países em que ele foi objeto de análise, decidiu-se pela sua relativização. Dentre eles, merece expressa menção o chamado “Caso das Águas Subterrâneas”, apreciado pela Suprema Corte Alemã em 1981. Nesse julgado, o tribunal deliberou contrariamente à alegação de direito adquirido ao uso de águas (públicas) localizadas na propriedade do autor, muito embora, munido de prévia licença estatal, as utilizasse em sua atividade econômica.

Nesse sentido, a Suprema Corte proclamou que

“a garantia constitucional da propriedade (...) não implica que uma faculdade do proprietário, uma vez garantida, tenha de ser preservada perpetuamente ou que só possa ser retirada mediante uma desapropriação. A Corte Constitucional já decidiu repetidamente que o legislador não se defronta com a alternativa de preservar antigas posições legais ou retirá-las mediante compensação, a cada vez que um campo legal é de novo regulado. Dentro da moldura do art. 14 (I) (direito de propriedade), o legislador pode reestruturar posições legais individuais editando normas transitórias apropriadas e razoáveis, sempre que o interesse público mereça precedência sobre alguma justificada confiança – assegurada pela garantia de continuidade – na permanência de um direito adquirido”.³³⁴

Na própria história brasileira, é possível verificar a ocorrência de situações em que foi necessário rechaçar a natureza absoluta do direito adquirido em prol de outros interesses jurídico de relevo. Principal exemplo sobre o qual se possa debruçar-se, sob a égide da Constituição de 1824, na qual vigia especificamente o princípio da irretroatividade das leis, a

³³³ Nesse sentido, o Min. Rel. José Delgado declarou através de seu voto: “Ressalto, nesta oportunidade, a minha posição doutrinária no sentido de não reconhecer caráter absoluto à coisa julgada material. Filio-me, a respeito, à determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações indenizatórias assumidas pelo Estado (Cf. STJ. REsp 240.712/SP. Relator: Min. José Delgado. DJ 15/02/00. p. 8. Disponível em: “<http://www.stj.jus.br>”. Acesso em 25 de maio de 2009).

³³⁴ 58 BverfGE 300. *apud*. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Op. cit., p. 173.

Princesa Isabel, em 13 de maio de 1888, assinou a glorificada Lei Áurea, através da qual a escravidão brasileira foi abolida e os escravos libertos.

Analisando o caso sob lentes estritamente jurídicas, percebe-se claramente a oposição de dois direitos/princípios fundamentais: o direito adquirido, atinente aos proprietários de escravos e o direito à liberdade destes. Não se atendo aos detalhes do exemplo, adiantar-se-á à sua inequívoca e conhecida conclusão: privilegiou-se o direito dos escravos à liberdade em detrimento do direito adquirido de seus antigos senhores.

Portanto, à guisa de conclusão, não há de se sustentar o caráter absoluto de direitos ou princípios fundamentais, ainda mais quando se refere ao princípio do direito adquirido, que certamente não se encontra no topo dos valores que regem a República Federativa do Brasil. Desse modo, o que, por ora, se pretende defender é que, tendo em vista o atual estágio do constitucionalismo brasileiro, no qual se verifica uma grande quantidade de enunciados normativos previstos sob a forma de princípio, os quais, em inúmeras vezes, se apresentam conflitantes no caso concreto, tornou-se imprescindível que, quando confrontado com outros bens constitucionalmente relevantes, o princípio do direito adquirido sujeite-se à técnica específica da ponderação de interesses a fim de compatibilizá-los, o que, eventualmente, poderá implicar na sua relativização.

Assim, perpassando por suas três distintas etapas, será preciso, primeiramente, descobrir quais os dispositivos constitucionais que se encontram em tensão quando da propositura de uma emenda que adentre no conteúdo constitucionalmente protegido do princípio do direito adquirido. Nessas situações, desde logo, revelar-se-ão em oposição, de um lado, o próprio princípio do direito adquirido e seu fundamento último, o princípio da segurança jurídica, e, do outro, o princípio democrático, exercido mediante seus representantes, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 1º da CF³³⁵.

³³⁵ Artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Ocorre que certamente não estarão apenas esses princípios envolvidos na ponderação realizada em sede do Parlamento. Seguramente, a alteração sugerida à Constituição visará, em detrimento do princípio do direito adquirido, à defesa ou à promoção de algum outro bem ou interesse público relevante. É necessário, pois, serem descobertos todos os princípios constitucionais implícita ou explicitamente considerados pela proposta de emenda constitucional.

Nesse ponto, é imperativo frisar que sejam realmente encontrados *todos* os bens tutelados constitucionalmente cuja incidência sobre a hipótese em questão tenha algum relevo. Isso se deve ao fato de que, caso algum princípio seja ocultado no decurso do processo ponderativo, o caso concreto correrá sérios riscos de ser mensurado equivocadamente, o que poderá acarretar, caso promulgada a emenda, a declaração de sua inconstitucionalidade.

Em seguida, especificados todos os princípios envolvidos, devem ser explicitadas as circunstâncias de fato e as peculiaridades do caso, a fim de que se possa cogitar de todas as alternativas admissíveis à solução da ponderação de interesses. Também nesta segunda etapa, exige-se que não seja ignorado nenhum dado ou informação importante, pois, caso isso ocorra, o fim do processo ponderativo poderá, também, conduzir a soluções não desejadas e à promulgação de emendas inconstitucionais.

Por derradeiro, deverão ser atribuídos pesos específicos a cada um dos princípios em tensão, decisão essa que deverá ser tomada à luz de três especiais princípios de interpretação. Resumidamente, o primeiro deles, o princípio da unidade da Constituição, ordena que os bens constitucionais em conflito sejam conciliados equilibradamente na ponderação, de modo a maximizar a aplicação destes na solução do caso concreto, obstando o estabelecimento de restrições que não sejam realmente necessárias.

Por sua vez, o segundo postulado interpretativo indutor do sopesamento dos bens conflitantes é o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, composto por três sucessivos exames. Através do primeiro

exame, o da adequação, impende-se verificar se determinada proposta de alteração constitucional configura-se, de fato, um instrumento capaz de realizar aquelas finalidades almejadas pelo Constituinte Reformador. A seguir, mediante a análise da necessidade, deve-se aferir se a alteração alvitrada se revela o meio à persecução desses fins através do qual o poder público imprime os menores prejuízos ao cidadão, ou se, por outro lado, há métodos alternativos que sejam menos lesivos. Por derradeiro, a apreciação da proporcionalidade em sentido estrito traz consigo a exigência de serem comparadas as vantagens e as desvantagens decorrentes da emenda constitucional, a fim de se perquirir se, verdadeiramente, os benefícios provenientes da medida estatal superam os prejuízos por ela causados.

O terceiro e último instrumento de auxílio à constatação da constitucionalidade da emenda proposta é o princípio da proibição de excesso, que impõe que nenhuma restrição a direitos fundamentais infrinja o núcleo essencial destes, o qual, como referido no item 2.4, consiste justamente no âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana tutelado por esse direito. Significa dizer que eventual emenda constitucional que verse sobre o conteúdo da cláusula pétrea do princípio do direito adquirido não pode, em hipótese alguma, reduzir ou comprometer a sua função basilar, qual seja a defesa/promoção da dignidade da pessoa humana atinente ao titular daquele direito.

Assim, ultrapassadas essas três etapas da ponderação, bem como verificada a observância dos conteúdos desses três princípios interpretativos, já é possível afirmar que a emenda constitucional não se revela inconstitucional e que, ao contrário, preenche todos os requisitos materiais exigidos pela Carta Fundamental.

Entretanto, em conformidade com o entendimento esboçado nesse trabalho acerca da importância de aferir-se a legitimidade desses atos normativos, é imprescindível que estes guardem íntima relação com a vontade geral do povo. Em outras palavras, superada a verificação da constitucionalidade de uma emenda que venha a restringir o âmbito de

proteção do princípio do direito adquirido, deve-se investigar se o conteúdo da reforma revela-se, realmente, um reflexo dos anseios populares, sob pena de a modificação à Carta violar o princípio democrático e apresentar-se ilegítima.

De fato, deve-se reconhecer que todas essas etapas propostas pela técnica da ponderação não são realizadas metodicamente, nem, ao menos, de maneira consciente pelo Poder Reformador. Quando é proposta uma alteração no Texto Constitucional, o sopesamento dos interesses em conflito com o princípio do direito adquirido e a verificação de sua legitimidade são efetuados de forma meramente intuitiva.

Todavia, sendo o Poder Judiciário acionado para a análise de uma emenda constitucional potencialmente atentatória ao princípio do direito adquirido, impende a esse poder que seja percorrido, rigorosa e conscientemente, todo esse procedimento ponderativo, a fim de aferir se a modificação à Carta apresenta-se proporcional, razoável e respeitadora da dignidade da pessoa humana e se, realmente, constitui-se legítima, em sintonia com a vontade geral do povo.

3.3. A Questão do Teto Remuneratório Estabelecido Pela EC nº 41: Uma Análise Crítica do MS 24.875/DF

A questão da instituição de um teto remuneratório ao funcionalismo público consiste em uma disciplina constitucional de importante relevo, freqüentemente mencionada pela doutrina, sobretudo, durante esses vinte anos de Constituição de 1988.

Desde a promulgação da Carta, pode-se perceber que esse tema é objeto de específica atenção do Poder Constituinte, tanto originário quanto derivado, visto que, nos termos do Min. Joaquim Barbosa, “além de ser

antigo anseio geral de difícil implementação, representa a concretização definitiva da transparência na remuneração dos servidores públicos”³³⁶.

Nesse diapasão, preocupando-se particularmente com o estabelecimento de limites estipendiários ao setor público, o Constituinte de 1988 conferiu a seguinte redação ao inciso XI do artigo 37:

“XI - a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, *observados, como limites máximos* e no âmbito dos respectivos poderes, *os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título*, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito”. (*grifo nosso*)

Agregando-se a essa expressa previsão, o Constituinte Originário cuidou, ainda, de dispor no artigo 17 do ADCT³³⁷ que eventuais valores percebidos em desconformidade com os limites remuneratório instituídos no bojo da Carta deveriam ser imediatamente reduzidos, impedindo, desde logo, a alegação de direito adquirido aos rendimentos que ultrapassassem os aludidos patamares.

Diante desse quadro, infere-se com tranqüilidade que o Constituinte de 1988 desejou – e o fez de maneira explícita – que os cofres públicos não despendessem recursos que exorbitassem certos parâmetros de moralidade e razoabilidade por ele instituídos, limitando a remuneração percebida *a qualquer título* pelos servidores do Estado àquela auferida pelo detentor de determinada função pública de alta hierarquia no âmbito de cada um dos poderes dos respectivos entes da federação.

No entanto, não obstante a clareza com que foi fixada essa limitação remuneratória, o STF, quando do julgamento da ADIn 14/DF, proclamou que as vantagens de caráter pessoal não se enquadrariam na expressão

³³⁶ STF. MS 24.875-1/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ 06/10/06. p. 342. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br>”. Acesso em 24 de abril de 2009.

³³⁷ Artigo 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”.

“valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título”³³⁸, constante da redação original do inciso XI. Outra não foi a consequência dessa decisão senão a de retirar toda e qualquer eficácia dos máximos estipendiários estabelecidos, visto que são exatamente essas vantagens de cunho pessoal que colocam os rendimentos do servidor em patamares superiores ao teto³³⁹.

Tendo em vista que do Texto Fundamental original não procederam os efeitos desejados quanto ao estabelecimento de um teto estipendiário para o funcionalismo público, o Poder Reformador decidiu fazê-lo da forma que lhe cabia, ou seja, através de uma emenda à Constituição. Contornando, assim, as implicações práticas da decisão proferida pelo STF, o Congresso Nacional, em 1998, promulgou a Emenda Constitucional nº 19, a qual, dentre outras disposições, determinou que o limite remuneratório previsto na Constituição abrangesse, finalmente, todas as espécies de rendimentos percebidos pelos servidores públicos, nas quais estariam incluídas, inequivocamente, as vantagens pessoais. Para tanto, foi conferida nova escrita ao inciso XI do artigo 37, *in verbis*:

“XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, *incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza*, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal”. (*grifo nosso*)

³³⁸ Na referida ação o STF declarou a inconstitucionalidade da expressão “e vantagens pessoais (adicionais por tempo de serviço)” presente no § 2º do artigo 2º da Lei 7.721/89, a qual tinha, dentre outros, a pretensão, obstada esta pela decisão do Supremo, de afirmar que todos e quaisquer valores auferidos pelos Ministros do STF, nos quais obviamente se incluíam as vantagens de cunho pessoal, deveriam observar o teto previsto constitucionalmente (Cf. STF. ADIn 14-4/DF. Relator: Min. Célio Borja. DJ 01/12/89. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br>”. Acesso em 22 de maio de 2009).

³³⁹ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 325-326.

Objetivando, pois, a plena eficácia da instituição do referido teto, fez, também, constar no corpo da própria EC nº 19 – em seu artigo 29³⁴⁰ – que eventuais parcelas remuneratórias recebidas acima dos limites por ela estabelecidos deveriam ser prontamente conformadas com esses “novos” parâmetros, rechaçando, novamente, eventuais invocações a direitos adquiridos.

Por ocasião da EC nº 19, todavia, o Supremo não teve a oportunidade de apreciar a ponderação realizada pelo Parlamento envolvendo o princípio do direito adquirido. Isso se deve ao fato de que o STF, em sessão administrativa realizada em 20.06.1998, decidiu que o “novo teto” não era auto-aplicável, porquanto a sua eficácia dependia de lei formal – jamais editada – de iniciativa conjunta do Presidente da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal³⁴¹.

³⁴⁰ Artigo 29 da Emenda Constitucional nº 19 de 1998: “Os subsídios, vencimentos, remuneração, proventos da aposentadoria e pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias adequar-se-ão, a partir da promulgação desta Emenda, aos limites decorrentes da Constituição Federal, não se admitindo a percepção de excesso a qualquer título”.

³⁴¹ Dispôs o STF, por ocasião da referida sessão administrativa: “... **não são auto-aplicáveis** as normas do artigo 37, XI e 39, § 4º, da Constituição, redação que lhes deram os arts. 3º e 5º, respectivamente, da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, **porque** a fixação do subsídio mensal, em espécie, de Ministro do Supremo Tribunal Federal – **que servirá de teto** –, nos termos do art. 48, XV, da Constituição, na redação do art. 7º da referida Emenda Constitucional nº 19, **depende de lei formal**, de iniciativa **conjunta** dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal. **Em decorrência disso**, o Tribunal **não teve** por auto-aplicável o art. 29 da Emenda Constitucional nº 19/98, por **depende** a aplicabilidade dessa norma, da **prévia** fixação, por lei, nos termos acima indicados, do subsídio do Ministro do Supremo Tribunal Federal. Por qualificar-se, **a definição do subsídio mensal** como matéria expressamente sujeita à **reserva constitucional de lei em sentido formal**, **não** assiste competência ao Supremo Tribunal Federal, para, mediante ato declaratório próprio, dispor sobre essa específica matéria. **Deliberou-se**, também, que, **até que** se edite a lei definidora do subsídio mensal a ser pago ao Ministro do Supremo Tribunal Federal, **prevalecerão** os tetos estabelecidos para os Três Poderes da República, no art. 37, XI, da Constituição, na redação **anterior** à qual lhe foi dada pela EC 19/98” (3ª Sessão Administrativa realizada em 24.06.1998. *apud*. STF. AO 864-6/PE. Relator: Min. Carlos Velloso. DJ 12/11/04. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br>”. Acesso em 23 de maio de 2009). Nesse posicionamento assumido pelo STF através da deliberação em sede da referida sessão administrativa foi corroborado na oportunidade do julgamento da ADIn 1898-1/DF. Quando da apreciação dessa ação, suspendeu-se o ato normativo do CNJ que baixou tabelas de remuneração de magistrados, porquanto a Constituição previu expressamente que os subsídios dos magistrados estariam vinculados à remuneração dos Ministros do STF, a qual se configurava matéria constitucionalmente dependente de lei formal aprovada pelo Congresso Nacional (Cf. STF. ADIn 1898-1/DF. Relator: Min. Octávio Gallotti. DJ 30/04/04. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br>” Acesso em 23 de maio de 2009).

Diante da ineficácia desses dispositivos trazidos pela EC nº 19, foi promulgada em 2003 uma nova emenda à Carta Maior visando, finalmente, à instituição do almejado teto. Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 41, no que tange aos dispositivos atinentes ao teto remuneratório e a sua relação com o princípio do direito adquirido, merece ser tratada de forma um pouco mais detalhada.

Primeiramente, a EC nº 41 cuidou de alterar o inciso XI do artigo 37 da CF, cuja redação passou a constar da seguinte forma:

“XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos”.

Como pode ser aferido, no que tange à alteração do enunciado do inciso XI, a emenda constitucional em questão apenas estabeleceu alguns subtetos para o âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios atinentes a cada um dos três poderes, fazendo com que o subsídio dos Ministros do STF vinculasse diretamente somente os servidores públicos federais e os membros do Poder Judiciário, Ministério Público, Procuradores e Defensores Públicos dos Estados³⁴². No mais, é razoável afirmar que a nova redação conferida ao inciso XI não apresentou outras novidades.

³⁴² Visando à otimização do presente estudo, fixar-se-á especificamente nas consequências provocadas pela EC nº 41 aos servidores públicos de âmbito federal, razão pela qual será conferido enfoque, no decorrer da elaboração das linhas expositiva e argumentativa deste trabalho, ao teto remuneratório federal, o qual utiliza como parâmetro o valor do subsídio mensal dos Ministros do STF.

Entretanto, outros dois dispositivos trazidos pela EC nº 41 revelaram-se de importância impar à questão em tela³⁴³. Primeiramente, evitando nova decisão que afirmasse a ausência de auto-aplicabilidade do “novo” limite estipendiário, a referida emenda estabeleceu, mediante a disposição transitória constante em seu artigo 8º³⁴⁴, que, até que sobreviesse lei que fixasse o valor dos subsídios dos Ministros do STF³⁴⁵, o teto remuneratório – no âmbito federal, especificamente – consistiria no valor da maior remuneração percebida, na data da publicação da emenda, pelos juízes da Suprema Corte.

Concomitantemente, através do disposto em seu artigo 9º³⁴⁶, o Constituinte Derivado, fazendo menção ao disposto no artigo 17 do ADCT, obistou eventuais alegações de direito adquirido procedente de remunerações percebidas antes do advento da referida emenda que extrapolassem os limites estipulados através da referida emenda.

³⁴³ Há, na realidade, um terceiro dispositivo trazido que, embora não tenha importância para a questão do estabelecimento do teto remuneratório, merece ser ressaltado: a EC nº 41 alterou, também, o inciso XV do artigo 48, passando este a ter a seguinte escrita: “fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I”. Assim, pois, não mais era necessária uma lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, passando a exigir-se apenas uma lei editada pelo órgão competente, qual seja, o Congresso Nacional, com sanção do Presidente da República.

³⁴⁴ Artigo 8º da Emenda Constitucional nº 41: “Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, *será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal*, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos” (*grifo nosso*).

³⁴⁵ A lei que estabeleceu os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal foi a Lei 11.143, editada apenas em 2006, dispondo que, a partir de 1º de janeiro de 2005, o seu valor seria de R\$ 21.500,00 reais e que, a partir de 1º de janeiro de 2006, ele seria aumentado para R\$ 24.500,00 reais (Cf. artigos 1º e 3º da Lei 11.143/05).

³⁴⁶ Artigo 9º da Emenda Constitucional nº 41: “Aplica-se o disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza”.

Em suma, o Poder Reformador, mediante a publicação da EC nº 41, visou, finalmente, resolver a questão referente ao estabelecimento de um limite aos rendimentos auferidos pelos servidores do Estado, visto que, desde a promulgação da Carta, não conseguia fazê-lo em virtude de reiteradas decisões desfavoráveis do STF. Para tanto, novamente instituiu um teto remuneratório intransponível, no qual passaram a estar incluídas, inequivocamente, as vantagens de cunho pessoal, bem como impediu a invocação de direitos adquiridos em face dos novos dispositivos de *status* constitucional³⁴⁷.

Ocorre que, ao contrário do que ocorreu com a EC nº 19, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de manifestar-se, quando do julgamento do MS 24.875/DF, a respeito da relativização do princípio do direito adquirido realizada pelo Congresso Nacional com a promulgação da EC nº 41. Na referida ação, impetrada por quatro Ministros aposentados do STF, pleiteava-se, no que se refere à sua remuneração, a permanência da percepção de duas vantagens de cunho pessoal: o adicional máximo de 35% por tempo de serviço e o acréscimo de 20%, por haverem se aposentado no exercício de cargo isolado em que permaneceram por mais de três anos (art. 184, inc. III, da Lei 1.711/52³⁴⁸, c/c art. 250, da Lei 8.112/90³⁴⁹)³⁵⁰.

Por ocasião do supracitado MS 24.875/DF, o STF, por maioria apertada (6x5), deferiu parcialmente a segurança, no sentido de determinar a manutenção da remuneração auferida pelos impetrantes até que esta fosse absorvida pelos subsídios dos Ministros do STF. Para realizar tal julgamento, entretanto, a Suprema Corte esmiuçou o seu entendimento a

³⁴⁷ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 326.

³⁴⁸ Artigo 184 da Lei 1.711/52: “O funcionário que contar 35 anos de serviço será aposentado: I - com provento correspondente ao vencimento ou remuneração da classe imediatamente superior; II - com provento aumentado de 20% quando ocupante da última classe da respectiva carreira; III - com a vantagem do inciso II, quando ocupante de cargo isolado se tiver permanecido no mesmo durante três anos”.

³⁴⁹ Artigo 250 da Lei 8.112/90: “O servidor que já tiver satisfeito ou vier a satisfazer, dentro de 1 (um) ano, as condições necessárias para a aposentadoria nos termos do inciso II do art. 184 do antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União, Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, aposentar-se-á com a vantagem prevista naquele dispositivo”.

³⁵⁰ STF. MS 24.875-1/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ 06/10/06. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br>”. Acesso em 24 de abril de 2009.

respeito da proteção aos direitos adquiridos através de duas distintas análises.

A primeira diz respeito à natureza do princípio do direito adquirido, tal qual expresso no artigo 5º, inciso XXXVI, e a sua relação com os limites ao Poder de Reforma constitucional. Fundamentando-se no voto do Min. Rel. Sepúlveda Pertence, firmou-se o entendimento de que os direitos adquiridos, quando forem provenientes de dispositivos infraconstitucionais, não são oponíveis às emendas constitucionais. Poder-se-ia, assim, concluir que a interpretação conferida pelo STF ao referido dispositivo revelou-se restritiva, de modo a permitir que o exercício do Poder Reformador infringisse o conteúdo do princípio do direito adquirido quando este proviesse de dispositivo infraconstitucional³⁵¹.

É o que se infere do referido voto do Min. Rel. Sepúlveda Pertence:

“37. A corrente quiçá majoritária, na doutrina é radical: dada a vedação de emendas à Constituição tendentes a abolir “**os direitos e garantias individuais**” (CF, art. 60, § 4º, IV), não pode a reforma constitucional atingir, à vista do art. 5º, inc. XXXVI, da Lei Fundamental, qualquer direito adquirido, seja constitucional ou infraconstitucional o fundamento normativo da sua aquisição.

(...)

40. De minha parte – sem me arriscar na imprudente travessia das águas tão procelosas da discussão doutrinária – tendo a um **distínguo**, que parte da fonte normativa do direito adquirido aventado.

41. Se cuida de erigir todo e qualquer direito subjetivo derivado da incidência de **norma infraconstitucional** à aplicação imediata de emenda à Constituição, com todas as vênias devidas à sedutora postura do Ministro **Carlos Britto**, a ela não consigo alinhar-me (...).

(...)

43. Respondo por mim que, seguramente, uma interpretação sistemática da Constituição, a partir dos “**objetivos fundamentais da República**” (CF, art. 3º), não lhes pode antepor toda a sorte de direitos subjetivos advindos da aplicação de normas infraconstitucionais superadas por emendas constitucionais, que busquem realizá-los”.³⁵²

³⁵¹ Da mesma forma, é razoável afirmar, inclusive, que a decisão proferida em sede do julgamento do MS 24.875/DF confirmou o entendimento assentado na jurisprudência do STF antes do advento da Constituição de 1988, o qual, citando-se parte do voto do Min. Rel. Moreira Alves na apreciação do RE 94.414-1/SP, consistia em que “não há direito adquirido contra texto constitucional resultante do Poder Constituinte originário ou do Poder Constituinte derivado” (Cf. STF. RE 94.414-1/SP. Relator: Min. Moreira Alves. DJ 19/04/85. p. 234. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br>”. Acesso em 25 de maio de 2009).

³⁵² STF. MS 24.875-1/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ 06/10/06. p. 308-310. Disponível em: “<http://www.stj.jus.br>”. Acesso em 24 de abril de 2009.

Entretanto, ao mesmo tempo em que excluiu os direitos adquiridos de origem infraconstitucional da proteção incutida em face das emendas constitucionais, a Suprema Corte considerou que, quando existisse uma “modalidade qualificada de direito adquirido”, ou seja, quando o direito adquirido procedesse de previsão direta e específica da Carta, a este o Poder Reformador deveria reverência. Nesse sentido, segue a fundamentação do voto do Min. Rel. Sepúlveda Pertence:

“46. O questionado acréscimo de 20% sobre os proventos não substantiva um direito adquirido de estatura constitucional: provém, ao contrário, de matriz normativa infraconstitucional.

47. Por isso, ao meu ver – sobrevivendo a EC 41/03, que submete a remuneração dos magistrados, em atividade ou inativos, ao regime do subsídios uniforme – em “**parcela única**” – penso que não lhes poderia assegurar o Tribunal a percepção indefinida no tempo do benefício, fora ou além do teto que a todos submete.

48. Sucede, entretanto, que porque magistrados, a Constituição assegura **diretamente** aos impetrantes a **irredutibilidade** dos vencimentos.

49. A garantia da irredutibilidade de vencimentos – ousei afirmaá-lo, com respaldo da maioria do Tribunal – é, sim, modalidade qualificada de **direito adquirido** e, de qualquer sorte, conteúdo de normas constitucionais específicas, no que toca à magistratura, repisando textos constitucionais anteriores, que a Lei Fundamental vigente estendeu a todos os servidores públicos.

50. Desse modo – não obstante o dogma de que o agente público não tem direito adquirido ao seu anterior regime jurídico de remuneração – há, no particular, um ponto indiscutível: é intangível a irredutibilidade do montante integral dela.

51. Por isso mesmo, é assento consolidado de nossa jurisprudência – de modo a dispensar documentação –, que, quando se cuida de alteração por lei do regramento anterior da composição da remuneração do agente público, assegura-se-lhes a irredutibilidade da soma total antes recebida.

52. Estou, portanto, em que a irredutibilidade – hoje universalizada – de vencimentos e salários substantiva garantia constitucional oponível às emendas constitucionais mesmas.

53. Trata-se de garantia individual erigida pela própria Constituição que, como tal, a doutrina amplamente majoritária reputa inilidível por emenda constitucional.

(...)

58. Esse o quadro, tenho como certo o direito dos impetrantes – sob o pálio da garantia da irredutibilidade de vencimentos –, a continuar percebendo o acréscimo sobre os proventos – no quanto recebido anteriormente à EC 41/03 – até que o seu montante seja coberto pelo subsídio fixado em lei para o Ministro do Supremo Tribunal Federal”.³⁵³

³⁵³ STF. MS 24.875-1/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ 06/10/06. p. 310-313. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br>”. Acesso em 24 de abril de 2009.

A partir dessas considerações, pode-se inferir, segundo o entendimento majoritário apresentado pelo STF, que, (1) embora não tenha havido violação do inciso XXXVI do artigo 5º, visto que esse dispositivo vincularia especificamente o legislador ordinário, (2) a irredutibilidade de vencimentos prevista na Lei Fundamental configurar-se-ia modalidade qualificada de direito adquirido, a qual se encontraria elevada à condição de cláusula superconstitucional do ordenamento jurídico brasileiro, estando, pois, protegida da atuação do Poder Constituinte Derivado³⁵⁴.

Inobstante a linha argumentativa formulada pelos votos vencedores, há de se fazer relevante menção, também, aos votos vencidos no julgamento do mandado de segurança em questão, os quais se fundamentaram, principalmente, na vontade primitiva do Constituinte Originário e no princípio da moralidade administrativa, independentemente da fonte da qual derivaria o direito adquirido. Nesse diapasão, cita-se trecho do voto do Min. Joaquim Barbosa:

“A fixação de efetivo teto remuneratório, além de ser o antigo anseio geral de difícil implementação, representa a concretização definitiva da transparência na remuneração dos servidores públicos.

Essa observação tem relevo sobretudo considerando-se a ausência de uma política geral remuneratória da função pública, que já deu ensejo a um sem-número de casuísmos e reivindicações corporativistas.

Nesse ponto, não se pode negar o significado político-institucional da EC 41/2003, na recusa de pretextos para fuga à clara e definitiva fixação de limites para a remuneração da função pública.

Por esse aspecto é que deve ser rejeitada a tese do direito adquirido ao excesso, do direito adquirido a remuneração que ultrapasse o limite do que o país considera remuneração justa para a função pública.

Para assim se concluir, é determinante a previsão original, no art. 17 do ADCT, da **então imediata** redução de vencimentos em desacordo com o texto constitucional: essa regra drástica revela e escancara o espírito em que se deu a elaboração da Constituição de 1988, de busca incondicional da concretização dos princípios republicanos que regem a Administração”.³⁵⁵

³⁵⁴ É nesse sentido, pois, que o acórdão resumiu-se: “Não obstante cuidar-se de vantagem que não substantiva direito adquirido de estatuto constitucional, razão por que, após a EC 41/2003, não seria possível assegurar sua percepção indefinida no tempo, fora ou além do teto a todos submetido, aos impetrantes, porque magistrados, a Constituição assegurou diretamente o direito à irredutibilidade de vencimentos – modalidade qualificada de direito adquirido, oponível às emendas constitucionais mesmas” (Cf. STF. MS 24.875-1/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ 06/10/06. p. 286. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br>”. Acesso em 24 de abril de 2009).

³⁵⁵ STF. MS 24.875-1/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ 06/10/06. p. 342-343. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br>”. Acesso em 24 de abril de 2009.

Em que pese a máxima vênia atribuída aos votos vencedores do referido julgado, entende-se que o melhor posicionamento foi aquele adotado pelos votos vencidos, no sentido de conferir validade à EC nº 41. Entretanto, não obstante tenham sido mencionados argumentos a favor da constitucionalidade e da legitimidade da referida emenda, acredita-se que o caminho a ser percorrido para essa aferição é um pouco mais longo.

Com efeito, como já afirmado anteriormente, defende-se a necessidade de uma análise específica e detalhada da ponderação de interesses realizada pelo Parlamento quando da promulgação da EC nº 41, bem como da reverência aos postulados de interpretação constitucional e da sintonia das novas disposições à vontade geral do povo.

Analisando, pois, criticamente o conteúdo da EC nº 41, é possível verificar inequívoca tensão entre alguns bens constitucionais. De um lado, percebe-se que o Poder Reformador decidiu pelo desfavorecimento do princípio do direito adquirido – e de sua fonte axiológica, o princípio da segurança jurídica –, bem como do princípio da irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos, visto que dispôs que os valores auferidos em parâmetros superiores ao teto estabelecido deveriam ser imediatamente reduzidos a este patamar, não se admitindo a alegação de direito adquirido à percepção do excesso em circunstância alguma.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que suprimiu parcela dos direitos remuneratórios de uma quantidade significativa de servidores públicos, o fez em benefício de alguns outros interesses constitucionais relevantes. Primeiramente, conforme alegado no próprio bojo do supracitado voto do Min. Joaquim Barbosa, a EC nº 41 visou ao patrocínio do princípio democrático, visto que a instituição de um limite máximo e claro das remunerações recebidas pelo setor público representa um antigo anseio do Constituinte brasileiro, manifestado não apenas no corpo da referida emenda, mas, também, quando da promulgação da EC nº 19 e, em especial, no texto original da Lei Fundamental.

Além desse interesse de estatura constitucional, pode-se aferir que o princípio da moralidade foi, também, substancialmente estimado pelo Poder Reformador em 2003, na medida em que a percepção de estipêndios em parâmetros irrazoáveis pelos servidores do Estado traz consigo grave transgressão a esse princípio norteador dos atos públicos. É inadmissível que o Estado utilize as verbas obtidas através do pagamento de tributos pelos cidadãos para conceder remunerações descomedidas e que não guardam relação com a atividade laborativa que lhes dá causa. Resta, pois, evidente a promoção do princípio da moralidade como um dos objetivos perquiridos pela EC nº 41.

Em linha semelhante, deve ser considerado o princípio da transparência atinente à administração pública. O estabelecimento de um teto remuneratório visa, dentre outros fins, que os cidadãos possam conhecer com a devida limpidez os parâmetros pelos quais são estabelecidos os estipêndios percebidos pelos funcionários públicos. É forçoso que o povo saiba se os tributos pagos pelo povo são destinados a fins realmente públicos, ou se, de outro modo, servem para enriquecer servidores que auferem rendimentos imorais e excessivos.

Sob essa perspectiva, pois, o Poder Reformador em 2003 estabeleceu rigidamente um teto no qual estariam incluídas todas as espécies de remuneração por estes percebidas – inclusive as vantagens pessoais –, bem como vetou que fossem recebidos quaisquer valores que excedessem o limite instituído, a fim de que não restassem dúvidas da existência e da eficácia do estabelecido limite estipendiário.

Agregam-se, ainda, aos supracitados valores constitucionais socorridos pela EC nº 41 o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade. Como se sabe, os cofres públicos são nutridos por uma quantidade limitada de recursos, os quais são destinados a diversos fins, dentre os quais se inserem a manutenção e a remuneração da máquina administrativa, a instituição de políticas públicas e muitos outros. Ocorre que o pagamento de estipêndios aos servidores públicos em absoluta

dissonância com as possibilidades do erário acarreta, invariavelmente, prejuízo às demais funções públicas, como às prestações de cunho social que visem, *v. g.*, à saúde, à educação, à moradia, à segurança e à assistência de cidadãos que carecem de uma maior ingerência do Estado.

Assim, em virtude da reserva do possível e do princípio da solidariedade, a EC nº 41 releva-se imperiosa no sentido de proibir a percepção de estipêndios pelo setor público que afrontem a moralidade pública e não guardem coerência com a atual perspectiva social do país e de conferir ao Estado novas verbas de modo a maximizar a possibilidade de seus cidadãos gozarem de condições materiais mínimas de dignidade.

Ocorre que o Direito não consiste em uma ciência desvinculada da realidade político-social em que está inserido, mas, ao contrário, deve buscar constantemente a sua sintonia com os problemas que afligem o povo. Sob esse prisma, algumas circunstâncias fáticas contemporâneas à promulgação da EC nº 41 merecem ser objeto de análise.

Primeiramente, deve-se concordar que a situação social e econômica experimentada pelo Brasil até o ano de 2003 era substancialmente distinta da atual. Hoje, o país, embora esteja passando por uma das mais severas crises mundiais da História, encontra-se em uma posição privilegiada, inclusive se confrontada com a situação de outros Estados. O Brasil, pois, vivencia um período de baixos índices de desemprego, de crescimento econômico – embora pequeno, se comparado com os últimos anos –, de queda expressiva dos juros e de substancial elevação do salário mínimo que, embora gradativa, vem ocorrendo em níveis muito superiores aos da inflação.

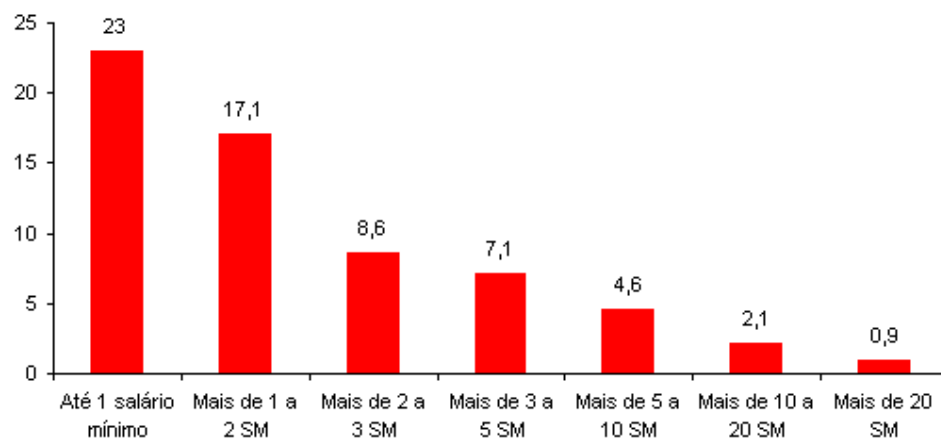
Embora se tenha transcorrido apenas cinco anos, pode-se verificar que o cenário brasileiro mostrava-se bem diverso do que é hoje vislumbrado. Em uma época em que o salário mínimo restringia-se a meros R\$ 240,00³⁵⁶, mais de 40% da população brasileira ocupada percebia

³⁵⁶ Artigo 1º da Lei 10.699/03: “A partir de 1º de abril de 2003, após a aplicação dos percentuais de dezoito por cento, a título de reajuste, e de um inteiro e seiscentos e noventa e cinco milésimos

rendimentos iguais ou inferiores a dois salários-mínimos, ou seja, R\$ 480,00, ao mesmo tempo em que menos de 1% dos cidadãos recebia mais de vinte salários-mínimos, ou seja, R\$ 4.800,00.

Para melhor visualização dos níveis das desigualdades econômicas existentes no Brasil em 2003, cumpre analisar com zelo o gráfico que se segue³⁵⁷, o qual traduz com rigorosa veracidade a realidade do povo brasileiro no ano em que foi promulgada a EC nº 41:

Distribuição da população de 10 anos ou mais de idade, ocupadas, segundo as classes de rendimento mensal de todos os trabalhos, em salários mínimos - Brasil - 2003



Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2003.

Sem adentrar em questões referentes às causas de tamanha desigualdade social e cingindo-se à análise dos dados colhidos pelo IBGE, percebe-se que a distribuição de renda no Brasil em 2003 apresentava-se absolutamente decepcionante. Infere-se que, enquanto um seguimento mínimo da sociedade desfrutava de boa qualidade de vida, uma enorme parcela da população brasileira, carente de condições mínimas a uma sobrevivência com dignidade, via os seus direitos mais básicos dependerem

por cento, a título de aumento real, sobre o valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), o salário mínimo será de R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais)”.

³⁵⁷ IBGE, Pesquisa Nacional Por Amostra de Domicílio 2003. *Quem Trabalha e Quanto Ganha!* Disponível em: “<http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/pesquisas/trabalhorenda.html>”. Acesso em 29 de maio de 2009.

quase exclusivamente de políticas públicas e de programas sociais, os quais freqüentemente eram embargados em razão da insuficiente de verbas.

Não obstante esse triste quadro social, verificava-se um grupo de servidores do Estado que, em total desarmonia com a situação do país, percebia remunerações elevadíssimas, superiores, inclusive, aos subsídios auferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, em consonância com os antigos desejos do Constituinte Originário, com os princípios da moralidade, da transparência, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana e concretizando o objetivo constitucional republicano de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”³⁵⁸, o Congresso Nacional, no exercício do Poder Reformador, convenceu-se sobre a conveniência do estabelecimento de um teto límpido e intransponível à remuneração recebida pelos servidores estatais, bem como da relativização de eventuais direitos adquiridos aos valores que ultrapassassem esse limite, visto que, sem a imediata redução dos rendimentos aos novos patamares, nenhum dos supramencionados objetivos seria realmente efetivado.

Importante ressaltar que esse trajeto ponderativo percorrido pelo Parlamento, que culminou na promulgação da EC nº 41, não se encontra à livre disposição do Poder Judiciário quando da apreciação da sua constitucionalidade e da sua legitimidade. Cabe, pois, ao Judiciário, quando acionado, tão-somente verificar se a conveniência inferida pelo Constituinte Derivado revela-se coerente, razoável e proporcional, ou seja, se respeita os postulados de interpretação norteadores da técnica de ponderação de interesses.

Cumprindo a verificação da constitucionalidade da EC nº 41, o primeiro importante passo à persecução desse fim consiste na aferição da observância ao princípio da unidade da Constituição, através do qual é imprescindível que os interesses constitucionais em tensão tenham sido

³⁵⁸ Artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

harmonizados equilibradamente visando sempre à sua otimização, de forma a manter a integridade e a unidade da Carta.

No tocante aos princípios aos quais foi conferida primazia na ponderação de interesses, a sua maximização apresenta-se evidente, dispensando maiores anotações. Por outro lado, quanto aos princípios do direito adquirido, da segurança jurídica e da irredutibilidade dos vencimentos, verifica-se que o conteúdo desses bens constitucionais, tendo em vista a estipulação de um teto remuneratório cujo valor revela-se bastante elevado (R\$ 24.500,00³⁵⁹), mostrou-se muito pouco afetado.

A partir dessas considerações, pois, acredita-se ser incontroversa a prudência havida no processo de conciliação dos princípios envolvidos na referida questão trazida pela EC nº 41, uma vez que a solução encontrada os otimizou da forma mais razoável possível, de modo a não gerar restrições excessivas ou desnecessárias.

Por sua vez, a reverência ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade pode ser igualmente perfilhada através de seus três exames. Primeiramente, perpassando pela análise da adequação, afere-se que a EC nº 41 se apresenta plenamente capaz de realizar as finalidades através dela propostas. Verifica-se isso por meio da apreciação dos parâmetros remuneratórios estabelecidos, os quais, condizentes com os princípios da moralidade e da transparência, obstam que os servidores públicos se locupletem, de forma oculta e imoral, à custa do erário público.

Em linha semelhante, pode ser constatado que a emenda em questão configura-se um instrumento eficaz de descobrir novos recursos que podem, ao menos em parte, ser destinados à promoção de direitos sociais e à persecução de uma sociedade justa e solidária, na qual os seus indivíduos gozem, ao menos, de dignas condições de vida.

³⁵⁹ Utilizou-se aqui o valor que foi empregado como limite remuneratório no momento do julgamento do MS 24.875-1/DF (DJ 06.10.06), visto que, nessa data, já estava em vigor a Lei 11.143/05, que estabeleceu os subsídios dos Ministros do STF nesse patamar, retirando, assim, a eficácia da norma transitória constante no artigo 8º da referida EC nº 41 (Cf. STF. MS 24.875-1/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ 06/10/06. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br>”. Acesso em 24 de abril de 2009).

No tocante ao exame da necessidade, embora talvez seja impossível afirmar com firmeza a inexistência de outros meios que provoquem menores perdas aos cidadãos, afere-se, com certa facilidade, que a EC nº 41, ao estabelecer um teto remuneratório fixado em R\$ 24.500,00 e ao determinar a redução imediata dos rendimentos aferidos pelos funcionários públicos a esse valor, revela-se uma medida muito pouco lesiva aos direitos dos cidadãos. Com efeito, infere-se que os direitos adquiridos, o patrimônio individual e, especialmente, a dignidade dos servidores públicos atingidos pela emenda sofreram um prejuízo mínimo, uma vez que continuarão recebendo os maiores rendimentos de toda a República Federativa do Brasil pagos pelo poder público.

Quanto ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a análise da relação entre as vantagens e as desvantagens decorrentes da EC nº 41, verifica-se claramente que os danos causados são superados, e muito, pelos benefícios dela procedentes. Confrontando, de um lado, os avanços atinentes à moralidade e à transparência da administração pública e as vantagens provenientes da realocação, mesmo que parcial, de recursos em fins que visem à garantia e à promoção de direitos sociais mínimos, e, de outro lado, a perda remuneratória decorrente da relativização dos princípios do direito adquirido, da segurança jurídica e da irredutibilidade de vencimentos estipulada pela referida emenda, indubitavelmente constata-se que aqueles benefícios extrapolam com larga margem os prejuízos causados a estes princípios.

Por derradeiro, ultrapassada a verificação de sua proporcionalidade e razoabilidade, a constitucionalidade da EC nº 41 depende, ainda, da aferição do respeito ao princípio da proibição do excesso. Como dito anteriormente, nenhuma ponderação realizada, seja pelo Legislativo, seja pela administração pública ou pelo Judiciário, pode violar o núcleo essencial dos direitos fundamentais. No que tange à análise da constitucionalidade da EC nº 41, resta cotejar se esta se apresenta não-tendente a abolir os princípios fundamentais por ela afetados, ou seja, se a

referida emenda não comprometeu a dignidade dos titulares cujos direitos adquiridos foram objeto de relativização.

Sob esse prisma, embora a EC nº 41 tenha reduzido a remuneração de alguns servidores públicos, como é o caso dos Ministros aposentados do STF que impetraram o MS 24.875/DF, verifica-se que a emenda em questão claramente cingiu-se à parcela disponível e não essencial do princípio do direito adquirido, ou seja, em nada afetou a dignidade dos indivíduos cujos interesses esse princípio se propunha a defender.

Note-se que, inobstante o referido desconto estipendiário, configura-se absurda a alegação de que a instituição do novo limite de RS 24.500,00 à percepção de rendimentos procedentes dos cofres públicos viola a dignidade de qualquer ser humano. Seria o mesmo que dizer que as maiores remunerações conferidas pelo poder público em toda a República não seriam suficientes à proteção da dignidade dos cidadãos que as recebessem, o que é racionalmente intolerável, quanto mais quando comparado com a situação social e econômica verificada na época em que foi promulgada a emenda constitucional em questão.

À guisa de conclusão, conclui-se que a EC nº 41, ao menos no que diz respeito ao estabelecimento do teto remuneratório e à relativização de direitos adquiridos, apresenta-se absolutamente constitucional, uma vez que o prejuízo provocado a esses direitos em prol de outros inúmeros interesses de igual relevância constitucional, além de mostrar-se inteiramente proporcional e razoável, no que tange tanto a uma análise intrínseca quanto a um exame da sua relação com o cenário social em que foi promulgada, não violou o núcleo essencial dos princípios e direitos subjetivos afetados.

Não obstante, o presente trabalho vem sustentando a tese de que, embora constitucional, uma emenda necessita, concomitantemente, apresentar-se legítima. Nessa linha, é necessário, ainda, inquirir se a EC nº 41 privilegia os ideais da democracia e da soberania popular ou se, inversamente, a ponderação de interesses realizada em sede do Parlamento não se harmoniza com os desejos gerais do povo.

Primeiramente, embora não conduza a uma inequívoca conclusão, o Poder Constituinte, desde a promulgação da Carta de 1988, busca, até então sem sucesso, instituir um teto à remuneração auferida pelos servidores do Estado. Demonstrou isso não apenas com o advento da EC nº 41, mas, da mesma forma, em 1998, quando da publicação da EC nº 19, e em 1988, fazendo constar expressamente no texto constitucional original a necessidade de ser estipulado um limite a esses rendimentos.

Como já dito, embora não leve a uma inquestionável conclusão acerca da legitimidade da EC nº 41, esses dados apresentam fortes indícios nesse sentido. De todo modo, também é possível perceber, sem grandes dificuldades, que o estabelecimento de teto estipendiário claro e intransponível vem ao encontro dos anseios dos cidadãos brasileiros.

A falta de moralidade pública, como é de conhecimento geral, é uma característica marcante da política do Brasil. São recorrentemente publicadas condutas praticadas por governantes e servidores públicos que se afiguram absolutamente contrárias à moral pública e que simplesmente ignoram os limites e os objetivos da lei, de modo a utilizar o poder para alcançar seus próprios fins particulares.

Não obstante, reconhece-se outra situação presente na realidade político-administrativa do Estado brasileiro que, embora institucionalizada pelas leis que regulam as atividades e o funcionamento estatais, revelam-se igualmente atentatórias à moralidade pública. São circunstâncias em que a própria observância das regras estabelecidas induz a uma falta de cristalinidade dos atos públicos e de confiança no Estado.

Ocorre que, dentre essas situações, talvez o principal exemplo aferível no contexto brasileiro seja a designação das verbas públicas, ressalta-se, provenientes do pagamento de tributos pelos cidadãos. Há de se convir que inexistente qualquer transparência do destino desses valores recolhidos pelo Estado. Na realidade, muito se arrecada, mas poucos resultados são vistos nas cidades do país. Afinal, a que fins se destinam os intermináveis impostos, taxas e contribuições recolhidos dos bolsos dos

cidadãos brasileiros? Esse dinheiro é, de fato, utilizado para a perseguição de objetivos realmente públicos ou, inversamente, serve ao locupletamento de um específico grupo de pessoas detentoras de cargos e funções públicas?

Tratando desses problemas que destroem a sociedade e a política brasileiras, o professor e pedagogo Luiz Otávio de Oliveira Amaral é lacônico ao afirmar:

“Tal qual uma infecção generalizada que mata por falência do organismo, a corrupção está matando nosso país. As partes ainda sãs de nosso organismo nacional não conseguem sequer enfrentar a decomposição moral, rápida e paulatina, do Brasil. É bem este o quadro geral do doente chamado Brasil, e esconder a gravidade desta doença só contribui para seu alastramento. A corrupção é a doença que mais ameaça o Brasil, mais que a Aids, que o infarto, que o câncer, que os traumas violentos. *A degradação moral já matou muitos Estados.*

(...)

*O doente “Brasil” precisa e com urgência de UTI, de um programa de tratamento asséptico”.*³⁶⁰ (grifo nosso)

É justamente ao encontro desse programa de tratamento imprescindível à cura do Estado brasileiro que adveio a EC nº 41. Não se pretendeu através dessa medida isolada resolver todas as questões atinentes à moralização do poder público, no que certamente não obteria êxito. Todavia, em total harmonia com o clamor do povo por um mínimo de moralidade e transparência da destinação das verbas públicas, o Poder Reformador em 2003 promulgou a referida emenda que, dentre outros objetivos, visou especificamente ao estabelecimento de um teto remuneratório límpido e insuperável, no qual estariam abrangidas todas as espécies de rendimentos auferidos pelos servidores do Estado.

No entanto, a simples previsão de um limite estipendiário não se revelava condição necessária e suficiente à concretização dos fins almejados. Era igualmente imprescindível que os eventuais valores percebidos acima desse teto fossem imediatamente restringido, sob pena de

³⁶⁰ AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Endemia Nacional: Corrupção Generalizada*. Disponível em: “<http://www.advogado.adv.br/artigos/2001/luizamaral/endemianacionacorrupacao.htm>”. Acesso em 27 de maio de 2009.

a EC nº 41 não alcançar a almejada transparência e moralidade públicas, de apresentar-se ineficaz.

Apesar de, por si só, essas justificativas já fundamentarem a observância da vontade geral do povo, o reclamo popular não se exaure nessas questões. Como já aludido, o quadro econômico e social em que se encontrava a população brasileira mostrava-se simplesmente lamentável. Mais de 40 % dos brasileiros ocupados recebiam até R\$ 480,00, dos quais 23% tinham os seus rendimentos limitados a R\$ 240,00. Restava, pois, incontroversa a necessidade de serem aplicados todos os recursos possíveis na garantia de condições mínimas de dignidade a uma grande parcela do povo brasileiro.

Diante desse quadro, nada se configurava mais justo, solidário e legítimo do que o poder público deixar de despender verbas designadas ao pagamento de estipêndios estabelecidos em patamares indecentes, reduzindo-os ao “modesto” *status* da maior remuneração paga pelo Estado em toda a República Federativa do Brasil, a fim de que pudesse sobrar um pouco mais de recursos para serem aplicados na prestação de alguns serviços sociais básicos, dos quais o povo brasileiro tanto carecia, como a saúde, a educação e outros já referidos.

Ao contrário do que possa ser afirmado quanto à EC nº 41, como o fez, *data venia*, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS 24.875/DF, o que se pretende inferir de toda essa longa exposição é que a referida medida promulgada pelo Poder Reformador em 2003 não apenas configurava-se constitucional, no sentido de estar em pleno acordo com os limites atinentes à atividade desse poder, mas se mostrava igualmente legítima, ou seja, em perfeita harmonia com o desejo geral do povo brasileiro, além de necessária à manutenção do desenvolvimento econômico e social do Brasil, na medida em que a moralização do serviço público e, em última instância, do próprio poder público demonstrava-se absolutamente imperiosa, em especial, no contexto em que foi promulgada a EC nº 41.

Conclusão

A Teoria do Poder Constituinte, desde a sua gênese, logrou êxito em estabelecer uma nítida diferenciação entre o Poder Constituinte e os Poderes Constituídos, nos quais está inserido o Poder Reformador. Nessa esteira, determinou-se que este consistiria em um poder adstrito a certos parâmetros – tanto formais quanto materiais –, os quais, visando impedir que a Carta perdesse a identidade a ela conferida originariamente, estabeleceriam uma fronteira claramente demarcada que não poderia, em hipótese alguma, ser ultrapassada.

Não obstante a importância dessa teorização ao constitucionalismo contemporâneo, em especial ao contexto brasileiro, percebe-se que a instituição de limites rígidos e largos à modificação da Lei Fundamental não somente se configuraria um empecilho à desnaturação da identidade desta, mas, por outro lado, poderia acarretar graves prejuízos à sua durabilidade, visto que retiraria da geração atual o poder de estabelecer as diretrizes do seu próprio destino social.

Desse modo, revela-se imprescindível que o conteúdo petrificado na Lei Maior seja o menos abrangente possível, que sejam gravados com o *status* de cláusula de eternidade apenas aqueles enunciados que realmente traduzam os interesses e os valores compartilhados pela sociedade, de modo que ao Poder de Reforma seja conferida a competência para ajustar, sempre que necessário, a Constituição formal aos anseios do povo, sob pena de esta transformar-se naquela mera ‘folha de papel’ imaginada por Lassalle.

No que tange especificamente aos direitos fundamentais, muito embora tenham sido finalmente incluídos no seleto rol de cláusulas pétreas, deve-se admitir que, por vezes, eles apresentar-se-ão conflitantes com outros bens constitucionais relevantes. Tendo em vista que, nessas ocasiões, será preciso utilizar-se da técnica da ponderação de interesses a fim de realizar equilibradamente os valores em tensão – o que, por óbvio, poderá acarretar a mitigação de um ou de ambos –, infere-se que os princípios

constitucionais, em particular os direitos fundamentais, não podem ser considerados bens absolutos no ordenamento jurídico, ou seja, impassíveis de sopesamento.

A despeito do caráter relativo dos direitos fundamentais, há de se reconhecer, igualmente, que eventuais emendas que reduzam o conteúdo desses direitos devem imperiosa reverência a alguns parâmetros básicos à verificação de sua regularidade. Nesse sentido, objetivando especificamente à inquirição de sua constitucionalidade, a doutrina e a jurisprudência atuais declaram que as limitações estabelecidas aos direitos fundamentais devem revelar-se proporcionais, razoáveis e, principalmente, não atentatórias à dignidade de seus titulares.

No entanto, acredita-se que esses critérios não são suficientes. Em um Estado Democrático de Direito que proclama logo no artigo 1º de sua Constituição que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, enfatizando, assim, os ideais de soberania popular e de democracia, é inadmissível que o Poder Constituinte – Originário ou Derivado – exerça esse poder sem verificar se o desejo dos cidadãos condiz com a ideologia e com os valores que se pretende introduzir na Carta.

Com efeito, o presente trabalho abordou a questão do estabelecimento de um teto remuneratório ao funcionalismo público, bem como a polêmica concernente à relativização do princípio do direito adquirido estabelecida pela EC nº 41. Diante desse quadro, defendeu-se que, naquele específico contexto evidenciado em 2003, os princípios da moralidade, da transparência, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana deveriam ser privilegiados em detrimento do princípio do direito adquirido, visto que as alterações propostas pela referida emenda vieram justamente ao encontro das necessidades e dos antigos anseios dos cidadãos brasileiros.

Em que pese toda a controvérsia existente acerca de questões relativas à EC nº 41, é preciso frisar o seguinte: apenas considerou-se válida

e legítima a referida emenda porque, no mesmo sentido, a ponderação que a precedeu também o era, na medida em que foi conduzida por parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade, pela observância do princípio da dignidade da pessoa humana e pela nítida reverência à vontade do povo.

De toda sorte, a ausência de legitimidade dos atos praticados pelo poder público, quanto mais daqueles decorrentes do exercício do Poder de Reforma, configura-se um importante obstáculo ao desenvolvimento do país em seus mais diversos setores. A falta de compromisso de grande parte dos indivíduos que assumem o *status* de representante da sociedade com as reais necessidades que afligem a população brasileira apresenta-se, ainda hoje, um dos mais agudos problemas do Brasil.

Ocorre que, embora se tenha enfocado especificamente a EC nº 41, muito mais do que simplesmente esboçar uma opinião acerca da sua regularidade, objetivou-se suscitar algumas questões referentes à legitimidade do exercício do poder público. Nesse sentido, faz-se necessária a provocação: quantas emendas publicadas pelo Congresso Nacional na vigência da atual Constituição reverenciam, de fato, a vontade do povo brasileiro? Ou, ainda, quantos atos normativos editados nesse período, de qualquer espécie, hierarquia ou origem, traduzem com alguma fidelidade os reclamos da população?

O Brasil carece de mudanças. Mudanças, sim, proporcionais, razoáveis e em prol da dignidade de seus cidadãos, mas, da mesma forma, mudanças estruturais drásticas, que socorram as carências do povo brasileiro. Portanto, se questionada a EC nº 41, acredita-se que a resposta não poderia ser diferente desta: Que bom que foi promulgada e que venham outras como ela. Que o Brasil continue a mudar e continue a crescer. Que os representantes do povo, na esteira dessa emenda, preocupem-se um pouco mais com o ser humano, com a proteção à sua dignidade e com a promoção de uma sociedade justa e solidária, em perfeita harmonia com os desejos e com o sentimento do povo brasileiro.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. 607p.

AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito Entre Poderes*. in. TORRES, Ricardo Lobo (organizador). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 99-120.

AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Endemia Nacional: Corrupção Generalizada*. Disponível em: “<http://www.advogado.adv.br/artigos/2001/luizamara/endemianacionacorrupcao.htm>”. Acesso em 27 de maio de 2009.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed.. Coimbra: Almedina, 1987. 350p.

ARAÚJO, Jackson Borges de. *O Controle Judicial da (In)Constitucionalidade da Emenda à Constituição*. Recife: Inojosa Editores, 1995. 156p.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Coisa Julgada Inconstitucional: Hipóteses de Flexibilização e Procedimentos Para Impugnação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 223p.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 4ª ed. rev.. São Paulo: Malheiros, 2005. 138p.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2ª ed. amplamente rev. e atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 380p.

Alguns Parâmetros Normativos Para a Ponderação Constitucional. in. BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3º ed. rev.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 49-118.

Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. in. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (organizadores). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2006. p. 31-60.

Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 334p.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. in. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de Uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 6ª ed. rev., atual. e ampl.. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 345-386.

BARROSO, Luís Roberto. *A Doutrina Brasileira da Efetividade*. in. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 8ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 281-297.

Constitucionalidade e Legitimidade da Reforma da Previdência (ascensão e queda de um regime de erros e privilégios). in. BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional. Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 167-216.

Em Algum Lugar do Passado. Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil. in. BARROSO, Luís Roberto (organizador). *Temas de Direito Constitucional. Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 131-165.

Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). in. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de Uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 6ª ed. rev., atual. e ampl.. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 303-343.

Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos De Uma Dogmática Constitucional Transformadora. 6ª ed. rev., atual. e ampl.. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006. 427p.

O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 8ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 345p.

Poder Constituinte Derivado, Segurança Jurídica e Coisa Julgada (sentido das locuções *juros legais* e *valor real* na EC nº 30/2000). in. BARROSO, Luís Roberto (organizador). *Temas de Direito Constitucional. Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 403-434.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2ª ed. rev.. Bauru/SP: EDIPRO, 2003. 192p.

_____ *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Rev. téc. João Ferreira. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989. 184p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2004. 806p.

BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 362p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo Para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. 539p.

_____ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed.. Coimbra: Almedina, 2003. 1522p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. 310p.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Dignidade da Pessoa Humana: O Princípio dos Princípios Constitucionais*. in. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (organizadores). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2006. p. 135-179.

CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e Lê Sue Disposizioni Di Principio*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952. *apud*. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2004. 806p.

CUNHA, José Ricardo. *Sistema Aberto e Princípios na Ordem Jurídica e na Metodica Constitucional*. in. PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (organizadores). *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2ª ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 21-42.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 22ª ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 2001. 307p.

DANTAS, Ivo. *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. 87p.

DERANI, Cristiane. *Direitos Fundamentais e Democracia*. in. MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (diretores). *Arquivos de Direitos Humanos*, v. 1. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 1999. p. 57-71.

DIGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3ª ed. Paris: Ancienne Librairie Fontémoing. 1930. *apud*. BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 362p.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a Uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político*. São Paulo: Método, 2006 (Coleção Professor Gilmar Mendes v.2). 301p.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. 371p.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios Constitucionais: Elementos Teóricos Para Uma Formulação Dogmática Constitucionalmente Adequada*. 2ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 288p.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. ampl. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2002. 669p.

FRANCISCO, José Carlos. *Emendas Constitucionais e Limites Flexíveis*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. 181p.

GABBA, Francesco. *Teoria Della Retroattività Delle Legge*. 3ª ed. Milano-Roma-Napoli: UTET, 1868. *apud*. BARROSO, Luís Roberto. *Em Algum Lugar do Passado. Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil*. in. BARROSO, Luís Roberto (organizador). *Temas de Direito Constitucional. Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 131-165.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2006. 286p.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. 34p.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4ª ed. rev. e atual.. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 756p.

IBGE, Pesquisa Nacional Por Amostra de Domicílio 2003. *Quem Trabalha e Quanto Ganha!* Disponível em:

“<http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/pesquisas/trabalhorenda.html>”. Acesso em 29 de maio de 2009.

KATAOKA, Eduardo Takemi. *Segurança Jurídica Como Direito Fundamental e as Cláusulas Gerais do Novo Código Civil Brasileiro*. in. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (organizadores). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2006. p. 351-377.

KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*. Trad. João Batista Machado. Coimbra: Editora Almedina, 2001. 156p.

LACERDA, Belizário Antônio de. *Direito Adquirido*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 99p.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 49p.

LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A Saga do Zangão: Uma Visão Sobre o Direito Natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 187p.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed.. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. 426p.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Limites da Revisão: Cláusulas Pétreas ou Garantias de Eternidade. Possibilidade Jurídica de Sua Superação*. Porto Alegre: AJURIS, Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, nº 60, 1994. p. 249-254.

Os Limites da Revisão Constitucional.
Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, nº 21, out./dez., 1997. p. 69-91.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2008. 1432p.

NEGREIROS, Teresa. *A Dicotomia Público-Privado Frente ao Problema da Colisão de Princípios*. in. TORRES, Ricardo Lobo (organizador). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 343-381.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático*. in. BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3º ed. rev.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 285-325.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 442p.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *A Estrutura Normativa das Normas Constitucionais: Notas Sobre a Distinção Entre Princípios e Regras*. in. PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (organizadores). *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2ª ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 3-20.

Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma Contribuição ao Estudo das Restrições aos Direitos

Fundamentais na Perspectiva da Teoria dos Princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 546p.

Proposta de Emenda Constitucional nº 333. Autor: Dep. Pompeo de Mattos – PDT/RS. Disponível em: “<http://www.camara.gov.br>”. Acesso em 06 de maio de 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª ed. rev. e atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 503p.

_____ *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 4ª ed. rev. e atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 158p.

SARMENTO, Daniel. *A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria*. in. MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (diretores). *Arquivos de Direitos Humanos*, v. 4. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 1999. p. 63-102.

_____ *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 219p.

_____ *Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social*. in. SARMENTO, Daniel, *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 3-31.

_____ *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 362p.

_____ *Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens.* in. TORRES, Ricardo Lobo (organizador). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 35-98.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed., rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2005. 924p.

_____ *Poder Constituinte e Poder Popular* (estudos sobre a constituição). 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. 308p.

STJ. REsp 240.712/SP. Relator: Min. José Delgado. DJ 15/02/00. Brasília. Disponível em: “<http://www.stj.jus.br>”. Acesso em 25 de maio de 2009

STF. 3ª Sessão Administrativa. Realizada em 24.06.1998 *apud*. STF. AO 864-6/PE. Relator: Min. Carlos Velloso. DJ 12/11/04. Brasília. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br>”. Acesso em 23 de maio de 2009

_____ ADIn 14-4/DF. Relator: Min. Célio Borja. DJ 01/12/89. Brasília. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br>”. Acesso em 22 de maio de 2009

_____ ADIn 815-3/DF. Relator: Min. Moreira Alves. DJ 28/03/96. Brasília. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br>”. Acesso em 24 de abril de 2009

_____ ADIn 829-7/DF. Relator: Min. Moreira Alves. DJ 14/04/93. Brasília. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br>”. Acesso em 24 de abril de 2009

_____ ADIn 939-7/DF. Relator: Min. Sidney Sanches. DJ 12/12/93. Brasília. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br>”. Acesso em 24 de abril de 2009).

____ ADIn 1898-1/DF. Relator: Min. Octávio Gallotti. DJ 30/04/04. Brasília. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br>” Acesso em 23 de maio de 2009).

____ MS 20.257/DF. Relator: Min. Décio Miranda. DJ 08/10/80. Brasília. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br>”. Acesso em 24 de abril de 2009

____ MS 24.875-1/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ 06/10/06. Brasília. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br>”. Acesso em 24 de abril de 2009.

____ RE 94.414-1/SP. Relator: Min. Moreira Alves. DJ 19/04/85. Brasília. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br>”. Acesso em 25 de maio de 2009

TOLOMEI, Carlos Young. *A Proteção do Direito Adquirido Sob o Prisma Civil-Constitucional: Uma Perspectiva Sistemático-Axiológica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 296p.

VIEIRA, José Ribas. *A Teoria dos Direitos Fundamentais: Sua Leitura Sob as Perspectivas da Efetividade e da Mudança Constitucional*. in. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (organizadores). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2006. p. 659-668.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e Sua Reserva de Justiça* (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo: Malheiros, 1999. 256p.