



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**OS LIMITES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA
CONSTITUCIONAL E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE
DO ART.4º. DA EMENDA 41/2003.**

por

LILIANA LUZ RODRIGUES

ORIENTADOR: FRANCISCO DE GUIMARAENS

2005.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

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

RIO DE JANEIRO - BRASIL

**OS LIMITES MATERIAIS AO PODER
DE REFORMA CONSTITUCIONAL E A
(IN) CONSTITUCIONALIDADE DO
ART.4º. DA EMENDA 41/2003.**

por

LILIANA LUZ RODRIGUES

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

Orientador: Francisco de Guimaraens

2005.1

Dedicatória.

Primeiramente a Deus, pela oportunidade em finalizar este grande passo.

Aos meus queridos pais, Adilson e Janete, meus grandes modelos de vida que, sem o apoio incansável, incondicionado e irrestrito nada disso teria se construído.

À minha querida irmã, Luciana.

Ao meu saudoso avô, que se foi neste percurso.

Agradecimentos.

Ao singular mestre, meu orientador e amigo Francisco de Guimaraens, por sua ilimitada atenção, compreensão, paciência, como também pelas grandiosas e inesquecíveis lições à conclusão deste já tão saudoso quinquênio acadêmico.

Aos grandes amigos, Alexandre Chiganer, Bárbara Nunes, Érica Folegatti, Fernanda Castro, Joana Pompeu, Luciana Machado, Lygia Falcão, Maria Clara Amado, Priscilla Bonaparte, e outros muitos que suavizaram esta caminhada com alegrias, incentivo e companheirismo.

Às mais que amigas Camila Katter e Patrícia Abboud.

Aos demais que, direta ou indiretamente contribuíram à minha formação intelectual e de aprimoramento como ser humano.

Resumo.

A presente monografia trouxe a debatida constitucionalidade do art. 4º. da emenda 41/2003 como destaque para demonstrarmos a temática dos limites materiais ao poder de reforma constitucional. Isto é, qual seria o liame para identificarmos a constitucionalidade da atuação do poder constituinte derivado, em especial daquele que restaura o *frescor Magno*.

Para chegarmos à questão do supracitado artigo, contamos no capítulo 02 com bases oferecidas pela nossa Constituição acerca dos limites explícitos, implícitos, bem como de seu impacto no nosso ordenamento.

A metodologia adotada por nossa demonstração, no capítulo 01, estabelece a estrutura dentro da qual se desenvolve a constituição para que, em seguida, se elucide a questão da reforma constitucional.

Sumário

Introdução.....	6
Capítulo 1- Do poder constituinte originário e poder constituinte derivado.....	8
1. Poder constituinte originário e suas origens teóricas.....	8
1.1. A doutrina de Sieyès.....	9
1.2. Poder constituinte originário e suas características.....	12
1.2.1. Inicial.....	12
1.2.2. Incondicionado.....	13
1.2.3. Ilimitado e soberano.....	14
1.3. Titularidade do poder constituinte.....	16
1.4. O exercício do poder constituinte.....	17
1.5. Poder constituinte e poder constituído.....	19
1.6. Poder constituinte derivado e suas características.....	20
1.6.1. O caso brasileiro: revisão e reforma.....	22
1.7. Mutação constitucional: poder constituinte originário ou poder constituinte derivado?.....	26
Capítulo 2- Dos limites ao poder constituinte derivado na Constituição de 1988.....	29
2.1.1. Limites explícitos.....	31
2.1.1.2. Limites circunstanciais e formais.....	32
2.1.1.3. Limites materiais.....	34
2.1.2. Limites implícitos.....	37
2.2. Reforma total e parcial.....	41
2.3. A dupla revisão.....	44
Capítulo 3 – O direito adquirido e o art. 4º. da emenda 41/2003.....	46
3.1. O princípio da irretroatividade das leis.....	46
3.2. Direito adquirido X ato jurídico perfeito.....	48
3.3. Direito adquirido X expectativa de direito.....	53
3.4. Reforma da previdência de 2003: noções introdutórias.....	55
3.4.1. A questão da contribuição previdenciária de inativos e pensionistas e o direito adquirido.....	58
3.4.1.1. O desconto conferido aos aposentados e pensionistas: a (in) constitucionalidade do art. 4º. da emenda 41/2003.....	61
Conclusão.....	71
Bibliografia.....	75

Introdução.

Por meio deste trabalho de conclusão de curso de Direito, focamos nossa atenção na emenda 41/2003, cujo exemplo retrata clara manobra política, na preocupação maior, por nosso governo, em atribuir segurança aos credores internacionais em honrar os pactos até então firmados.

Para tanto, a busca de recursos se deu mediante a instituição compulsória de contribuição social a inativos e pensionistas. Inconstitucional inclusive o procedimento na medida em que, na forma do art. 60§ 4º. de nossa Constituição, a rejeição constitucional perpassa ao próprio ato de deliberar tendente a abolir os preceitos contidos naquele dispositivo.

Nossa metodologia adotada consistiu no desmembramento do tema em 03 (três) capítulos, de forma que o primeiro capítulo conferisse as bases dentro das quais viríamos no capítulo subsequente a discutir o tema objeto do vigente trabalho, os limites materiais ao poder de reforma. Por fim, no capítulo 03 utilizamo-nos do caso da emenda 41/2003, de questionada constitucionalidade, haja vista a polêmica circunscrita na inobservância do poder de reforma às cláusulas pétreas, no caso da emenda em questão.

No capítulo primeiro o leitor encontrará o suporte à compreensão do Documento Maior de nosso ordenamento jurídico, a força que o elabora, além das modalidades pelas quais ele mesmo prevê sua atualização diante das novas experiências sociais.

Em seguida, adentramos o conceito de limites constitucionais ao poder de reforma, ou seja, até onde o poder constituído, de reforma, emanado da própria Lei Magna, pode proceder ao realinhamento de seus preceitos sem desfigurar a vontade originariamente prevista nesse Documento Maior.

Por fim, após apresentarmos para o leitor o ponto central dessa monografia, destacamos o exemplo do art.4º. da emenda constitucional 41/2003 como uma das mais recentes experiências brasileiras vividas

concernentes à discussão da constitucionalidade da reforma de nossa Lei Magna elaborada pela EC 41/2003. Em suma, seria a questão de localizarmos e interpretarmos até onde a Carta Maior pode ser alterada sem que essas correntes modificações impliquem desfiguração de seu cerne, de seu espírito como tal querido pelo constituinte originário.

Nesse sentido, esperamos do leitor que, após uma leitura do presente, acentue seu papel cidadão não só na escolha consciente de seus representantes, como também adote uma postura de constante fiscalização da conduta adotada pelos mesmos. Importância esta principalmente quanto ao resguardo de princípios e regras constitucionais assecuratórios da preservação do Estado Democrático de Direito.

Capítulo 1- Do poder constituinte originário e poder constituinte derivado.

“Constituir é criar, constituinte é criação permanente, ininterrupta liberação, revolução”¹.

1. Poder constituinte originário e suas origens teóricas.

Neste presente estudo, trazemos a preocupação em traçar um panorama jurídico de nossa organização política, sobretudo no tocante ao arranjo e limites constitucionais dentro dos quais nossa Carta maior admite reformas.

Faz-se mister que, para compreendermos o fenômeno constitucionalista e, assim, refletirmos sobre a realidade brasileira, recorramo-nos à via histórica, destinando um tópico à parte a um emblemático pensador francês, Emmanuel Joseph Sieyès (1748/1836), cuja doutrina tem no exemplo brasileiro sua permanente contemporaneidade.

Com o advento das constituições escritas, grandes conquistas do constitucionalismo moderno, a exemplo da laicização do Estado, despersonalização do poder e impessoalidade na produção normativa², vigem como metas tradutoras de um Estado politicamente saudável, voltado ao bem coletivo. Nesse diapasão, ao construtor da realidade política compete-lhe a constante fiscalização das decisões de seus escolhidos que, como tal, foram designados para otimizar o interesse coletivo nos estritos limites da delegação originária.

¹ GUIMARAENS, Francisco De. *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 84.

² SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos humanos como limitação material ao exercício do poder constituinte originário*. Rio de Janeiro. 1997. 91 p. Tese (Mestrado em Direito constitucional e teoria do Estado)- Departamento de Direito da PUC-Rio. p. 08.

Diferentemente da construção constituinte³, seu exercício não se beneficia de romper o menor dos obstáculos apresentados, se o interesse primário assim não previu. Não foi de outra forma a solidificação do diploma Maior como pauta da atividade constituinte derivada, insuscetível, entretanto, de conter o movimento de superação, de aperfeiçoamento da geografia inovadora.

Embora consideremos manifestações constituintes anteriores⁴ ao século XVIII, foi a França revolucionária de 1789 que, de fato, proporcionou um ambiente de frutífera produção intelectual, cujo ápice aponta a noções intrínsecas de poder e de soberania popular.

Diante do exposto, imperiosa uma acurada passagem pelo primado teórico de Sieyès, não apenas para reconhecer a construção política como reflexo da vontade nacional, mas também para negar qualquer alteração que não a emanada do corpo soberano. Por tais pinceladas constituintes mantém-se vivo o postulado de Sieyès, sobretudo por nossos juristas quando da explanação do atual arquétipo político e constitucional brasileiro.

1.1. A doutrina de Sieyès.

O renomado francês, dito por muitos “pai da doutrina do poder constituinte”, assim faz jus à denominação por teorizar as precípuas considerações constitucionais na legitimação de uma autêntica ordem jurídica.

³ Cumpre ressaltar que, à menção “constituinte”, reportamo-nos ao poder constituinte originário.

⁴ Na tentativa em desvendar o pioneirismo constituinte, encontramos em nosso mestre Francisco de Guimaraens destaque a Nicolau Maquiavel. Este, por sua vez, a partir do legado humanista, entendia que a liberdade do homem somente se completaria quando o homem desprendesse todas suas potencialidades. Assim, desenvolveu conceitos constituintes, sob outra roupagem, ao trabalhar a tensão *virtú e fortuna* - Vide GUIMARAENS, Francisco de. *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri*. p. 126. Assim é que se observa certa discussão à primazia de Sieyès acerca da difusão da noção de poder constituinte. Para muitos, o abade apenas consagrou na doutrina, o que, de longa data, outros pensadores já tinham abordado com outra roupagem que não a constitucionalista.

Influenciado que foi pelos pensadores Hobbes – “Leviatã” - e Rousseau – “Contrato Social” -, recebeu Sieyès um terreno propenso a difundir suas crenças, graças ao enterro da doutrina vigente no Antigo Regime. Neste deslocamento da titularidade do poder, reconhece o abade tal poder político como fonte primária à instituição do Estado e, indiretamente, fundamento das ramificações jurídicas. Por esta razão, seria na vontade coletiva a legitimidade exigida à construção da Lei Maior do Estado⁵.

O grande furor da realidade vivida por Sieyès se deu com a crescente insatisfação do Terceiro Estado que, desprovido de regalias, não vislumbrava qualquer retorno⁶ político em sustentar a inércia dos primeiros estamentos.

Assim, sintetizou o abade na paradoxal adjetivação de “tudo” e “nada” que se resumia o Terceiro Estado e que, por isso, pretendia tornar-se algo⁷.

Percebido então por Sieyès o panorama de reinantes obstáculos à implementação de um direito comum, de expressão uníssona da vontade nacional⁸, tratou o abade em incutir nos oprimidos⁹ a exclusiva legitimidade de inverter esse quadro distorcido¹⁰. Para tanto, mister era o querer desses

⁵ Importante a consideração de Antonio Negri em visualizar a obra de Sieyès e na revolução francesa não apenas sob o olhar burguês, mas como um tempo proletário a se insurgir contra a ordem do trabalho posta. Vide NEGRI, Antonio; tradução PILATTI, Adriano. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 316.

⁶ Como suscita Guimaraens, Sieyès restringe a proposta inovadora às motivações constituintes não as imputando a outro campo que não o político. Trata-se assim por desvencilhar as demais esferas econômica, social, mas que a todo instante intervêm e modificam umas às outras. Sieyès, deste modo, restringe a atuação, dita ilimitada, da nação, negando uma das facetas intrínsecas à natureza constituinte referente à possibilidade infinita de se expressar, como também de infinito ser esse movimento de superação da realidade única apresentada, pois exclui da atividade constituinte originária a intervenção nas dinâmicas sociais, econômicas e culturais. GUIMARAENS, Francisco de. *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri*. p. 112-3.

⁷ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa - Qu'est-ce que lê Tiers État?* 3ª.ed..Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 51.

⁸ Com a onda racional Iluminista, insustentável assim a apatia dos comuns nessa desequilibrada balança política, de sobrepeso dos primeiros estamentos. Em vista do enganoso sistema de votação nos Estados Gerais, efetuado não por cabeça, só contribuía para afastar cada vez mais a França de sua autêntica identidade nacional. É por este motivo que propõe Sieyès repensar o distorcido modelo político francês.

⁹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. p. 55. Importante frisar que, para Sieyès, os oprimidos seriam os desprovidos de comando político.

¹⁰ Nesse processo de afastamento popular da penumbra excludente, a retomada da titularidade fática soberana, segundo Sieyès, deveria partir do monarca a convocação da nação, no momento oportuno, a alterar a insatisfatória realidade. Vide SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. p. 102.

indivíduos em se reunirem a comporem um corpo forte o suficiente, com o qual nenhuma força jurídica poderia detê-lo.

“A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural. Se quisermos ter uma idéia exata da série das leis positivas que só podem emanar de sua vontade, vemos, em primeira linha, as leis constitucionais que se dividem em duas partes: umas regulam a organização e as funções do corpo legislativo; as outras determinam a organização e as funções dos diferentes corpos ativos”¹¹ (grifo nosso).

No teorema de Sieyès, aponta o mesmo etapas calcadas pela coletividade que, organizada politicamente, culmina com a instituição estatal e demais elementos que desta advirão. Primeiramente, ilustra indivíduos isolados que, procurando se aglutinar, consagram a nação. Em seguida, ocorreriam as deliberações a se cogitarem das necessidades, bem como dos recursos a implementá-las. O caminho apontado seria um governo representativo, no qual os homens confeririam uma procuração aos mais aptos a concretizar a vontade nacional. É nesta procuração que se observam restrições à atuação executiva, vedadas quaisquer ultrapassagens não contidas na pauta delegada.

Manifestada a vontade una, pelo ente soberano, culmina o exercício desse poder constituinte com a consagração de uma Lei suprema a retratar a fidedigna realidade jurídico-política, dentro da qual o Estado deverá trilhar. Esta primeira Lei oferece segurança à nação, no que toca ao comportamento de seus representantes, devidamente pautado pelos limites traçados pela exteriorizada vontade coletiva.

Uma das grandes virtudes de Sieyès foi evidenciar que o documento constitucional, ainda que materialmente espelhasse os desejos nacionais, não seria eterno, imutável. Ora, se o poder constituinte a tudo se sobrepõe, esta mesma força que constrói o arcabouço estatal é tão legítima quanto para destruí-la no instante, para ela, conveniente. É baseado neste pensamento que

¹¹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. p. 94.

Sieyès categoriza pinceladas do instituto da rigidez constitucional ao repudiar construções que não as decorrentes do interesse nacional. Somente o titular constituinte deteria a prerrogativa de libertar-se do cenário não mais satisfatório, por meio da elaboração de um estatuto condizente aos novos tempos.

1.2. Poder constituinte originário e suas características.

Diferentemente do que à primeira vista poderia parecer, o fenômeno do poder constituinte e suas implicações não foram pioneiros e exclusivos da França Iluminista, mas sempre ocorreram nas sociedades organizadas, daí a afirmação de que todo Estado tem uma Constituição, captada nas palavras do professor José Afonso Da Silva: “...todo Estado (país) tem constituição, que é o simples modo de ser da Nação organizada em Estado. Mas hoje, quando se fala em constituição do Estado, está-se referindo ao modo como o Estado é juridicamente organizado”¹².

Trata-se de uma peculiar manifestação do poder, assentado no direito fundamental de liberdade do titular constituinte para lhe conceder um novo instrumento jurídico, acolhedor dos valores peculiares àquela consciência cultural.

1.2.1. Inicial.

Voltado a constituir uma nova ordem jurídica, o poder constituinte originário é competente para desconstituir uma realidade consagrada ou construir um cenário até então inexistente. Neste último caso, remontamo-nos

¹² SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular* (Estudos sobre a Constituição). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 66.

às Treze colônias inglesas, cujo episódio da independência implicou na elaboração de inédita organização jurídica.

Esse movimento construtor do constituinte originário remonta-nos à idéia de constante superação de obstáculos, de libertação do constituído, sem prévia consideração a ditame jurídico algum, limitador da vontade geral.

À semelhança do registro do abade, em meio a um generalizado turbilhão de insatisfação social, vem-nos, de imediato, seu advento em épocas de crise institucional e rompimento com uma assentada Constituição, como etapas necessárias a infirmar um novo real.

A marca inovadora, primária, do poder constituinte é responsável por sua eterna singularidade, na constatação de cada manifestação ser dotada de uma energia única, de inédita combinação, dada sua condição potencialmente expansiva.

Como único poder vigente na esfera construtiva, é nele que se situa o epicentro da ramificação estatal. É na decisão de seu titular que será auferida a parcela de poder a ser delegada, determinante do campo de atuação dos agentes institucionais.

1.2.2. Incondicionado.

O impulso à criação de um renovado Direito encontra-se intimamente decorrente de um processo de prévia insatisfação caracterizado como “situação constituinte”, verificado como motor de contestação de uma realidade já ultrapassada.

Nesse processo de reequilíbrio nacional, de busca pela criação de normas fundamentais, balizadoras do Estado de Direito, encarrega-se seu titular, de forma soberana, isto é, sem qualquer vinculação a ideais prévios, de efetivar uma nova concepção de Direito condizente às frescas perspectivas nacionais.

Assim, como poder supremo, único atuante na construção de novo panorama político, não deve obediência a nenhuma regra jurídica que venha a determinar seus passos. Diante da inexistência de nenhum outro poder acima ou a ele equivalente, denota sua total legitimidade para formar a realidade que desejar.

Não obstante o trajeto histórico tenha demonstrado a preferência pelo semblante Assembléia Constituinte/Convenção, inexistem regras, preceitos de caráter procedimental que estabeleçam determinada forma à expressão constituinte¹³. É por esta razão que identificamos sua natureza desvinculada de imposições prévias à sua exteriorização.

1.2.3. Ilimitado e soberano.

Os defensores do pensamento jusnaturalista como Sieyès sustentam a ilimitada¹⁴ atuação constituinte, cerceada senão por valores intrínsecos à essência humana, “transcendentes”, segundo Jorge Miranda¹⁵. Neste sentido, é dito ilimitado mais por força de expressão que, de fato, de desarrazoado rompimento.

Embora inexistam regras positivas que subjuguem a força construtora, entendemos existirem valores extrajurídicos que, por condicionarem seu exercício, acabam-no por limitá-lo, como fatores intrínsecos de seus titulares, bem como da internacionalização da vida dos Estados.

¹³ Autores como Paulo Thadeu Gomes da Silva afastam o caráter incondicional do poder constituinte, estigmatizando-o na finalidade social, geralmente percebida no estatuto Maior. Vide SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos humanos como limitação material ao exercício do poder constituinte originário*. p. 07.

¹⁴ Naquele contexto, justifica-se a consideração ilimitada do poder constituinte, como suporte de que a nação tudo poderia para então se desgarrar da invertida realidade, posta por uma minoria, regida por privilégios: “... era mister que não se conferissem limites ao exercício do **pco**- com exceção do próprio direito natural-: era imperioso produzir-se um documento escrito que normatizasse os direitos individuais (...).” Vide SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos humanos como limitação material ao exercício do poder constituinte originário*. p. 08.

¹⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional – Tomo II Constituição*. 4ª. ed.. Coimbra, 2000. p. 108.

Em cada época, ainda que distintas sejam as pretensões coletivas, com o passar do tempo, novos arranjos constituintes são formulados, e não seriam virtuosos se revogassem integralmente documentos pretéritos. Como bem pincelado por Pinto Ferreira¹⁶, em exposição do peso de cada Estatuto, caso permitamos tal abertura, de total desconsideração de conquistas de outrora, incidir-se-á em retrocesso instituinte. De fato, ao se considerar a irrefreada postura inovadora, a todo instante, lutas seriam necessárias para (re) formular questões já tão conhecidas de tempos remotos.

De todo modo, não há que se impedir ao poder constituinte de, evocando sua permanente expansão, se utilizar de direitos já assentados, em um processo, denominado de “legalidade continuada”. Como já dissemos, a construção originária é tão penosa, desgastante que, com resguardo de um “mínimo existencial” à integridade dos homens, constrói-se um terreno favorável a impulsionar a coletividade na luta por suas metas.

Destarte, ainda que não consideremos o movimento originário desgarrado de quaisquer limites, *data venia*, julgamos sua característica ilimitada só se refere aos ditames jurídicos.¹⁷ Entretanto, encaramos seu movimento restrito por situações que o próprio panorama externo, características intrínsecas de seus próprios titulares, a título ilustrativo, inevitavelmente, acabam-no por restringi-lo em seu movimento construtor.¹⁸

¹⁶ FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 6ª.ed.. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 50-1.

¹⁷ “(...) o 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”. Além disto, as experiências humanas vão revelando a indispensabilidade de observância de certos princípios de justiça que, independentemente da sua configuração (...) são compreendidos como limites da liberdade e onipotência do poder constituinte. Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª.ed.. Coimbra: Almedina, 2003. p. 81.

¹⁸ Acompanhamos o professor Canotilho no que toca a defesa de limites extrajurídicos ao poder constituinte. Entendemos que peculiaridades inerentes a cada comunidade, como dados antropológicos, valores difundidos no seio social, acabam por limitar a atuação do poder constituinte. Caso houvesse total inobservância a tais especificidades, lacuna poderia haver entre a realidade social e a jurídica. Dessa forma, entendemos um possível comprometimento de uma das finalidades jurídicas concernente à regulação do comportamento social, já que não seguiria valores, regras e ideais difundidos naquele corpo social. Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6ª.ed.. Coimbra: Almedina, 1995. p. 115-7.

1.3. Titularidade do poder constituinte.

O objeto do presente item merece tópico em separado, em vista da identificação do sujeito político legítimo a estruturar o Estado consoante sua vontade, isto é, desenhar a realidade na qual deseja se inserir¹⁹. Para tanto, não será de outra forma que a vontade primária se efetivará senão nos estritos lindes previstos pelo seu legítimo corpo soberano.

Implica a permanência da vontade suprema, sem prévia coação de limite algum à sua manifestação. No entanto, como já previsto no teorema de Sieyès, em razão da impossibilidade de a coletividade exercê-lo diretamente, reúnem-se os indivíduos em Assembléia Constituinte, de forma que alguns dos seus, constitucionalizassem a vontade difundida no corpo popular.

Ao longo da história encontramos em Deus, no monarca, na vontade política de Carl Schmitt²⁰, na nação em Sieyès²¹ e, em nossa vigente Lei, no povo, a legitimidade para ditar os fundamentos da moldura estatal, dentro da qual deseja se enquadrar.

A fonte da instituição suprema, única operante no instante inovador, em Sieyès apontava, na expressão do Direito Natural, à nação. Este corpo permanente, anterior ao Estado, portador de uma singular manifestação, não reduziria sua vontade na elaboração de qualquer ato que fosse. Daí a

¹⁹ Diante da passagem do abade em unificar as múltiplas aspirações de cada integrante da nação, é que acompanhamos uma das ímpares críticas formuladas pelo professor Francisco de Guimaraens ao destacar a singular vontade coletiva daquela aspirada pelos indivíduos singularmente destacados – Vide GUIMARAENS, Francisco. *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri*. p. 111. É neste instante que se reconhece o descaso de Sieyès acerca do descompasso entre uma pacífica coexistência desse corpo social e as inerentes singularidades que brotam no seio do coletivo, dificultando a denotação do consenso de “bem comum”. É partindo desse pressuposto que Guimaraens, a partir de Antonio Negri, propõe o conceito de multidão, único capaz de transmitir as coloridas visões de mundo arraigadas no convívio social.

²⁰ SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución*. Madrid: Alianza, 1982. p. 93. “Poder constituinte é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre modo e forma da própria existência política, determinando assim, a existência da unidade política como um todo”.

²¹ Apontemos aqui a contribuição da nação - titular do poder constituinte - à constituição de 1791, como o marco em afastar os privilégios odiosos dos primeiros estamentos, que só contribuíam ao engessamento da liberdade nacional e, assim, fazer valer sua vontade no rumo da política francesa.

constatação em Sieyès da distinção entre o poder que tudo cria, ilimitado, e outro, cingido pelos ditames fundamentais²², incumbido em estruturar as funções estatais.

Em outra vertente, em nossa vigente Constituição, optou-se pela soberania popular, atribuindo parcela do poderio constituinte a cada cidadão, como fonte na organização jurídica da vida estatal²³. Tal escolha é evidenciada não apenas no preâmbulo, em prenúncio do criador, mas também no parágrafo único do art. 1º em reforço de sua supremacia²⁴.

1.4. O exercício do poder constituinte.

A análise deste presente item está circunscrita a maneira pela qual cada grupo social irá se reunir para elaborar a mais elevada Lei jurídica.

Fatores responsáveis por motivar aquela sociedade a criar uma nova (ou inédita) Constituição estão associados, segundo Canotilho²⁵, por momentos constitucionais extraordinários, como golpes de Estado, revolução, transições

²² Partindo da construção representativa, Sieyès separa as características do poder constituinte vestidas por seus titulares daquelas vigentes na tarefa representativa. Paralelamente aos representantes “ordinários”, atuaria, em situações extremas, um corpo extraordinário, reunido em Assembléia Constituinte, a assentar nova ordem jurídica que, reflexa à vontade nacional, cingiria o comportamento dos representantes “ordinários”. Enquanto os titulares constituintes seriam identificados na nação, o exercício constituinte deveria retratar a pluralidade francesa em sua exata proporção. Vide SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. p. 92-3.

²³ Consoante Nivaldo B. Saldanha, no cenário democrático, o foco da preocupação cidadã há de se dirigir ao pacto firmado entre governantes e o povo. Reside nessa relação a fiscalização do exercício constituinte na adoção de políticas compensatórias às minorias, na tentativa em se atingir uma sociedade de iguais, a se concretizar conforme tenha sido previsto pelo detentor da completa força criadora. SALDANHA, Nivaldo Brum Vilar. *Poder constituinte e poder de reforma*: Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, n.34, p. 220-243, jan. / mar. 2001, p. 235.

²⁴ O conceito de povo, não obstante ter sido o acatado em nossa Carta, não se encontra isento de críticas. Há estudiosos, como Francisco de Guimaraens, apoiado na tese de Antonio Negri, afastam-no por ser visto como elemento integrante do Estado que, destarte, estaria subjugado às cercas de tal organização jurídica. Nesse sentido, o conceito de “multidão” seria o mais indicado a captar as singularidades inerentes em dado corpo social. Vide GUIMARAENS, Francisco. *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri*. p. 164.

²⁵ Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 77.

constitucionais, dentre outros. Isto é, trata-se de ocorrências suscetíveis de modificar o rearranjo político, institucional de dada coletividade.

Em se tratando da tarefa de constitucionalizar a visão coletiva, inicialmente cabe ao próprio povo, titular desse poder em escolher a forma que julgar mais satisfatória à elaboração de seu Estatuto Maior.

Em recorrência ao caso brasileiro de 1988, fora a mesma fruto de deliberação da reunião de uma Assembléia Constituinte.

Diante da impossibilidade fática de o próprio povo elaborar a Constituição, adotou o constituinte brasileiro a forma representativa²⁶ segundo a qual cabe à Assembléia Constituinte a elaboração e a ratificação do texto constitucional. Frisamos então, nesse processo, não se cogitar da direta participação popular, seja por plebiscito, referendo.

Será tal exercício constituinte tanto quanto legítimo, à proporção da sintonia do titular com seus agentes constituintes: “... a legitimidade do governo está em haver sido ele estabelecido de conformidade com a opinião predominante na sociedade sobre a quem cabe o poder, ou como se confere o poder (*consensus*).”²⁷.

Em que pese a convocação temporária de uma Assembléia Constituinte para atuar, restrita à elaboração da identidade jurídico-popular, a titularidade desse poder persiste nas mãos do corpo popular, que a todo tempo pode desconstituir a realidade posta.

No entanto, em que pese o caráter incondicionado do poder constituinte, inexistindo qualquer forma à sua manifestação, além da Assembléia Constituinte encarregada com todas as etapas constituintes, experiências

²⁶ Um dos principais paradoxos que envolve o poder constituinte originário refere-se ao seu traço (in) delegável. Ressaltamos que, embora nossa doutrina assim o identifique, entendemos marcante tal característica apenas no plano jurídico, visto que, na esfera fática, o exercício constituinte se opera por representantes, dada a impossibilidade de o povo, por si só, elaborar a Lei Maior.

²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24ª. ed.. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 23.

históricas têm demonstrado também a intervenção popular direta, mediante referendo para a aprovação do texto constitucional²⁸.

Partindo-se das realizações históricas, indicamos o exercício democrático²⁹, seja pela via direta ou representativa como a modalidade mais suscetível de estreitar o exercício com o desejo originário. Na modalidade representativa, operada via eleições, os titulares selecionam os mais comprometidos com a causa coletiva para efetivarem os desejos populares, nos estritos limites consagrados pelo texto Maior.

É pela preocupação de se exigir que o exercício constituinte seja uma extensão da soberania popular que, impõe-se-lhe o afastamento de regimes sufocadores da expressão de suas necessidades, já por nós vivenciado nas impostas Cartas de 1937, 1967 e 1969, de total vazio popular.

1.5. Poder constituinte e poder constituído.

Como resquício de tal distinção, preconiza Sieyès³⁰ a ilegitimidade de ingerências nos direitos e garantias individuais, senão quando emanadas da revolução nacional.

Geralmente externada em ocasiões de exaltação popular com o cenário presente, encarrega-se o povo em determinar o destino a ser percorrido por seu Estado. Da vitalidade do Estatuto Constituinte advém outro poder, dito constituído, notadamente jurídico, cuja validade de seus preceitos exige a observância dos mandamentos Magnos. Não é de outra forma que, com esse

²⁸ Aponta Canotilho nesse caso tratar-se de uma proposta de constituição o texto aprovado, enquanto o voto do povo corresponderia a uma sanção constituinte. Tal distinção pretende conciliar o aspecto uno, indivisível que circunscreve a soberania popular, assim presente no processo constituinte. Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 79.

²⁹ O autor Celso Ribeiro Bastos aponta que a convocação de uma Assembléia Representativa, especificamente designada à elaboração de um projeto que, sujeito à aprovação popular – referendo-conferiria o exercício mais democrático, mais autêntico ao panorama vigente. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 16ª. ed.. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 32.

³⁰ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. p. 95-6.

poder constituído, intenta-se o resguardo da exaustiva libertação provocada pela energia inicial.

Assim é que, na Constituição, haverá regras dentre as quais o agente constituinte não poderá se eximir de observá-las, na garantia cidadã de afastar do âmbito das paixões ordinárias seus direitos fundamentais.

Desse modo, em se tratando de distintos feitos, não seria outra a lógica de se estreitarem às esferas política e jurídica preocupações de legitimidade e legalidade, respectivamente, visto que, constituída, a realidade jurídica atém-se à anterioridade politicamente concebida pelo titular constituinte.

A distinção do supracitado item é de salutar relevância no panorama brasileiro, em virtude do apego ao sistema da rigidez constitucional, cujas minúcias serão detalhadas mais adiante. É por meio da separação destas forças que se aprecia a supremacia da Lei Maior, como tal, decorrente da soberania popular.

1.6. Poder constituinte derivado³¹ e suas características.

Delineadas as bases pelas quais o impulso estatal seguirá, o poder originário não desaparece, apenas mantém-se em estado de latência, deslocando-se, desta forma, o eixo central à preocupação de prosseguir com a implementação da vontade originariamente pretendida.

O poder constituinte derivado, criado no corpo da Constituição e, por isso, considerado pela doutrina positivista como o único poder, de direito, existente, é construído a proporcionar a eficácia dos dispositivos Maiores e,

³¹ Alguns autores como Nelson Nogueira Saldanha, Walber de Moura Agra, rejeitam a expressão ora titulada, por repúdio de qualquer traço constituinte nesta força secundária, da inviabilidade de se criar algo que já se encontra posto. Vide AGRA, Walber de Moura. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 77. Vide SALDANHA, Nelson Nogueira. *O poder constituinte*. p. 87.

por conseguinte, organizar as respectivas funções do Estado, em recorrência ao assentado espírito Magno.

Em se tratando das intrincadas experiências sociais e das constantes superações comportamentais, a Constituição, como alicerce da vida social, ainda que em função do reluzente fato social, não se pode furtar de regular problemáticas levantadas no mundo dos acontecimentos. Destarte, o revigoramento de suas disposições não se dará de outra forma que não sob os auspícios contidos em seu núcleo imodificável. Com tal recurso, indiretamente, se preserva sua essência originária³², sem que, para tanto, se proceda ao rompimento com a ordem vigente³³.

Não obstante incida a permanente tensão mutabilidade x permanência, ainda que o estatuto Maior seja formulado para perdurar no tempo, tal pretensão não implica sua estagnação. É por esta razão que há de se admitir o fenômeno da reforma constitucional, visto que, em função do vivo quadro social, imprescindível é a previsão suprema de certa maleabilidade em seu texto, sem que, para isso, venha a se ferir sua parte fixa.

O poder constituinte derivado é submetido ao poder criador, pois deriva deste a base de todo o ordenamento jurídico, condicionando-se aquele, destarte, à observação dos preceitos fundamentais. De fato, entendemos que da mera ocasião de ser derivado decorrem inúmeros traços a comporem seu semblante, quais sejam: condicionado, limitado, derivado, secundário.

Assim é que, criado pela primeira Lei do Estado, não se há como afastar sua natureza secundária e, como tal, reguladora dos laços jurídicos, como também de sua corrente efetividade, em estreita subordinação ao imperativo Maior.

³² “(...) pela outorga de competência a um órgão constituído para, em seu lugar, proceder às modificações na Constituição, que a realidade exige”. SILVA, José Afonso Da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª. ed.. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 65.

³³ Caso se atribuíssem maiores incumbências jurídicas ao poder constituído, alerta Bonavides acerca do risco ao apego formalista, continuísta, sob pena de todas as problemáticas se resumirem a soluções jurídicas. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14ª. ed.. São Paulo: Malheiros, 2004. p.150-1.

Embora reine em nossa doutrina³⁴ certa confusão quanto à distinção entre as espécies de mudança dos preceitos constitucionais, imperiosa nossa atenção no tocante a esta matéria.

Ao mencionarmos os tipos de modificação do texto constitucional salutar enfatizarmos que no Brasil tal episódio é encarado sob as modalidades de Reforma e Revisão. Esta última, a ser analisada mais adiante, ocorrida em 1993, teve como finalidade proceder a ajustes em determinados campos do Direito, de forma a lhe conferir uma coesa sistemática. Nesse aspecto, essa tentativa de efetuar grandiosas alterações no corpo de nossa Lei Magna deveria ocorrer sem a necessidade de socorrer-se da intervenção do poder constituinte originário.

No que toca à reforma, deve a mesma ser entendida como toda alteração do texto de nossa Lei fundamental, excluída a fase da Revisão, acima destacada.

Nem nos esqueçamos de cogitar da emenda, espécie normativa esta, prevista no art. 59 da Carta de 1988, reservada à promoção de ajustes pontuais nas normas constitucionais, incidente tanto na Revisão quanto na Reforma.

1.6.1. O caso brasileiro: Revisão e Reforma.

Diante do notório caminhar popular a novas interações, cumpre ao poder constituído³⁵ adaptar as disposições normativas à realidade posta. Para tanto, faz-se imprescindível dispor de mecanismos de adaptação aos renovados enlances sociais.

³⁴ O renomado José Afonso da Silva apresenta a seguinte consideração: “(...) entendemos que a expressão reforma, genérica, abrange a emenda e a revisão, com significações distintas”. Vide SILVA, José Afonso Da. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 62.

³⁵ À importância da teorização da força constituinte de Sieyès, encontra-se no pensamento de Rousseau a base da constituição de 1791. É da fonte rousseauiana que se cogita do respeito da vontade constituinte, ainda quando de sua modificação jurídica. Desta maneira, escalou o poder derivado a entrar em cena nos instantes de descompasso entre a passante realidade social e a estagnada estampa jurídica, sem, entretanto, romper com o Estatuto vigente.

Não obstante vise a perspectiva constituinte a primar pela continuidade dessa máxima identidade popular, tal fato não consiste na sua imutabilidade. Com a pretensão de sobreviver ao longo dos tempos, até quando seu titular assim desejar, previu-se esta incumbência ao poder constituído que assim incorporará novas formulações em seu documento-mãe, em respeito ao rito por ela ditado.

Ainda que impreciso o tratamento imputado às diferentes espécies constituídas, faz-se mister a delimitação entre as mesmas, cada qual com específicos papéis jurídicos, como tal querido pelo constituinte originário.

A grande pedra de toque se encontra na diferenciação entre os institutos da Revisão e da Reforma³⁶. Entendemos que a primeira fora concebida para assentar eventuais dissidências, contradições no corpo da até então recém promulgada Constituição, enquanto que a Reforma denotaria uma operação atualizadora do conteúdo difundido por seus dispositivos.

Classificada como extraordinária modalidade de Reforma, a “Revisão”³⁷, contida no art. 3º. do ADCT³⁸ – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias- , teve como escopo assentar, no espírito coletivo, os novos preceitos trazidos pelo recém-concebido ordenamento.

Embora os doutrinadores contemplassem, indiferentemente, as espécies constituídas, atribuíam ao poder de Revisão um papel mais amplo, mais extenso ao contexto constituinte, conforme menciona Heleno Taveira Torres:

³⁶ Segundo LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador*: Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira. p. 160: “A Reforma constitucional é um processo político e institucional de reconstrução da ordem constitucional por afetação da superestrutura do Estado; a Revisão é um processo político e legislativo de evolução constitucional; a Emenda é um processo legislativo que serve como via de penetração das alterações ordinárias na Constituição”. Em MAGANO, Octavio Bueno. *Revisão constitucional*: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política/ Continua Como/ RDCN, São Paulo, n. 7, v.2, p.108-112, abr./ jun.1994. p. 108.

³⁷ Entende Geraldo Ataliba tratar-se de abuso de poder a cada cogitação da incidência revisional, em vista da insegurança que repercute nas relações jurídicas. *Revisão constitucional e abuso de poder*: Revista Forense. Rio de Janeiro, n. 323, v. 89, p.67-69, jul. / set. 1993, p. 67.

³⁸ Destaque-se a modalidade revisional decorrente de inspiração do art. 286 da constituição portuguesa de 1976.

“(…) aprimoramento do texto constitucional sem implicar em alteração do conteúdo normativo do mesmo. Na verdade (...) busca a supressão de elementos excedentes, explicitação de dispositivos, resolução de conflitos intra-sistêmicos e correções terminológicas”³⁹.

Preconiza o transitório dispositivo acima elencado um trâmite menos dificultoso, cuja maleabilidade reflete-se no diminuto quórum de maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, reunidos em sessão unicameral. Esta intenção do constituinte originário encontra como fundamento garantir a estabilidade da recém-promulgada Constituição. Para tanto, necessária seria a adoção de medidas aptas a adequar os sistemas jurídicos regulados por nossa Carta, como o previdenciário, administrativo, dentre outros, às oscilações sociais ocorridas após 05 (cinco) anos de sua promulgação.

Com o exaurimento da extraordinária Revisão, à época discutia-se a intenção legislativa acerca da melhor interpretação a ser efetuada, se condicionada ou independente os arts. 2º. e 3º. do adendo constitucional. À sua junção, implicaria, diretamente, a submissão da Revisão ao resultado do plebiscito, isto é, da consulta popular a averiguar o interesse quanto aos alternativos sistema e forma de governo. Por outro lado, à corrente patrona da independência de ambos, seguida por Anna Cândida da Cunha Ferraz⁴⁰, verifica uma oportunidade de se efetuar uma revisão global⁴¹ ao corpo da Carta então recém formulada, cujo prazo quinquenal seria o suficiente a captar demandas quanto a possíveis contradições jurídicas.

³⁹ TORRES, Heleno Taveira. *Poder de revisão: Interpretação, autonomia e limitações: Jurisprudência brasileira*. Curitiba, n.170, p.39-56, 1993, p. 55.

⁴⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política / Continua como/ RDCN*. São Paulo, n. 05, v.02, n.05, p.5-24, out. / dez. 1993, p. 13.

⁴¹ Não podemos desconsiderar o entendimento de Geraldo Ataliba, ainda que minoritário, ao refletir contra os argumentos da tese favorável à “Revisão ampla”. Evoca o descaso de valores, princípios, sob o postulado de os dispositivos não poderem ser vistos dispersos, mas conectados a uma complexa compilação axiológica. Outrossim, entende que, em se cogitando de inusitado método de Reforma, deve ser interpretado restritivamente, subsistindo, portanto, o imperativo da restrição contida no art.2º do ADCT, no qual a intenção legislativa restringira-se em apagar a dúvida relativa à forma e sistema de governo adotados. NOGUEIRA, José Geraldo Ataliba. *Limites à revisão constitucional de 1993*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 120, v.30, p.41-66, out. / dez.1993, p. 42.

A discussão de tal procedimento inseriu-se em meio ao abalo democrático do impeachment do então presidente. A Revisão fora vislumbrada como possibilidade de inovação constitucional, tanto que fora apresentada ao povo como se nova constituinte fosse.

Diante de flutuantes limites revisores, coube à doutrina aventurar-se em oferecer salutar resposta a delinear os possíveis campos a serem percorridos, já que as têmperas temporal e formal foram taxadas pelo constituinte.

Aberto o campo intelectual a navegar pela essência constitucional, correntes vieram à tona, inclusive absurdos, sustentados por Yves Gandra Martins, acerca da ilimitada atuação revisional, que, em dispersa análise do art. 3º. do ADCT, levantou a possibilidade de brotar uma Constituição completamente distinta daquela dentro da qual se concebera o fenômeno⁴². Noutra extremidade, razoadamente, socorre-se em prol dos limites pétreos, tradutores de intocabilidade constituída.

Em virtude de nosso rígido sistema constitucional, isto é, da maior dificuldade de transmutar normas constitucionais, dotada de peculiar procedimento, face à flexível mudança de dispositivos ordinários, é que se reflete a preocupação em preservar o núcleo da identidade popular. Tal motivação inclina-se na tentativa de se afastar qualquer atentado aos valores englobados no Estatuto Maior, responsáveis por atribuírem-lhe o supremo pedestal que, para alguns doutrinadores traduzir-se-ia como limite implícito a vetar desenfreadas motivações reformadoras. Assenta a preocupação da

⁴² CARVALHO NETTO, Menelick de. *A revisão constitucional e a cidadania. A legitimidade do poder constituinte que deu origem à C.R.F.B 1988*: Fórum Administrativo. Belo Horizonte, n. 07, v.01, p. 882-889, set. 2001, p.887. Segundo MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e revisão*: Temas de Direito Político e Constitucional: Forense. Rio de Janeiro, 1991. p. 439-440. Não haveria como manter intacto o teor pétreo que, ao se cogitar do sistema Parlamentarista, feriria a separação de poderes, por exemplo. Por outro lado, vide MAGANO, Octávio. *Revisão constitucional*. p. 112: “(...) a eventual opção pelo Parlamentarismo, manifestado em plebiscito, não poderia significar condicionamento da eliminação de preceitos de caráter presidencialista, inconciliáveis com o referido regime, ao processo de revisão e, pois, ao risco de não poderem ser eliminados por falta do quorum respectivo (metade mais um dos Congressistas)”.

segurança, traduzida por Geraldo Ataliba, como nada mais que “(...) realizadas por processos regulares, previstos no próprio texto constitucional”⁴³.

Deste modo, a estabilidade jurídica motiva prósperas instituições, proporciona desenvolvimento econômico, na medida em que, com a maturidade institucional, a confiança transmitida é clara o suficiente para se saber a direção seguida pelo corpo institucional, o que evita surpresa da tomada de decisões políticas.

Outro ponto suscitado tange a convocação do plebiscito que, inicialmente, previsto para 07 de setembro de 1993, fora antecipado para 21 de abril, o que, para alguns, se traduziu em afronta à vontade originária, cabendo apenas a esta intervir na matéria, enquanto a outros, foi considerada questão meramente acidental, secundária, suscetível de alteração como qualquer outro dispositivo.

Por outro lado, ao alinhamento de temas já superados pela realidade cambiante, aponta-se na técnica da Reforma⁴⁴ a manifestação do constituinte derivado em atualizar a Constituição. Tal assertiva se justifica, na medida em que fora esta a modalidade criada pelo constituinte originário a proceder às alterações exigidas pelo quadro social. Em contrapartida, como já enfatizamos, a técnica da Revisão fora um procedimento voltado a garantir a estabilidade de nossa Carta após sua experiência quinquenal de produção de efeitos jurídicos no meio social.

1.7. Mutação constitucional: poder constituinte originário ou poder constituinte derivado?

⁴³ NOGUEIRA, José Geraldo Ataliba. *Revisão constitucional e abuso de poder*. p. 69.

⁴⁴ “Reforma constitucional é o ato radical de desconstituição de uma determinada forma para o surgimento de uma outra nova que lhe ocupa o antigo lugar”. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. p.159.

Entendido como um fenômeno de raízes alemãs do século XIX foi percebido quando da alteração das posturas institucionais, sem, entretanto, tocar a assentada escrita, distintamente do versado nos processos formais de adaptação constitucional.

Ao lado das modalidades de Reforma admitidas em nosso ordenamento, aparece o episódio da mutação, encabeçado pela própria coletividade no alinhamento dos valores constitucionais ao novo contexto social.

A discussão que se apresenta envolve a titularidade de tal episódio já que, não obstante estar em pleno exercício o poder constituído, não é ele o responsável pelo impulso de tal processo, mas a mesma coletividade, legítima em formular seu Estatuto supremo. No entanto, frisamos que, enquanto o titular constituinte encontrar-se em estado de latência, isto é, em não-operação revolucionária, o resultado da mutação deve incluir-se, de certa forma, no aparato Magno. Insustentável, portanto, é a defesa do poder constituído, cuja atuação fora especificamente delineada pela *Lex Mater*. Assim, não é outra a consideração senão de mero evento espontâneo, tal qual a realidade social: um poder constituinte difuso⁴⁵.

A mutação constitucional não se resume diante da necessidade de se preverem mecanismos garantidores da sobrevivência Maior ao longo dos tempos, mas de autêntica, natural demonstração de continuidade de seus postulados, visto nem sempre o método formal ser suscetível de constante incidência. Assim é que se manifesta sob os formatos de interpretação hermenêutica e a jurisprudencial, usos e costumes, além de outros mais, decorrentes do dinamismo social.

“ (...) ao serem editadas, as Constituições não têm a perfeição de refletir todas as crenças e todos os interesses em pugna. Elas derivam de um paralelogramo de

⁴⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Da reforma à mutação constitucional*: Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 129, v.33, p.25-43, jan. / mar.1996. p. 28.

forças políticas, econômicas, sociais, culturais etc., atuantes naquele determinado momento histórico”⁴⁶.

No que toca ao hermeneuta, cumpre-lhe extrair o sentido normativo, seja através da ampliação de seu alcance, seja na restrição de seu âmbito de incidência, consoante aquele contexto sócio-temporal. Acrescente-se ainda a incumbência social em preencher vazios legislativos.

Outra clarividente manifestação do fenômeno tratado assenta na interpretação realizada por nossos tribunais que, diante de lacuna normativa ao caso concreto, trata de produzir decisões criativas, próximas ao peculiar enlace cotidiano.

Conforme percebe Walber de Moura Agra⁴⁷, o fenômeno em tela não se identifica com um órgão específico do qual deverá emanar. Caso houvesse uma teia jurídica determinando sua temporalidade e maneiras outras de se manifestar, não se cogitaria de mutação, visto ser de sua essência a espontaneidade social. Alega ainda o autor operar-se, comumente, no campo abstrato, principiológico, cuja carga axiológica deve considerar os fatores vigentes na respectiva sociedade.

Em se tratando de episódio imprevisível e insuscetível de regulamentação, tenta a doutrina cingi-lo às implícitas ou explícitas cláusulas pétreas, de forma a não contrariar o espírito Maior. Por outro lado, Uadi Lammêgo⁴⁸ entende ilimitado este comportamento, já que, produzido na realidade social, repercute o mesmo sobre todo o ordenamento jurídico, sendo nada mais que extensão do movimento social.

⁴⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Da reforma à mutação constitucional*. p. 31.

⁴⁷ AGRA, Walber de Moura. *Manual de direito constitucional*. p. 85.

⁴⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Da reforma à mutação constitucional*. p.32.

Capítulo 2- Dos limites ao poder constituinte derivado na Constituição de 1988.

Após breves considerações constitucionalistas, imperiosa nossa apresentação do marco constitucional contemporâneo, no destaque de matérias insuscetíveis de manuseio pelo poder constituinte derivado.

No capítulo anterior, mencionamos o papel desempenhado na ordem constitucional por nosso Documento Maior. Em consideração ao seu peso institucional, a consagração da figura do poder reformador, historicamente acolhida por Rousseau, foi a saída à perenidade Magna para que, sem a direta intervenção do agente constituinte, proceda à correspondente visão popular aos frescos tempos sem, entretanto, rasgar o texto vigente⁴⁹.

Desta maneira, em se tratando de um retrato institucional, mister dispensar-lhe um tratamento singular, embasado sob as diretrizes principiológicas da rigidez constitucional e da soberania popular, que corroboram a bandeira democrática de que *todo poder emana do povo*.

Dessa dianteira popular, trouxe para si o poder constituinte a prerrogativa de ditar as linhas mestras estatais que subjugam a atuação do poder constituinte derivado.

Por intermédio da Lei Fundamental se institucionalizam os interesses populares, de cujos valores se extraem a pauta da política estatal. Com isso, busca-se um efetivo corolário democrático reconhecedor e protetor de direitos fundamentais do homem, transcendentem à própria Constituição.

Em retorno ao passado político desta República Federativa, não haveria outro caminho constitucional escolhido, senão o apego à sua rigidez, dada a

⁴⁹ No século XX, com o advento da Constituição de Weimar, tão democrática que era a ponto de se permitir a legítima tomada do poder pelos nazistas, e a partir deste instante que se cogita da inserção de um núcleo imodificável, contra as tentações em adentrar esfera além da delegação constituinte. Vide FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. p. 51

emblemática mancha ditatorial de sufocamento popular. Por esta escolha, assegura-se a alteração do perfil jurídico Maior mediante ampla participação e reflexão de seus representantes no Parlamento.

Na tamanha preocupação em afastar a ingerência de direitos e garantias, arduamente conquistados, do poder constituído, agarrou-se o constituinte originário em impor maiores obstáculos a sucessivas alterações. Essa maior dificuldade à alteração constitucional comparativamente ao plano ordinário foi assim determinado pelo constituinte originário para dificultar a constante alteração da Lei Maior, que acabaria por desfigurar o seu cerne.

Por isso, pelo controle das tentações inovadoras, levanta-se a expressão da vontade popular com a aposição de limites, expressos ou não, a elidir descompromissadas pretensões com o núcleo constitucional.

Discussão doutrinária há no sentido de atribuir uma superconstitucionalidade⁵⁰ às cláusulas pétreas. Importante nossa consideração a dois aspectos: consensual em nossa doutrina e jurisprudência a inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais; outro ponto perpassa a prerrogativa intocável das normas contidas no art. 60 § 4º, IV.

A sistemática rígida foi a técnica constituinte criada para transmitir ao povo uma maior estabilidade constitucional⁵¹, buscando-se que as alterações sejam conduzidas em sintonia com os desejos populares, originariamente consignados nesse documento fundamental. Tal pretensão de segurança tenta acompanhar a vontade posta pelo constituinte originário de resguardo de

⁵⁰ 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. 139.

⁵¹ Destaquemos um trecho de Oscar Vilhena, no qual há a demonstração do dilema entre a natureza das constituições e o procedimento de reforma:

“Quanto mais detalhista e substantivo for o texto constitucional, maior a possibilidade de ele se inviabilizar em face das ideologias, tendências e imperativos econômicos daqueles que o estabeleceram. Quanto mais sintético e processual, limitando-se a traçar os procedimentos para tomada de decisão, maior sua possibilidade de sobrevivência através dos tempos.” Vide VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça*: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. P. 133. Embora difícil seja auferirmos uma posição de imediato, parece-nos que, no caso brasileiro, de recente exercício democrático, uma Constituição dirigente como a de 1988 se apresenta como um passo necessário à nossa sociedade, sobretudo diante de ímpetos legislativos tendentes a colocar em segundo plano o mandamento constitucional.

valores por ele entendidos como perenes, assecuratórios da manutenção do Estado Democrático de Direito.

Na esteira rígida da Constituição, corrobora sua blindagem a um exclusivo órgão que, além de seguir um denso rito nos ajustes de suas normas, requer um qualificado quórum à sua aprovação, no esforço de se englobar um maior consenso social possível apto a satisfazer, ainda que indiretamente, às diversas visões e camadas sociais.

Transcrevemos um breve comentário de José Afonso da Silva acerca da superioridade constitucional, razão pela qual se justifica a cautela rígida de alteração de suas regras:

“É, enfim, a Lei Suprema do estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas”⁵².

2.1.1. Limites explícitos.

A Constituição de 1988, ainda que reconheça o indispensável procedimento de modificação de seus preceitos na preocupação de estender sua vida útil, consagrou uma parte rígida, *dura como pedra* - “cláusulas pétreas” - , insuscetível de toque nesta ordem constitucional.

A tão almejada estabilidade constitucional se deve, em especial, pela presença de dispositivos acolhedores da essência Fundamental. Nesse aspecto, valores queridos pelo povo, situados no seio constitucional, tendem a preservar esse documento como uma extensão política da vontade de seus destinatários. Contribui também a circunscrever a liberdade de atuação estatal que encontra freios até o momento em que sua ousadia venha a colidir com as cláusulas de intocabilidade constitucional.

⁵² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 45.

Nesse ritmo de retirada de determinada seara do alcance do poder reformador, desejou o constituinte registrar, literalmente, no art. 60, vedações de natureza circunstancial, formal e material, difusores de singulares bloqueios à intromissão constituída.

A seguir passaremos pelos obstáculos do exercício reformador cujo fundamento repousa no desejo popular em cingir, de seu modo, a liberdade constituída⁵³.

2.1.1.2. Limites circunstanciais e formais.

A posição suprema da Carta Magna, como o principal estatuto de estreita proximidade com os valores e princípios arraigados no espírito popular, demanda por esta razão um cuidado tal, de forma que eventuais adequações aos novos tempos não desfigurem o retrato jurídico daquele povo. Neste sentido, pretende-se que este documento consolide, não apenas quando de seu nascimento a vontade, o retrato da respectiva sociedade, mas, sobretudo, resguarde os novos valores e regras que porventura brotem do seio social.

Reflexo imediato do princípio da rigidez, é nos limites formais que o constituinte derivado deve socorrer-se da solenidade requerida para operar o cogitado Estatuto.

⁵³ Ainda que inexistente aposição de prazo à modificação das normas constitucionais, trazemos a lume entendimento de minoritária corrente que aponta no quinquênio revisional um limite temporal à atualização de preceitos constitucionais. Não obstante reduzidas vozes como se verifica em LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. p. 143-4, há a sustentação do período de 05 (cinco) anos, presente no ADCT, como freio temporal. Legítima ainda ao poder constituído a ampliação do prazo originariamente posto de intocabilidade constitucional em reforço da rígida vertente constitucional. Com a devida vênia, entendemos o referido termo direcionado à excepcional modalidade de Revisão, haja vista a temática (inovadora) por ela abordada. Nossa Carta de 1824, em seu art. 174 estipulava um período de 04 (quatro) anos dentro do qual não haveria que se cogitar de alteração constitucional alguma, como uma forma de o povo se adaptar à nova ordem jurídica. Esse contorno temporal pode se verificar também na determinação de períodos em que a constituição não será reformada.

Cuidou o constituinte originário nos incisos do art. 60 dos sujeitos legítimos ao oferecimento de propostas de emenda constitucional. Tal prerrogativa apontada para o Presidente da República, Câmara dos deputados ou Senado federal (de um terço, no mínimo, dos membros de cada casa), bem como de mais da metade das Assembléias legislativas das unidades da federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. Como exposto, houve a preocupação popular em concentrar nos seus representantes, democraticamente eleitos, o poder de iniciativa para garantir a evolução dos preceitos magnos fidedigna aos desejos coletivos.

Diga-se mais. Nem será toda ocasião que a constituição será suscetível de alteração. Desejou o titular constituinte excluir pretensões de reforma em fases de anormalidade institucional, de reduzidas expressões de liberdade, na qual as emoções, os impulsos se encontram viciados com o panorama vivido.

Não é demasiada a solicitação da Lei Fundamental em reclamar um panorama exógeno harmônico capaz de oferecer a tranqüilidade necessária à proteção dos revigorados valores sociais, condição esta suspensa nas entranhas parlamentares nas realidades da intervenção federal, estado de defesa e o de sítio (art. 60 § 1º). Tais medidas implicam a supressão ou restrição de direitos fundamentais, cuja instabilidade requer o afastamento de impensáveis decisões no corpo Maior.

Vislumbra-se no art. 60, § 2º. a exigência de o Congresso Nacional⁵⁴, em sua atribuição reformadora, necessitar de um quórum de 3/5 (três quintos) dos votos de cada uma das Casas (em dois turnos) para, então, resultar uma aproximação de um fidedigno retrato das vastas ideologias, dos pensamentos enraizados na realidade brasileira vigente. Desta maneira, submetido o extenso

⁵⁴ Pelo apego à estrita formalidade, vide BONAVIDES, Paulo, em *Curso de direito constitucional*. p. 204, não admite a iniciativa popular na matéria de reforma constitucional, apenas à esfera ordinária, por julgar tal propositura como limite constitucional, de exclusiva égide congressual. Aponta ainda a participação popular atuante mediante a representação de seus escolhidos tanto no legislativo quanto no executivo. Por outro lado, não desconsideramos o posicionamento de José Afonso da Silva admitindo a iniciativa popular em caso de emenda à Constituição. Vide SILVA, José Afonso Da. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 64.

corpo parlamentar a um rito mais solene, reveste de legitimidade às modificações impulsionadas pela dinâmica social.

Por conseguinte, foi destinada a promulgação da emenda às Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem, na forma do art. 60 § 3º..

2.1.1.3. Limites materiais.

O núcleo fundamental da Constituição assenta nos limites materiais, apontados em seu art. 60 parágrafo 4º. Informam os mesmos o núcleo intangível, o qual o constituinte derivado sequer pode tender em alterar, sob a égide soberana de preservar seu exclusivo espaço supremo⁵⁵.

Na sábia dissertação de Canotilho⁵⁶, informa o mesmo que o núcleo, tão evocado pelos operadores do Direito, seria o campo que proporcionasse certa extensão da identidade popular, de reconhecimento da preservação máxima de seus ideais face reiteradas alterações constitucionais.

Perpassam as discussões de até que ponto e o quão legítima seria a ordem primeira a amarrar gerações futuras por axiomas dito imutáveis; se seria apenas uma pretensão constitucional quanto à sua perenidade em perdurar ao balanço de transformações sociais ou se, então, restaria a angústia da revolução constituinte como única e legítima resposta às frescas visões de mundo.

Embora o rol pétreo subjugue toda a aplicação do ordenamento jurídico, impera nesse tema a problemática não só da interpretação como da extensão dessas garantias insuscetíveis de toque pelo poder constituído. Adentra a polêmica o fato de, ao considerarmos uma extensa gama de direitos e garantias

⁵⁵ Segundo Bulos, constituem estas cláusulas limites imprescindíveis e insuperáveis, já que sua ultrapassagem implicaria usurpação do poder criador da Constituição. BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 4ª.ed.. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 775.

⁵⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 1073.

intocáveis, podermos determinar o rompimento dessa ordem jurídica, na medida em que gerações futuras poderão questionar ditames que não mais se aplicam à sua realidade.

Diante de nossa constituição altamente dirigente, independentemente de procedimentos tendenciosos a proporcionar certo acompanhamento jurídico à dinâmica social, risco há no sentido de, com o decorrer do tempo, insurreição popular aos valores suspensos da atribuição reformadora.

Se se trata de uma boa escolha ou não, o importante é que decorrerá a mesma de um legítimo procedimento de consolidação da vontade popular. Desse modo, enquanto a Constituição permanecer deve a mesma ser respeitada como sustentáculo do Estado Democrático de Direito, assim querido pelo constituinte originário.

Em que pese a perene projeção constitucional, a parte fixa da Lei Fundamental não admite a flexibilização nem de seus valores nem da essência filosófica que a cerca, em vista de expressa oposição “tendente a abolir”, consoante passagem de José Afonso da Silva:

“(…) o Congresso Nacional, no exercício da competência reformadora não poderá abrigar tendências que levem, conduzam, encaminhem, possibilitem, facilitem, mesmo indiretamente, a deliberação de matérias sacras, intocáveis, absolutas, fundamentais”⁵⁷.

O mais polêmico dos dispositivos pétreos repousa no art. 60, § 4º, inciso IV, por sua redação atinente a direitos e garantias individuais.

Não obstante tenha havido a referência a “individuais” ao realizarmos uma interpretação autêntica, não haveria como se cogitar senão de direitos fundamentais.

⁵⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. p. 772. No mesmo sentido, compartilha José Afonso da Silva, em *Limitações ao poder de reforma constitucional*: Revista Forense. Rio de Janeiro, n. 259, v.73, p.73-76, jul. / set.1977, p.75: “A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer dos elementos conceituais da federação e da república no sentido de seu enfraquecimento, isto é, que se encaminhe, “tenda” (“emenda “tendente”), para a sua abolição”.

Reforça Agra⁵⁸ o caráter exemplificativo dos direitos e garantias arrolados no extenso art. 5º, em vista da abertura consagrada pelo § 2º do mesmo. Nesse caso, consideram-se também outros direitos decorrentes de princípios, regime adotados por nossa República e tratados internacionais dentre os quais a mesma faça parte.

Em julgamento da constitucionalidade da cobrança do IPMF ADIn 939/93 reconheceu nossa mais alta Corte institucional a inclusão de direitos e garantias tributárias do contribuinte perante o fisco.

Conforme a inclinação social-democrata de 1988 não há que se interpretar literalmente o inciso IV parágrafo 4º. do art. 60. Devemos direcionar nosso olhar de forma sistêmica condizente com a estrutura Magna, de forma a se atingir os direitos fundamentais, de primeira, segunda, terceira e quarta geração.

Por esse procedimento, elimina-se qualquer aparente contradição entre o dispositivo pétreo de “direitos e garantias individuais” com a organização social-democrata da Lei fundamental de 1988, a exemplo dos arts. 1º, 3º, como também do próprio preâmbulo com menção a direitos sociais⁵⁹. Irrazoável seria o não acolhimento de direitos sociais no rol pétreo, cuja previsão constitucional daqueles corroborou o avanço de 1988 face o quadro jurídico pretérito.

Outro indício se refere à ausência de capítulo, título ou mesmo dispositivo acolhedor de estrita proteção individual. Desse modo, não há que se extrair uma conotação estritamente individualista do art. 60, § 4º, IV se a própria coesão constitucional assim não se esboça.

⁵⁸ AGRA, Walber de Moura. *Manual de direito constitucional*. p. 388.

⁵⁹ Pondera Maurício A.Lopes, em *Poder constituinte reformador: Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. p. 183: “(...) direitos sociais, políticos, de nacionalidade e de participação política acham-se não apenas consagrados, como reservados perpetuamente na Constituição por serem fundamentais ao desenvolvimento do Estado Nacional”.

No entanto, adeptos como Gustavo Just⁶⁰ optam por visualizar os direitos individuais como limitações expressas e, assim, incluindo tão somente os atinentes à liberdade, colocando os direitos sociais no plano implícito.

O alvo de Just⁶¹ suscita na distinta consideração entre os direitos individuais e sociais, insuscetíveis de inclusão no mesmo rol fundamental. Assim, aponta distintas políticas estatais à efetivação dos respectivos direitos e ainda suscita os direitos sociais como veículo capaz de atribuir eficácia aos direitos de liberdade. Enquanto os primeiros demandam uma prestação positiva, uma intervenção do Estado, no direcionamento de seus recursos à redução das desigualdades sociais- política de “solidarismo”- , os direitos de liberdade pressupõem uma abstenção política, a fim de o indivíduo desenvolver plenamente suas potencialidades desprovido do império estatal, senão pelo reconhecimento do livre exercício desses direitos.

No entanto, *data venia* a ilustre desenvoltura de Gustavo Just, entendemos a evocação dos direitos sociais como imperioso reconhecimento de garantia expressa que não há de se perder de vista por mera literalidade, pelo estreito rigor positivista. A partir do instante em que se assentam as bases de nossa Carta, não é de se estranhar que, por seu compromisso social-democrata, não se utilizasse do sentimento social com seus destinatários.

Em se tratando do mais consistente dispositivo Magno, implica sua eficácia não apenas o dirigismo da pauta reformadora, mas expelir qualquer pretensão normativa contrária, direta ou indiretamente, ao seu fundamento.

2.1.2. Limites implícitos.

⁶⁰ SILVA, Gustavo da Costa Just e. *Os limites da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 118-20.

⁶¹ Entende que não haveria motivo ao constituinte de tratar com distintas denominações as 03 (três) espécies de direitos fundamentais (individuais, sociais e políticos), cada qual com respectivo atributo, ainda que falhas existam em nossa sistematização Maior. SILVA, Gustavo da Costa Just e. *Os limites da reforma constitucional*. p. 129.

Como legítimo instrumento de controle do procedimento de Reforma, às matérias explicitamente contidas no texto Constitucional somem-se-lhe aquelas que, embora não escritas, conferem a completude sistemática do ordenamento e, assim, contribuem à redução da incidência reformadora. Desta forma, como poder constituído, decidido previamente pela força suprema que o concebera, não há razão para extrapolar os limites de sua delegação, sob pena de real atentado contra a construção estatal.

Repousa sua circundante polêmica na inexistência clara e imediata do que se somaria à intocabilidade expressamente contida na Lei Maior. Ainda assim, mesmo que não imediatas em primeiro contato com a Constituição, têm a mesma força vinculante que as de vertente literal.

Por demandar um certo estudo sistemático e teleológico do Estatuto, surgem dúvidas quanto à sua indicação. É no espírito, na carga axiológica transmitida por essa Lei fundamental, que situamos o ponto de partida de sua descoberta, e não por um déficit do exposto rol pétreo⁶².

Atribuímos também o advento de inquietude em torno de seu tema que, assentado na exigência de maior conhecimento constitucional, governantes ávidos por submeterem-no aos seus diminutos anseios, incutem no pensamento popular o argumento de a Constituição traduzir-se em empecilho ao avanço jurídico-social.

“(...) o constituinte que transpuser os limites expressos e tácitos de seu poder de reforma estaria usurpando competência ou praticando ato de subversão e infidelidade aos mandamentos constitucionais, desferindo, em suma, verdadeiro golpe de Estado contra a ordem constitucional”⁶³.

Neste plano, retocamos as matérias, ainda que não estejam evidentemente descritas no seio constitucional, mas descobertas por intermédio de sua estrutura, são deduzidos os valores e princípios. Nestes pilares, de

⁶² SILVA, Gustavo da Costa Just e. *Os limites da reforma constitucional*. p.116.

⁶³ SALDANHA, Nivaldo Brum Vilar. *Poder constituinte e poder de reforma*. p. 240.

corrente aplicação do operador do Direito, economizou o constituinte em escrita de questões decorrentes do ideal difundido pela Constituição. Segundo Canotilho, “A idéia de limitação ao poder de revisão (...). não pode divorciar-se das conexões de sentido captadas no texto constitucional”⁶⁴.

Um dos indícios para se averiguar os limites implícitos é a análise das regras que perpassaram as condições atinentes ao processo constituinte.

No que toca a temática dos limites implícitos, começamos nossa exemplificação com o procedimento escolhido pelo constituinte originário, que perpassa à alteração dos preceitos Magnos.

Na forma do art. 60 § 2º., cercou-se o constituinte originário em conferir maiores obstáculos procedimentais à modificação constitucional. Mesmo que sob o silêncio Magno, faz-se mister nossa interpretação favorável ao afastamento de alterações relacionadas à formalidade querida pelo constituinte originário. Pecaria o caráter solene, o espírito rígido de nossa Constituição, caso nesse campo admitíssemos a ingerência do constituinte derivado.

Um dos grandes expoentes constitucionalistas, focado em desvendar os limites implícitos, é o professor Nelson de Souza Sampaio que, em sua obra, atenta-se aos contornos fundamentais; aos titulares do poder constituinte e reformador e, por fim, ao rito de emenda constitucional.

Preza o autor a condição supra-estatal dos direitos fundamentais, o que subjugaria não apenas o poder secundário, como também, de sobremaneira, ao construtor da ordem jurídica.

No que se refere à titularidade constituinte, consideramos inócua qualquer intenção de alterá-la, não só por sua inalienável soberania popular, como também da construção de uma realidade fadada à ineficácia. Expliquemos melhor.

⁶⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 1065. A referência, pelo autor, de “revisão” corresponde à reforma, renovação do texto constitucional.

Consoante nossa explanação no primeiro capítulo acerca das características do poder constituinte, uma delas era a identificação do titular constituinte, isto é, do detentor da construção do cenário juspolítico, no qual deseja se inserir. Destarte, caso essa realidade seja criada por outro que não os respectivos destinatários, inevitável será o processo de revolução, precedido por uma não aceitação de regras ilegitimamente impostas. Por esse motivo, antes de tocarmos em reforma da titularidade, entendemos que qualquer motivação nesse sentido não apenas seria ilegítima, como de antemão estaria fadada à ineficácia. Assim, antes de considerarmos um limite implícito, julgamos *a priori* se tratar de requisito *sine qua non* à implantação de uma realidade juspolítica.

Quanto à discussão em torno da petrificação da forma de governo, diferentemente das constituições anteriores, não goza na vigente realidade de proteção que seja expressa. Tal fator se deve à abertura permitida com a eventual Revisão efetuada nos idos de 1993. Fracassada tal iniciativa, alertam alguns, como José Afonso da Silva⁶⁵, pela limitação, ainda que implícita, do já escolhido e superado desejo popular de não mais gozar da experiência monárquica. Diferentemente da tradição constitucional em resguardar a república como limite expresso, na vigente realidade, segundo o autor enquanto houver esta forma de governo seus princípios devem ser assegurados.

Nem se diga da ausência de previsão pétrea do Estado Democrático de Direito que, com a consagração da explícita previsão do direito político de voto, atrelada ao fundamento e objetivo visados por nosso Estado, é vital sua consideração mais do que presente em nossa Carta Maior; diríamos como uma bússola que veicula o canal da manifestação cidadã.

Ponto que mais detalhadamente analisaremos refere-se à vedação no tocante à alteração do rol pétreo, originariamente previsto à adaptação constitucional ao quadro social vigente.

⁶⁵ SILVA, José Afonso Da. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 66.

Caso permitida fosse a ingerência do poder de reforma aos dispositivos pétreos, não apenas comprometeria a certeza, a segurança jurídica, como também latente seria uma confusão entre os limites do exercício dos poderes constituinte originário e o derivado.

2.2. Reforma total e parcial.

Quando tocamos na temática de reforma, reportamo-nos à atualização dos valores incorporados na Lei Maior, de forma a preservar o sentimento protetor conferido aos seus destinatários.

Ao partimos das raízes da Lei Fundamental, concebemos distintas manifestações de poder, com respectivas atribuições. No entanto, embora o poder constituinte derivado seja criação do poder constituinte originário, prezam cada qual suas respectivas essências que não se tangenciam.

Uma das matérias de corrente limitação implícita é a reforma parcial⁶⁶. Como já demonstrado em passagem anterior, o poder de reforma como secundário que é, carece de legitimidade e de finalidade para desfigurar a estrutura da qual emanou. Assim, diante do silêncio e *telos* constitucional, a operação efetuada sintetiza modificação parcial, que altere os pilares fundamentais da Constituição.

Se o objeto da reforma denotar princípio ou carga axiológica de tamanho balizamento constitucional, não nos resta dúvida do implícito veto à sua modificação⁶⁷. Frisamos que, ao entendimento “parcial” não se relaciona a aferição numérica dos dispositivos focados pela reforma, mas o conteúdo por

⁶⁶ Segundo preceitua Nelson de Souza Sampaio, em *O poder de reforma constitucional*. p. 85, o importante não é o respeito à literalidade constitucional, mas o espírito constitucional que não se preza à ação reformadora.

⁶⁷ Nelson de Souza Sampaio admite uma reforma que estenda a proteção dos direitos fundamentais, jamais voltada a restringi-los ou aboli-los. SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional*. p. 95.

eles difundido. Destarte, basta o toque no inabalável suporte valorativo que a singulariza.

Conclui-se, por essa via, a indireta e dissimulada substituição da Constituição quanto à modificação de ditames precípuos de nosso ordenamento, na medida em que, aos poucos, apaga-se seu cerne fundamental, que o prendia à identidade popular.

Nesse contexto de modificação constitucional, inclui-se o veto de reforma tendente a abolir os limites implicitamente contidos no seio Maior que, embora não configurem literalmente um impedimento à reforma da Constituição, atribui coesão à sistemática constitucional.

Não é demais frisar que, ao cogitarmos de reforma, alteração dos ditames norteadores de nossa realidade jurídica, adentram os limites explícitos e implícitos na identificação do liame entre o que seria uma reforma total da parcial.

Caso venhamos a admitir uma total reestruturação do Documento Maior, abrir-se-á passagem à destruição de sua própria estrutura na qual se desenvolvera e, por conseguinte se perpetrar verdadeira confusão entre as funções originária e reformadora.

Como descrito no capítulo anterior as funções constituintes originária e derivada são estanques e não se confundem. Assim, no campo da reforma constitucional, há mera modernização da Carta em exercício que, por sua vez, não pode ultrapassar limites nela previstos, sob pena de se configurar uma nova Lei Fundamental. Como salienta Sayonara Coutinho, “Uma vez decidido o uso da prerrogativa de reforma total, não se estaria diante do poder reformador, sim do próprio constituinte”⁶⁸.

É para amenizar a inquietude quanto ao engessamento de determinados valores, faz-se mister a concepção de um Estatuto que, diferentemente do de 1988, não se perca em detalhes, mas apenas regule um patamar mínimo,

⁶⁸ COUTINHO, Sayonara Grillo. *Poder constituinte reformador: Uma revisão conceitual*. p. 60.

indispensável a reger os futuros elos jurídicos, como os absolutos direitos fundamentais, intrínsecos à natureza humana e a estrutura do Estado Democrático de Direito assecuratória de efetiva participação popular nos rumos institucionais.

Embora tese contrária exista, favorável a maiores obstáculos constitucionais ao procedimento de reforma, ainda que resulte em engessamento das gerações futuras em se ater a valores, ritos, de que não tenha querido.

No entanto, entendemos que, nesse mundo globalizado, exigente de rápidas tomadas de decisões, ressaltamos a facilidade de uma Constituição menos dirigente, ou seja, que não adentre em minúcias, pormenores tanto em seus limites, como em suas próprias regras, pois, em caso contrário, o resultado será a constante lentidão que uma refletida reforma constitucional demanda.

Nesse sentido, atendemos o pilar democrático, de forma que qualquer governo no poder possa tomar suas medidas, sem, entretanto, desrespeitar orientações jurídicas imprescindíveis de um Estado democrático de direito.

Muito embora, alegações nessa ótica se insurjam no sentido de que, em recentes experiências democráticas como a brasileira, o acentuado dirigismo constitucional seria contundente, proporcional à evolução da consciência política-cidadã, de maneira a impor maiores dificuldades aos nossos representantes quanto a desarrazoadas decisões.

Ainda que respeitemos tese contrária, como a esposada acima, entendemos que prejuízos aos fundamentos e objetivos de nossa República Democrática podem ser mais significativos no contexto atual, visto que as acentuadas conexões internacionais requerem alterações jurídicas imediatas, mas que, em muitos casos, por freios constitucionais, oportunidades e negócios são adiados ou não mais firmados.

Cogitemos ainda que o resultado de uma Constituição interventiva, fechada, dará ensejo, em curto espaço de tempo, à penosa e grandiosa força

constituente originária, uma vez que nossa Lei Fundamental já encontra barreiras quanto à regulamentação de questões reiteradamente incidentes na realidade fática.

2.3. A dupla revisão.

Uma das formas transversas de superação dos pontos rígidos, intocáveis, difusores de uma nova roupagem constitucional é o artifício da *dupla revisão*.

Num primeiro instante, atacam-se as próprias normas imutáveis para, em seguida, restaurar-se o consagrado procedimento. Desta maneira, já em respeito aos reformulados passos, as disposições ditas intangíveis ganhariam uma feição menos rígida, equiparável às demais normas constitucionais. Por esta via, não seria outra a conclusão, ainda que indireta, em atentado aos limites outrora consubstanciados, denominado por “*fraude à Constituição*”⁶⁹.

Esse mecanismo, majoritariamente refutado pela doutrina⁷⁰, traduz-se na perda de singularidade e exclusividade do destino de matérias à reserva constituinte. No entanto, na dupla revisão, lentamente caminha-se à supressão do Documento Maior, na confusão entre as esferas inicial e secundária, culminando com o mesmo fim, ainda que mais demorado caso se procedesse à ab-rogação da Lei vigente.

Noutro sentido, o constitucionalista português Jorge Miranda⁷¹, concebe as regras de reforma como simples normas constitucionais e, destarte, sujeitas à restauração de seu conteúdo. Embora inexista hierarquia entre esses dispositivos, inafastável, entretanto, a tênue linha que os separa de forma a proporcionar coesão ao ordenamento jurídico.

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 997.

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 997, refuta o processo da dupla revisão no apego a feição *superconstitucional* dos ditos *limites absolutos*, insuscetível, portanto, da ação reformadora.

⁷¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional* – Tomo II. p. 196.

Indicamos no Egrégio Supremo Tribunal Federal- STF, guardião da Constituição, o dever de vetar atentados contra o espírito no qual se assenta nossa Carta.

Assim, apontamos-lhe a tarefa esclarecedora dos limites Maiores, em um panorama dentro do qual o aplicador do Direito tem de se pautar. Caso, nossa Corte Suprema se exima desta questão, tão logo ocorrerá fatal instalação do caos jurídico, impulsionada pela insegurança das relações regidas por um Documento não mais aceito pelo corpo soberano, mas que demanda a sua constante atualização.

Capítulo 3 – O direito adquirido e o art. 4º. da emenda 41/2003.

3.1. O princípio da irretroatividade das leis⁷².

“O homem não deve, em circunstância alguma, ser julgado, nem mesmo interrogado pelo poder público, senão em virtude de uma lei anterior e constante. Enquanto essa lei não existia sua liberdade não estava limitada no sentido dela, seus atos eram lícitos, eram filhos do seu direito, não tinha que responder por eles senão a Deus e à sua consciência”⁷³.

O Direito brasileiro, desde sua primeira construção constitucional de 1824, adota como pilar da segurança jurídica o princípio da irretroatividade ampla das leis. Ainda que não explicitamente⁷⁴, é um valor constitucional acoplado ao corolário pétreo do direito adquirido, identificado no art. 5º., XXXVI da Lei Maior⁷⁵.

Desde já, destacamos essa garantia fundamental com o objetivo de alertarmos a consideração constitucional que, ao se reportar ao termo “lei”, evoca qualquer ato jusnormativo, elaborado por autoridade pública competente.

⁷² Cabe nosso destaque quanto ao princípio ora exposto. Autores como Joana Carolina Lins Pereira, devidamente seguida pelo ex-ministro do STF, José Carlos Moreira Alves, entendem tratar-se do princípio da retroatividade, cuja exceção é constitucionalmente esposada no art.5º., XXXVI de nossa Lei Maior. Vide PEREIRA, Joana Carolina Lins. *Direito adquirido e leis de ordem pública*: Revista Trimestral de jurisprudência dos estados. São Paulo, n. 176, v. 24, p. 41, maio/ jun. 2000 e ALVES, José Carlos Moreira. *Direito adquirido*. Fórum Administrativo. Belo Horizonte, n. 15, v. 02, maio/ 2002. p. 581.

⁷³ DANTAS, Ivo. *Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade*. 3ª. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 55.

⁷⁴ Consoante lição de Raul Horta Machado, a Carta de 1988, juntamente com as de 1934, 1946 e de 1967, ocupa um segundo período do constitucionalismo brasileiro, no qual se observa o direito adquirido como um princípio constitucional, não mais autônomo, mas existente sob a garantia Maior da irretroatividade das leis. Vide HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. p. 244. Assim, extrai-se do direito adquirido a orientação principiológica da irretroatividade legal.

⁷⁵ Art 5º. XXXVI Constituição federal: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

À exceção de casos especificamente consentidos, como no campo penal (art. 5º., XL da Constituição Federal), os efeitos legais se operam *ex nunc*. Tal peculiaridade se deve pela exigência de uma interpretação mais benéfica ao réu em razão de, na seara criminal, se cogitar do segundo maior bem jurídico que, seguido da “vida”, faz jus a especial proteção legislativa, a liberdade.

Fora da hipótese acima, acolheu o Direito brasileiro a orientação segundo a qual as leis foram projetadas para o futuro, ou seja, para regular relações jurídicas constituídas após sua publicação, o marco de sua entrada no mundo real.

Conforme a expressa orientação constitucional, consignou o constituinte derivado no art. 6º. da LICC- Lei de Introdução ao Código Civil- Decreto-Lei nº. 4.707/1942, redação dada pela Lei nº 3.238/01.08.1957-, o princípio *tempus regit actum*. Por meio deste, se extrai a diretriz segundo a qual a lei incide de imediato, regulando os vínculos jurídicos que se produzirem sob sua égide.

A origem constitucional do direito adquirido fora inicialmente concebida como reflexo do princípio ora em exame, tradutor de maior blindagem aos sujeitos de direito na garantia de que novos valores não interfiram em relações jurídicas constituídas sob outros paradigmas sociais, ainda que lei posterior derogue aquela sob a qual se dera o ato jurídico.

“(…) o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico”⁷⁶.

Sob esta previsão, atribui-se maior segurança aos sujeitos de direito quanto à certeza, à previsibilidade de as relações firmadas se darem sob os auspícios de norma já conhecida, o que afasta, de todo modo, surpresas desestabilizadoras da paz jurídico-social. Caso assim fosse, em risco estaria a

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 257.

liberdade negocial, decisória dos cidadãos, uma vez que todo ato de vontade estaria viciado, eivado de temores quanto a possíveis efeitos trazidos por futura regra jurídica.

Cumpre-nos destacar que, consoante as elucidações constitucionalistas efetuadas no primeiro capítulo, diante da ilimitada atuação constituinte originária face aos preceitos jurídicos, a ela não lhe é oponível qualquer veto retrooperante. Isto é, pode esta força originária colher fatos, valores pretéritos e inseri-los ou moldá-los ao panorama em construção.

“Com efeito, dada a sua inicialidade, ou melhor, dada a inexistência de limitação jurídica que o proíba, pode ela colher fatos a ela anteriores. Em consequência, pode dar-lhes caráter (lícito ou ilícito) diferente do que tinham na ordem jurídica anterior. Igualmente pode pôr termo a direitos adquiridos”⁷⁷.

Por outro lado, ao poder derivado, cumpre-lhe o estrito obediência aos consignados postulados maiores. Neste diapasão, cabe não apenas ao aplicador do direito, mas sobretudo ao agente reformador a elaboração de atos normativos sintonizados com a irretroativa escolha jurídica, sob pena de carecer de validade no plano jurídico.

É no princípio de irretroatividade das leis que o direito adquirido encontra guarida à sua existência, adstrito que se encontra a temática intertemporal de aplicação das leis. Como bem sintetizado por Celso Ribeiro Bastos: “A irretroatividade das leis tornou-se barreira protetora do direito adquirido, assegurando a permanência e a incompatibilidade entre o direito antigo e o novo direito legislativo”⁷⁸.

3.2. Direito adquirido X ato jurídico perfeito.

⁷⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Poder constituinte e direito adquirido: Algumas anotações elementares*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 210, v.01, p.04, out. /dez.1997.

⁷⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. p. 215.

O tema que envolve a distinção entre direitos adquiridos e ato jurídico perfeito é dos mais polêmicos de nosso ordenamento jurídico. Doutrinadores oferecem nuances do conceito de “direito adquirido”. No entanto, diante da tão criativa prática, difícil é saber, de fato, sua ocorrência.

Destarte, resta-nos trazer ao presente, o caminhar doutrinário e, mais à frente, jurisprudencial, para que, em seguida, analisemos a debatida constitucionalidade da emenda 41/2003.

Em referência a José Afonso da Silva⁷⁹, trata-se de um direito subjetivo⁸⁰ na plenitude de seus requisitos, mas que, ao tempo de sua formação, não fora exercido. Desta forma, lei posterior alguma poderá apagá-lo, já que engressara na esfera jurídica de seu titular.

Assim, encarado por sua natureza jurídica como um direito potencialmente exercitável⁸¹, a lei nova não pode ter o condão de atingir episódios já ocorridos com o fito de prejudicar o titular do direito pelo mero não exercício do direito em tela paralelamente ao momento de sua completa aquisição.

À sua consistência jurídica, retornemos ao exame do fato pretérito, apto a integrar o patrimônio de seu titular, consistindo, assim, em um bem passível de proteção contra qualquer ofensa.

Na formação do direito adquirido, para Arnaldo Rizzardo⁸², deve-se verificar a presença dos seguintes elementos: surgimento de um fato idôneo ou jurídico; a existência de uma lei que lhe atribui envergadura jurídica. Considera ainda a integração ao patrimônio (material ou moral) do sujeito e a

⁷⁹ SILVA, José Afonso Da. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 436

⁸⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva; atualização MORAES, Maria Celina Bodin de. *Instituições de direito civil: Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil - volume I*. 20ª.ed. . Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 35. “Existe, então, no direito subjetivo um poder de ação que está à disposição do seu titular, e que não depende do exercício, da mesma forma que o indivíduo capaz e conhecedor do seu direito poderá conservar-se inerte, sem realizar o poder de vontade, e, ainda assim, é portador dele.”

⁸¹ LACERDA, Belizário Antonio de. *Direito adquirido*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 19-20.

⁸² RIZZARDO, Arnaldo. *Limitações no direito adquirido*: AJURIS. Porto Alegre, n. 59, v. 20, nov. 93. p. 63.

sua prevalência ante o aparecimento de lei nova, ainda que disponha diversamente sobre o mesmo assunto.

Ao partirmos desses pressupostos é clara a inexistência de direito adquirido perante lei declarada inconstitucional. Por operar efeitos *ex tunc*, tem o condão de anular todas as situações ocorridas sob seu império.

Importante situarmos na esfera jurídica os institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, respectivamente, nos planos da eficácia e o da existência.

Nesse panorama, o ato jurídico perfeito encontra-se como algo já acabado, que já completou todas as etapas exigidas juridicamente à sua completude. Esta condição afasta a incidência de atos normativos posteriores suscetíveis de modificar, retirar ou suprimir o direito já consolidado ao tempo de regra remota.

Noutro sentido, o direito adquirido como situação jurídica já incorporada no patrimônio jurídico de seu titular e, como tal, deve ser conferida a respectiva proteção jurídica, ainda que esse direito não se tenha exercido. Tal aspecto não configura óbice à produção de seus respectivos efeitos jurídicos. Apontemos como marco da eficácia o instante no qual o indivíduo preencheu todos os requisitos suficientes a gozar do direito que lhe é atribuído por lei.

Em relação à formação do direito adquirido, partimos da precípua preocupação com a segurança jurídica, em vista do completo aperfeiçoamento do direito, sob os auspícios da lei vigente à época de sua formação. Ressaltemos que, embora a aquisição do direito já tenha se dado, os efeitos dele decorrentes poderão se efetuar sob a égide de vindoura legislação.

Em casos de alteração constitucional, adotamos o princípio da incorporação dos preceitos que não forem incompatíveis com a realidade que se apresenta. Destacamos, mais uma vez, nosso esclarecimento acerca da

exclusão de qualquer evocação do instituto do direito adquirido face ao poder constituinte originário, irrefreado juridicamente.

Somente ele poderá restaurar ocasiões pretéritas ao novo desenho juspolítico, já que é a fonte originária de emanção de todo poder, em razão de nenhum poder a ele se sobrepor. Nesse aspecto, decorre a inexistência de qualquer obstáculo à recuperação de ditames previstos outrora.

Acolheu nossa sistemática jurídica, como dito, a proteção dos direitos adquiridos. Advindo nova realidade constitucional há de aplicar-se o princípio da continuidade das leis. Por esta diretriz, no silêncio da nova Constituição, ditames que não forem incompatíveis com o espírito contido na nova realidade permanecem em vigor.

No entanto, óbice não há ao constituinte originário em afastar, expressamente, de seu manto questões por ele consideradas desvirtuosas de proteção. Essa última situação se deu com o art. 17 do ADCT, cujo efeito imediato e instantâneo correspondeu à exclusão de evocação de direito adquirido, de pretérita fase constitucional que porventura colidisse com o sentimento constitucional de 1988. Neste preceito foi refutada a consideração de direito adquirido em casos de percepção de vencimentos, remuneração, vantagens adicionais e proventos que se encontrassem em desajuste com o novo quadro constitucional⁸³.

“Não se recusa ao constituinte originário desfazer o direito adquirido. O que se assinala é a ocorrência rara desse desfazimento pelo respeito do constituinte brasileiro ao princípio da continuidade das leis. Esse princípio pode ser expresso, quando assim consagrado na Constituição, ou poderá decorrer do regime e de outros princípios adotados pela Constituição para integrar o conjunto inominado dos princípios decorrentes, como se dá na Constituição da República de 1988 (art. 5º. Parágrafo 2º.)”⁸⁴.

⁸³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho adota de antemão uma interpretação restritiva acerca do direito adquirido em matéria de direito público a vantagens materiais incorporadas ao patrimônio do servidor. Vide FERREIRA FILHO, Manoel. *Poder constituinte e direito adquirido: Algumas anotações elementares*: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 210, v.01, p.08, out. /dez.1997.

⁸⁴ HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. p. 249.

Em que pese a ressalva de alguns doutrinadores em separar o tratamento conferido às esferas privada e pública do direito adquirido, *data venia*, não compartilhamos dessa visão.

Ainda que consideremos a supremacia do interesse público sobre o particular, não há que se considerar esse silêncio Maior como tácita preferência ao poder público em face de qualquer pleito do particular. Como suporte a este argumento, vislumbramos no rol intangível de nossa constituição qualquer tentativa abolicionista do direito adquirido, seja de motivação pública ou não.

Imperioso que, nessa preocupação com as arestas do direito adquirido, explicitemos outros institutos que, apesar de com ele denotarem semelhanças, apresentam caracteres próprios.

O instituto do direito adquirido, em suma, corresponde a um direito cujo exercício ainda não se realizara. Caso assim fosse, configurar-se-ia uma situação consumada, de direito já satisfeito à pretensão de seu titular.

Ressalvamos ainda a menção do parágrafo segundo do art. 6º. da LICC “direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”. Isto é, considera a lei direito adquirido ainda que dependente de uma situação ainda não ocorrida, pendente de um evento futuro - termo ou condição.

Paralelamente ao instituto ora em exame, trazemos sua distinção com o ato jurídico perfeito, devidamente consignado em legislação ordinária, consoante o parágrafo 1º. do art. 6º. da LICC.

O ato jurídico perfeito se caracteriza por um negócio jurídico fundado na lei, o qual se tornara eficaz e consumado sob o regime da legislação que o efetivou.

Nesse campo, há certa confusão doutrinária em considerar perfeito o ato cujos efeitos se postergam ao futuro, entendimento este que, para nós,

acentuaria a dificuldade em se proceder à distinção com o campo do direito adquirido, como também à expectativa de direito, a seguir exposta.

Diferentemente do direito adquirido, o ato jurídico perfeito será como tal identificado tão logo já tenha percorrido todos os requisitos e, assim, tenha se consumado. Em contrapartida, à configuração do direito adquirido é suficiente o preenchimento dos requisitos, de forma que o sujeito de direito esteja apto a se enquadrar na situação jurídica exigida pela lei, para que, então, protegido pela mesma, possa invocá-la, inclusive diante de alteração jurídica.

Enfatizamos, desde já, um evidente e didático caso, de servidor público que, enquadrando-se nos preceitos exigidos por lei, mas que, por vontade própria, não deseja adentrar a inatividade, deve ter sua aposentadoria consoante a legislação correspondente à época do esgotamento de todas os requisitos legalmente impostos. Por essa via, não haveria que se cogitar de incidência, em seu caso, de lei suscetível a prejudicar suas condições à aposentadoria, já que a permanência na ativa se dera por mero ato de vontade, por conveniências próprias.

Já no caso do ato jurídico perfeito corresponderia ao servidor já aposentado, regido que será pela legislação à época de sua passagem aos quadros da inatividade. Assim, ainda que posteriormente advenha nova lei dispondo sobre novas regras e requisitos da aposentadoria, a esse servidor que já consumou tal ato, esta nova regra a ele não lhe será oponível.

3.3. Direito adquirido X expectativa de direito.

Além da distinção com o instituto do ato jurídico perfeito, faz-se mister não confundi-lo com o que seria uma mera expectativa de seu titular.

Como sua própria redação determina, toda expectativa pode vir ou não a ser implementada, uma vez que se prende à ocorrência de fatores externos, jurídicos ou não, adstritos à sua completa formação.

Podemos afirmar que o referido instituto se coaduna como uma fase prévia, anterior à consolidação do direito adquirido, pendente apenas da ocorrência de elemento acidental exigido pela lei. Para que se transforme em direito, essencial é a realização desse elemento secundário para que, então, estejam reunidos todos os elementos suficientes à concretização do direito visado.

“(...) ainda não se faz parte integrante do patrimônio do sujeito em razão da ausência de determinado elemento acidental de exigência legal. Depende da configuração de fatos circunstanciais, sem os quais não se pode falar em transformação do direito que implicará na incorporação patrimonial pretendida pelo indivíduo”⁸⁵.

Em outras palavras, enquanto não se verificarem por inteiro todos os eventos que contribuam à formação do direito antevisto, projetado⁸⁶, estaríamos diante de mera expectativa de direito, muito embora, pela determinação do art. 6º. parágrafo 2º. da LICC, o direito que ainda dependa de um termo prefixado ou de condição pré-fixada em lei⁸⁷ corresponda a direito adquirido. O que, em muitas ocasiões, dificulta a diferenciação, no caso concreto, de expectativa de direito e direito adquirido, visto que, diante do postulado da incidência imediata das leis, a relação jurídica que ainda não se tenha completado, ou seja, apta a adentrar no patrimônio de seu titular se configura também como expectativa de direito, pois nesse aspecto a lei nova alcança os efeitos que ainda estão por ocorrer.

⁸⁵ NASCIMENTO, Carlos Valder do; FERREIRA, Sérgio de Andréa; BARROS, Sérgio Resende de. *Reforma da previdência e contribuição dos inativos*: Direito adquirido e segurança jurídica. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 26.

⁸⁶ “(...) um direito em vias de ser ou que pode ser adquirido, pois já existe uma lei que a estriba, e o Direito Adquirido é a consequência de uma lei. FRANCA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro*. 2ª. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 445. Apontamos ainda o posicionamento do mesmo ao visualizar o Direito Adquirido como dependente do preenchimento de um requisito exterior, de caráter acidental, o que, em muitos casos, nos leva a confusão entre os respectivos institutos.

⁸⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito adquirido*. Fórum Administrativo. Belo Horizonte, n. 15, v. 02, maio/ 2002, p. 584.

Nosso Direito se inclina em identificar o instituto do direito adquirido como direito existente, isto é, direito consolidado no passado, mas passível de ser exercido sob os auspícios da lei nova. Desta forma, nem há razão em confundi-lo com mera projeção de direito ao futuro.

O exemplo ora comentado, o caso do servidor público que desejasse se aposentar conforme as exigências legais de certa época, mas ainda não as tendo cumprido em sua integralidade, sua expectativa se configuraria em projetar a correspondente aposentadoria quando atingidos a estabelecida idade e o tempo de serviço até então vigentes. Caso alteradas posteriormente, nada teria adquirido o servidor.

3.4. Reforma da previdência de 2003: noções introdutórias.

A Constituição de 1988 no capítulo destinado à “Ordem social” – arts. 193 e 194- engloba seções como a previdência social, desdobramentos da proteção constitucional do primado do trabalho.

Trata-se de um direito social, constitucionalmente assegurado nos moldes do art. 6º. de nossa Lei Maior, cuja competência para legislar trata-se de competência privativa da União (art.22, XXIII C.F.).

Caracteriza-se a aposentadoria como um direito social, quando do preenchimento dos requisitos exigidos em lei ordinária.(arts. 183 e 231 da Lei 8.112/90, que estabeleceu o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União).

Tecnicamente, não se coaduna como um benefício, entendido aqui como algo gratuitamente prestado pelo poder público ao seu servidor. Esse direito constitucionalmente assegurado ao trabalhador- aqui em sentido amplo- concorre com outros direitos fundamentais a viabilizar um dos objetivos de nossa República federativa: a promoção da dignidade da pessoa (humana),

direitos estes cujo grau de eficácia irá variar consoante a política (afirmativa) adotada.

Apresenta as características de filiação compulsória, bem como a natureza tributária de suas contribuições.

Segundo a lógica previdenciária, de essência retributiva⁸⁸ e individual, compete ao servidor atingir o respectivo número de contribuições, (35 anos, se servidor e 30 anos, servidora) para que, dessa forma, faça jus ao respectivo benefício⁸⁹, na exata proporção de sua remuneração, percebida até o momento de sua transferência à inatividade.

Face nossa tradição previdenciária⁹⁰ publicista, sabemos dos insuficientes recursos que culminam na precariedade do atendimento prestado à sociedade.

Ainda que necessária a adoção de uma reforma previdenciária, havia uma expectativa dos juristas de sua ocorrência em sintonia com as vigas mestras constitucionais, sobretudo a segurança jurídica, a certeza da incidência dos atos públicos, elididas quaisquer surpresas que porventura pudessem comprometer o planejamento fiscal do servidor público, alvo da reforma em questão.

Esse falido sistema se deve, em especial, às correntes fraudes, como também ao desvio de recursos originariamente destinados aos cofres

⁸⁸ O ministro Carlos Britto entende certo traço de contratualidade no regime previdenciário. Para tanto, se utiliza dos termos contidos na Constituição, no capítulo da previdência social, como “segurado”, “filiado”, a título exemplificativo. Vide STF, ADI, n. 3.105/ DF, Rel.Min. Ellen Gracie, Brasília, 18 de agosto 2004. p 174.

⁸⁹ Enfatiza o ministro Carlos Britto a peculiaridade reinante no sistema previdenciário, do regime de aposentadoria ou de pensão pública: “(...) únicos direitos subjetivos para cujo gozo o servidor paga do seu próprio bolso.” Em outra passagem, ressalta o ministro “(...) só aposentadorias e pensões são direitos subjetivos demandantes de autocusteio, autofinanciamento pelo servidor público.” Vide STF, ADI, n. 3.105/ DF. p. 173.

⁹⁰ Trazemos a lume o posicionamento de Ivo Dantas quanto à implícita petrificação dos direitos previdenciários. Acolhe o entendimento de o inciso IV do parágrafo 4º. do art. 60 referente a garantias fundamentais, dentre as quais vislumbra os direitos previdenciários. DANTAS, Ivo. *Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade*. 3ª. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 89.

previdenciários. Tais episódios inevitavelmente culminam no crescente déficit do caixa previdenciário, muito além dos recursos que mensalmente adentram.

Em vista desse cálculo deficitário, a solução imediata adotada por nosso atual governo fora no sentido de “corrigir distorções históricas”⁹¹ com a compulsória instituição de contribuição social aos inativos e pensionistas que, a nosso ver, decorreria de explícita manobra política consentida por nossa mais elevada corte institucional.

Ocorreria a preceituada reforma em séria afronta à exigência de segurança jurídica querida por nossa Lei Fundamental. No entanto, nossos representantes preferiram transmitir essa segurança não aos seus representados, mas aos credores externos na tentativa de se demonstrar liquidez e “responsabilidade” do governo em honrar com seus compromissos e pactos firmados.

Inicialmente, trazemos uma posição sumulada pelo Supremo Tribunal Federal- Súmula 359- que ressaltava o fato de os proventos da inatividade serem regulados pelas leis vigentes ao tempo em que o servidor reunisse todas as condições necessárias à aposentadoria. Complementa o entendimento o jurista Antonio Pereira Duarte⁹² acerca daqueles ainda não aposentados, mas amparados pelo tempo previsto na norma constitucional em vigor, poderiam invocar o direito adquirido, em vista de benefícios já incorporados, mas não usufruídos, em caso de eventual mudança de pressupostos constitucionais ou infraconstitucionais, devidamente amparados no mandamento pétreo do art. 5º., inciso XXXVI.

Devemos desconsiderar, de imediato, qualquer proibição de invocação de direito adquirido face às normas de direito público. Tal entendimento não merece respaldo, uma vez que nosso maior documento jurídico sequer

⁹¹ Art. 70 da exposição de motivos que acompanhou a proposta governamental de que resultou a emenda 41/03.

⁹² DUARTE, Antonio Pereira. *Da intangibilidade do direito adquirido*: Diferenças ontológicas entre expectativas, aquisição e exercício de direito: Revista Forense. Rio de Janeiro, n. 337, v.93, p. 07, jan. / mar.1997.

preceitua algo nesse sentido. Difícil e inseguro seria distinguir aquilo que realmente correspondesse a normas de direito público, pelo motivo de as regras jurídicas decorrerem direta ou indiretamente de inspiração pública.

3.4.1. A questão da contribuição previdenciária de inativos e pensionistas e o direito adquirido.

O cerne deste item se refere ao polêmico art. 4º da emenda 41/2003, publicada em 31/12/2003, que trouxe, dentre outras alterações, a compulsória contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas, até então restrito aos membros da ativa.

Reza o comentado (caput) do art 4º:

Art 4º.: “Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art.3º., contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos”.

Já consignado por nós, diante da inexistência, pelo aposentado/pensionista, de perspectiva alguma a percepção de benefício futuro, é neste ponto que o tributo ora em exame, instituído pela reforma de 2003, carece sua incidência de *causa suficiente*, que motive a participação desse grupo de indivíduos a contribuir ao fundo previdenciário.

O ilustre mestre Canotilho⁹³ enfatiza a confiança que deve imperar nos efeitos jurídicos das decisões tomadas pelo poder público, na busca por uma realidade jurídica estável, permanente. Acrescenta ainda a limitação de reversibilidade dos direitos adquiridos, no sentido de que o legislador não poderia eliminar o núcleo de direitos fundamentais sem oferecer uma

⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 259 c/c p. 339.

compensação, uma alternativa à medida adotada. Deveria, portanto, sistematizar sua política paralelamente aos direitos concretos e as expectativas subjetivamente alicerçadas, de forma a se preservar a dignidade da pessoa.

Nesse aspecto, Amílcar Macedo⁹⁴ aparece como um dos seguidores de Canotilho na defesa do princípio do não-retrocesso social, o qual preceitua o afastamento não só de modificações infraconstitucionais, como de emendas que venham a desestabilizar situações constitucionalmente concretizadoras dos direitos sociais. Baseado na estrutura que deve imperar no Estado Democrático de Direito, o princípio da segurança jurídica encontra guarida na vedação de medidas retroativas e retrocessivas que, porventura, ocasionariam redução ou aniquilamento do pilar da dignidade da pessoa.

Preceitua ainda Amílcar Macedo⁹⁵ que, com essa emenda 41, tamanha foi a ofensa à dignidade do servidor público, compulsoriamente compelido a abrir mão de significativa parcela de seus proventos, verba esta de natureza alimentar, destinada à sua tranqüila subsistência no período da vida em que mais necessita de despesas decorrentes de natural fragilidade física.

De fato, houve uma contradição na obrigatoriedade imposta aos inativos (e pensionistas) convocados para custearem seus próprios proventos (e pensões), e, por conseguinte, amenizarem o vultoso rombo previdenciário.

Transcrevemos abaixo o art. 40 da Constituição Federal com a nova redação conferida pela emenda em debate.

Art. 40: “Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo”.

⁹⁴ MACEDO, Amílcar Fagundes Freitas. *Reforma da previdência*- emenda constitucional 41 e supressão de regra de transição- Proibição de retrocesso social. AJURIS, Porto Alegre, n. 95, v. 31, set. 04. p. 26.

⁹⁵ MACEDO, Amílcar Fagundes Freitas. *Reforma da previdência*- emenda constitucional 41 e supressão de regra de transição- Proibição de retrocesso social. p. 34.

Resta-nos a seguinte indagação: já não teria sido extinta a participação do aposentado e do pensionista no custeio do sistema previdenciário quando do implemento de sua respectiva condição? No serviço público, os requisitos legalmente cumpridos não extinguiriam a continuidade da contribuição previdenciária?

Ainda que inevitável fosse a reestruturação do sistema previdenciário, menos estrondoso seria o alarde provocado pela medida, caso nossa Constituição não fosse tão detalhista, dirigente, mas tão-somente traçasse em linhas gerais os rumos de nosso Estado.

No entanto, não podemos utilizar o argumento da imprescindibilidade de adoção de certas medidas que, do contrário, restringiriam o avanço social, para, em contrapartida, ultrapassar a coesão, a sistemática de 1988. Nem o constituinte derivado será legítimo a modificar preceitos que não foram por ele implementados, tanto que, como explicitamos outrora, mister a interpretação ao vocábulo “lei”, contido no art. 5º., XXXVI da Carta Magna, como vedação a qualquer ato do poder derivado em ferir os freios inicialmente impostos na Lei Maior⁹⁶.

Com a superveniente emenda 41 de 2003 e seu polêmico art. 4º., que instituiu a compulsória contribuição dos inativos e pensionistas, diversas situações vieram à tona no que toca à transição do quadro da ativa à inativa. Entretanto, para este trabalho, de enfoque constitucional, e não previdenciário, vamos nos prender ao caso do direito adquirido da contribuição dos já aposentados e pensionistas da União, estados, municípios e Distrito Federal, objeto de controle de constitucionalidade por nossa Corte Suprema, caso do art. 4º. da supracitada emenda.

⁹⁶ Não há que visualizarmos as cláusulas pétreas como instrumento potencializador das desigualdades sociais, como instrumento de perenização de certos traços de nossa organização social, consoante posição do ministro Joaquim Barbosa. Vide STF, ADI, n. 3.105/ DF. p 164-5. Devemos observá-las como fundamento, garantia de consistente estrutura de um Estado Democrático de Direito. Essa interpretação deve ser acolhida pelo fato de o constituinte originário ter consignado, expressamente, sua preferência pela segurança jurídica, pela paz social que as cláusulas de intocabilidade têm o condão de transmitir face a atuação do poder derivado, ávido em promover alterações constitucionais.

Aos aposentados até 19/12/2003 e os que já detivessem condições para sê-lo, ou seja, direito de não mais pagar contribuição, houve clara violação aos institutos do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, respectivamente⁹⁷.

Partimos, inicialmente, da consideração de que até a emenda 20/98 a base de cálculo à sua aposentadoria se dava conforme a sua última remuneração quando na ativa.

3.4.1.1. O desconto conferido aos aposentados e pensionistas: a (in) constitucionalidade do art. 4º. da emenda 41/2003.

“A emenda no. 41/03, em seu art. 4º., (...), quebra o sinalagma da relação jurídica previdenciária, forçando aposentados e pensionistas a efetuarem verdadeira “doação” de parte de seus proventos em nome do princípio da solidariedade intergeracional que, embora respeitável, nem por isso faz tabula rasa de outros princípios de igual dignidade constitucional (...)”⁹⁸.

Em ação direta de inconstitucionalidade dirigida ao Supremo Tribunal Federal- ADI 3105-DF- alegava a parte requerente- Conselho Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP)- a incorporação no patrimônio jurídico de aposentados e pensionistas, nessa situação até 19/12/03, do direito de não serem compelidos à cogitada contribuição.

Alegou o Conselho Nacional dos Membros do Ministério Público o impacto do referido dispositivo ao princípio da segurança jurídica, em violação aos institutos do ato jurídico perfeito e ao do direito adquirido.

A tese favorável à constitucionalidade da referida utilizou-se, dentre outros, do princípio da solidariedade social, previsto no art. 3º., I da Lei Maior.

No voto proferido pelo ministro Carlos Britto, soube o mesmo diferenciar os sentidos atribuídos ao princípio supracitado, seja como

⁹⁷ “(...) a partir do momento que o servidor público passa a preencher as condições de gozo do benefício, já não poderá, por efeito de nenhum ato da ordem legislativa (art. 59), ser compelido a contribuir para o sistema previdenciário: nem por determinação legal, nem por imposição de Emenda Constitucional”. Vide STF, ADI, n. 3.105/ DF. p 180.

⁹⁸ STF, ADI, n. 3.105/ DF. p. 148. (Voto proferido pela Rel. Min. Ellen Gracie).

fundamento de nossa República Federativa, seja como pilar a embasar o custeio do sistema previdenciário.

Sintetizou o ministro que o sentido de “solidariedade” extraído da redação do art 3º, I, não se confunde com aquele contido na emenda 41.

No primeiro caso, afirma tratar-se de um “(...) terceiro valor (...) inspirador da Revolução Francesa (...) a significar apenas que precisamos de uma sociedade que evite as discriminações e promova as chamadas ações afirmativas (...)”⁹⁹.

Por outro lado, a “solidariedade” a que se reporta a emenda 41 conota o esforço do servidor público civil em arcar, ao lado do poder público, com o financiamento de seu respectivo benefício, por meio da incidência de alíquotas sobre a totalidade de sua remuneração.

Em análise do parágrafo 18 do art. 40¹⁰⁰, verifica-se a instituição de cobrança dos inativos e pensionistas sobre parcela excedente do teto remuneratório dos benefícios do regime geral, de R\$ 2.400, 00 (dois mil e quatrocentos reais). Aos servidores e pensionistas que perceberem proventos e pensões superiores a tal limite, incidirá a respectiva contribuição em parcela superior a tal importância.

Ao considerarmos o desconto como tributo, ferirá o mesmo as situações já engessadas pelo ato jurídico perfeito, bem como o do direito adquirido.

Desde já, antecipamos não se tratar de imunidade tributária. Imprescindível no Estado Democrático de Direito a máquina estatal se ajuste consoante às regras ditadas pelo seu Estatuto Maior. Por isso, óbice não haveria quanto à cobrança de tributo algum, desde que em sintonia com ditames constitucionais, em especial os insuscetíveis de toque do poder de reforma.

⁹⁹ STF, ADI, n. 3.105/ DF. p. 171.

¹⁰⁰ Art.40 §18: “Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos”.

Importante destacarmos que a legitimidade de tal tributo, contribuição que é, depende da edição de lei do respectivo ente federativo regulamentando dita incidência, uma vez que a Constituição não institui ou majora tributos, matéria esta reservada à lei¹⁰¹.

Nesse diapasão que, em afronta ao princípio da isonomia tributária- art. 150, II da nossa Lei Maior, discriminação houve, em um mesmo grupo de pessoas, aposentados e pensionistas, pelo ente federativo ao qual detivessem o elo estatutário correspondente. Distinção também ao conferir tratamento diferenciado entre os servidores que se aposentassem após a promulgação dessa cogitada emenda, já que os que se encontrassem na situação de aposentado/pensionista após a incidência de tal tributo, contribuirão na razão de 11% (onze por cento) do montante superior ao teto remuneratório de R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais).

Assim, os integrantes dos quadros dos estados, Distrito Federal e municípios contribuirão na razão de 11% da parcela que superar 50% (cinquenta por cento) do limite máximo de R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), estabelecido como teto aos benefícios do regime geral. Nessa situação, a incidência da alíquota supracitada recairá sobre importância referente a R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais); no caso dos vinculados à União, a contribuição de 11% (onze por cento) recairá no montante que superar os 60%, tomando-se como base de cálculo o valor acima referido, R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais). Aqui, recairão os 11% em quantia correspondente a R\$ 1.440,00 (mil quatrocentos e quarenta reais).

O limite remuneratório descrito acima se deu pela unificação, trazida pela emenda 41, do regime previdenciário do INSS- art. 201 da Constituição

¹⁰¹ “A Constituição não cria tributos; ela outorga competência tributária, ou seja, atribui aptidão para criar tributos (...) a efetiva criação de tributo (...) depende de a competência atribuída a este ou àquele ente político ser exercitada, fazendo atuar o mecanismo formal (também previsto na Constituição) hábil à instituição do tributo: a lei”. Vide AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 99.

Federal- o que para nós carece de motivação, em razão das peculiaridades dos regimes (art. 40 § 3º. Constituição federal).

O pensamento que imperava na Comissão de Constituição e Justiça na Câmara dos deputados fora no sentido de que, sendo espécie tributária, não se poderia invocar direito adquirido contra a não-incidência tributária¹⁰² e, para tanto, os limites de tal exação seriam os constitucionalmente previstos no capítulo referente aos limites do poder de tributar¹⁰³. Tal argumento se daria pelo fato de ocasiões supervenientes demandarem do poder público a instituição de tributos imprescindíveis à movimentação da máquina administrativa, cujo resultado há de reverter em prol dos cidadãos.

A questão comporta ainda a análise da natureza jurídica dessa contribuição: se *bis in idem* com o Imposto de renda, cuja base de cálculo se confere ao valor mensal da remuneração e proventos, ou outra espécie tributária autônoma.

Adentremos em breve passagem no ramo do direito tributário.

Deduzimos do art. 5º. do Código Tributário Nacional- CTN- sua natureza tricotômica ao esgotar os tributos em impostos, taxas e contribuição de melhoria.

No entanto, silenciou o CTN as exações parafiscais¹⁰⁴, cujo gênero engloba a espécie da contribuição social da seguridade social.

Preceitua a supracitada lei complementar em seu art.4º., de forma insuficiente, os elementos necessários à identificação do tributo:

¹⁰² Nesse sentido destacamos uma dos trechos do voto do ministro Sepúlveda Pertence, defensor da constitucionalidade do art.4º.: “(...) não há direito adquirido a uma hipótese de não-incidência tributária. O fato de algum ato ou de algum bem não ser em determinado momento objeto de incidência tributária não estabelece, em favor do seu titular, um estatuto pessoal de intributabilidade, salvo (...) se há imunidade constitucional a acobertar determinada pessoa, determinado tipo de relação jurídica ou determinado bem.” Vide STF, ADI, n. 3.105/ DF. p. 426-7.

¹⁰³ DANTAS, Ivo. *Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade*. p.122.

¹⁰⁴ Preceitua Luciano Amaro acerca das contribuições parafiscais: “A característica peculiar do regime jurídico (...) está na destinação a determinada atividade, exercitável por entidade estatal ou paraestatal, ou por entidade não estatal reconhecida pelo Estado como necessária ou útil à realização de uma função de interesse público”. Vide AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. p. 84.

“Art.4º.: A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:
I-a denominação e demais características formais adotadas pela lei;
II-a destinação legal do produto da sua arrecadação”.

É no art.149 de nossa Lei Magna que encontramos o elemento-chave à identificação da contribuição parafiscal: a destinação do tributo a uma atuação específica, ou seja, tributo afetado à execução de uma atividade estatal ou paraestatal determinada. No caso da contribuição social da seguridade social sua destinação será ao fundo previdenciário.

Não obstante as contribuições possam apresentar fato gerador ora de imposto ou de taxa, irrelevante será o indicado pelo CTN- lei complementar- já que a menção de nossa Carta fora determinante a imputar à identificação dessas contribuições.

No capítulo II, Da seguridade social, extraímos do art.194 de nossa Constituição a incumbência de o poder público assegurar, dentre outros, os direitos relativos à previdência social, cujo financiamento- art.195- se dará solidariamente por toda a sociedade juntamente com o poder público.

Frisamos também que o caráter retributivo- art. 201 da Constituição federal- é da essência da contribuição social. Desta forma, percebido em benefício será o retorno àqueles que contribuíram ao longo de certo período. No entanto, argüimos desde já, no caso da instituição de contribuição aos aposentados e pensionistas, qual seria o retorno por eles esperado, que já percebem o referido benefício¹⁰⁵?

No voto proferido pela Ministra Ellen Gracie¹⁰⁶, cuja tese acompanhamos favorável à inconstitucionalidade do art. 4º., entendeu tratar-se

¹⁰⁵ “Quem executa trabalho remunerado é que pratica o fato gerador da contribuição”. Vide AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. p. 85. Por esta razão que, constitucional seria a contribuição recaindo apenas nos ativos que contribuem à proporção daquilo que perceberão no futuro. “ Pelo que se infere os inativos e pensionistas não encaixam na terminologia adotada pelo Direito Constitucional, porque afastados da atividade, portanto, não guardando qualquer vínculo com o serviço público”. Vide NASCIMENTO, Carlos Valder do; FERREIRA, Sérgio de Andréa; BARROS, Sérgio Resende de. *Reforma da previdência e contribuição dos inativos*: Direito adquirido e segurança jurídica. p. 38.

¹⁰⁶ STF, ADI, n. 3.105/ DF. p. 149.

de *bis in idem* em razão de apresentar como fato gerador a tributação dos proventos, já tributado pelo Imposto sobre a Renda, devidamente apoiada em parecer elaborado pelo jurista José Afonso da Silva.

Reforçamos o entendimento da ministra ao observarmos a hipótese de incidência, a base de cálculo e o momento de incidência.

A primeira situação está correlacionada à remuneração percebida pelos aposentados- proventos- e pensionistas, sendo a base de cálculo do tributo adstrita a quantia concernente a um mês de remuneração. Por fim, incidirá o tributo no momento em que o dinheiro for transferido dos cofres públicos para o estabelecimento bancário.

Pelo preciosismo do argumento, julgamos a transcrição de parte do parecer do jurista José Afonso da Silva¹⁰⁷ como melhor opção:

“(…) no sistema previdenciário de participação, a solidariedade dos trabalhadores está vinculada com a vantagem pessoal que ele auferirá no futuro. Se ele já auferir a vantagem, não há mais finalidade em sua participação. Dir-se-á que a tributação não é sobre o aposentado, mas sobre os proventos, e, assim, a causa e fato gerador da contribuição do inativo é a percepção dos proventos. Se é assim, então temos, não uma contribuição previdenciária, mas uma tributação de rendimentos, um *bis in idem* de caráter discriminatório”.

Destacamos ainda juristas que compartilham da tese de José Afonso da Silva:

“De logo se vê que a contribuição social sob exame tem a mesma conformação do imposto de renda, em face da apropriação de parcela dos vencimentos dos assalariados (*atualização nossa: aposentados e pensionistas*). Daí a rigidez do texto constitucional em condicionar a criação de qualquer figura de imposição social aos ditames cogentes do art. 154, I, da Constituição Federal. Isto induz a compreensão de que ela não pode guardar semelhança com os impostos ou outras contribuições que povoam o ordenamento positivo”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ STF, ADI, n. 3.105/ DF. p. 149.

¹⁰⁸ NASCIMENTO, Carlos Valder do; FERREIRA, Sérgio de Andréa; BARROS, Sérgio Resende de. *Reforma da previdência e contribuição dos inativos*: Direito adquirido e segurança jurídica. p. 40.

Entendeu a supracitada ministra que o princípio da solidariedade social não apresentaria causa suficiente para exigir a contribuição dos que já auferem a respectiva contraprestação, fruto do preenchimento dos requisitos legais.

Opinou também Ellen Gracie, no que toca a gravosa e ilegítima condição imposta aos pensionistas, que sequer se encontram relacionados à previdência social:

“A pensão é adquirida em consequência da contribuição de terceiro, de que o pensionista ou a pensionista depende. O agente gerador da pensão contribuiu efetivamente ou teve seu tempo de serviço considerado como contribuição, quando esta não era exigida, para que, com a sua morte, seu cônjuge ou herdeiro tivesse direito à pensão”¹⁰⁹.

Indiscutível, ainda, a afronta ao princípio do não-confisco – art. 150, IV Constituição – que, com a alíquota de 27,5% do imposto de renda somada aos 11% dessa contribuição, já se torna excessiva a destinação dos proventos (pensão, no caso dos pensionistas) aos cofres públicos. Desse modo, onera-se cada vez mais o benefício percebido pelos aposentados/pensionistas.

Apresentemos também o posicionamento de corrente favorável à tributação dos inativos, a qual afasta a evocação de direito adquirido em face de regime jurídico, sujeito, por sua vez, a qualquer tipo de alteração legislativa. Para os adeptos dessa linha, o direito adquirido estaria circunscrito à percepção do benefício, e não aos critérios de pagamento e reajustes. Nesse sentido que a tão citada reforma teria sido a ponte imprescindível a viabilizar a manutenção dos benefícios previdenciários¹¹⁰.

É nesse aspecto que a CONAMP se insurgiu pela desobediência ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos. No entanto, tal argumento não prosperou, mesmo aos ministros inclinados pela inconstitucionalidade do dispositivo, em especial pelo fato de a Egrégia Corte já ter superado esta

¹⁰⁹ STF, ADI, n. 3.105/ DF. p. 150.

¹¹⁰ Referimo-nos à defesa esposada pela Advocacia Geral da União.

questão ao decidir a inexistência de imunidade dos proventos dos aposentados à incidência tributária¹¹¹.

Entendemos que a problemática que perpassa aos aposentados/pensionistas se deve não, especificamente, à irredutibilidade de seus proventos, mas ao fato de inexistir retorno algum, fruto desta “contribuição social”.

Entretanto, a exemplo do voto do ministro Eros Grau¹¹², atesta o mesmo ser dever de toda a sociedade financiar o sistema previdenciário, além de identificar a fruição de outros benefícios previdenciários como o retorno decorrente da contribuição paga pelo grupo dos inativos e pensionistas.

Em suma, confere o supracitado ministro, um caráter perene desta contribuição, que não mais esgota seu dever de pagar quando atingida a condição de inativo/pensionista. Será a mesma devida sob o dever de toda a sociedade garantir a própria subsistência do aparato previdenciário.

Favorável à constitucionalidade da referida emenda, a AGU, para sustentar o caráter imprescindível da reforma, utilizou-se do argumento segundo o qual a reforma seria o mecanismo viável a garantir aos aposentados e pensionistas a continuidade da percepção de seus respectivos benefícios, estes sim considerados como direito adquirido que o poder constituído não poderia suprimir¹¹³.

Do outro lado, em análise da tese favorável à constitucionalidade da emenda 41, passamos com certo espanto a repulsa das cláusulas pétreas, sustentada pelo ministro Joaquim Barbosa. Alega o ministro o fato de as mesmas acentuarem as disparidades que reinam numa sociedade desigual como a brasileira, além de antidemocrática¹¹⁴!

¹¹¹ Vide STF, ADI, n. 3.105/ DF, p. 143.

¹¹² Vide STF, ADI, n. 3.105/ DF, p. 273.

¹¹³ Vide STF, ADI, n. 3.105/ DF, p. 141.

¹¹⁴ STF, ADI, n. 3.105/ DF, p. 165. Alega o ministro que as cláusulas pétreas constituiriam “(...) um formidável instrumento de perenização de certos traços da nossa organização social”. De certa forma, o ministro da mais alta Corte brasileira afasta o pilar da Constituição, ou seja, as normas que conferem suporte ao Estado Democrático de Direito.

Basicamente, a tese adotada pelos ministros seguidores do argumento de Joaquim Barbosa distorcem o objeto da ADI 3105/DF, mediante a sustentação de imunidade tributária quanto ao pagamento de tributos. Alegam ainda o fato de ser inoponível ao constituinte derivado alegação de direitos e garantias pétreas, mas tão-somente ao legislador infraconstitucional.

No caso em exame, não se trata de direito adquirido de não pagar tributo, muito menos haveria que se cogitar de imunidade tributária inexistente constitucionalmente. Caso assim fosse, estariam imunes os inativos e pensionistas do pagamento do IRPF- Imposto de renda de pessoa física- o que não ocorre.

O ponto central se deve pela ferida à cláusula de intocabilidade pétrea¹¹⁵, como também pela configuração do *bis in idem* da instituída contribuição com o já existente Imposto de Renda.

No primeiro caso, a inconstitucionalidade está atrelada na instituição de cobrança de tributo não só daqueles que já reunissem todas as condições necessárias ao requerimento da aposentadoria antes da instituição do dito tributo, mas também dos já aposentados.

O caso do *bis in idem*, ou seja, a cobrança, pelo mesmo ente federativo, de tributos com o mesmo fato gerador, está configurado no caso em tela, visto a identidade do fato gerador entre essas espécies: ambas incidem sobre a renda, remuneração, proventos de qualquer natureza.

Poderia, entretanto, esta operação ter ocorrido mais cautelosamente, na forma do art. 195 parágrafo 4º. c/c art. 154, I, através da implementação de outras fontes à seguridade social¹¹⁶. A União, por meio de lei complementar,

¹¹⁵ “A Emenda Constitucional nº. 41/2002, (...) rasgando a Carta da República, desconhecendo a norma do art.60, surpreendendo aqueles que se encontravam nos respectivos lares, certos do respeito às regras da aposentadoria, às regras da pensão, criou essa contribuição que, a todos os olhos, não é uma contribuição; criou esse ônus referente ao “custeio”, visando ao “custeio” da própria previdência. Vide STF, ADI, n. 3.105/ DF. p. 340-1.

¹¹⁶ No julgamento da ADI 3105/DF manifestou-se o *Parquet* federal não refutar a cobrança de nova contribuição pelo poder público. Deveria a mesma criar um novo benefício, assegurando o caráter

poderia instituir impostos não previstos no art. 153, desde que não-cumulativos e sem fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na Constituição.

Diante dos constantes números que nos são demonstrados quase diariamente na imprensa, ainda que haja cobrança dos aposentados e pensionistas, o montante a ser acumulado nos cofres públicos não será capaz de atender a tamanha demanda previdenciária.

Uma das medidas mais eficazes, ainda que de longo prazo seria, a nosso ver, o oferecimento de todo o aparato e apoio suficiente ao Ministério Público - instituição esta atuante em prol dos interesses sociais, coletivos - na investigação e conseqüente medidas julgadas condizentes à recuperação dos gigantescos valores desviados do respectivo sistema, a exemplo da desestruturação de quadrilhas, verdadeiras máfias espalhadas no referido sistema.

Conclusão.

No presente trabalho buscou-se analisar o aspecto referente aos limites materiais ao poder de reforma constitucional à luz da declarada constitucionalidade do art. 4º. da emenda 41 de 2003, cuja tese defensora de sua inconstitucionalidade alega suposta violação das garantias pétreas do ato jurídico perfeito e do direito adquirido (art. 60,§ 4º., IV da Carta Magna).

Para tanto, partimos da análise do sentido dos limites materiais ao poder de reforma constitucional, explorando seus principais aspectos, conceitos, procurando demonstrar o peso que as cláusulas pétreas detêm em nosso ordenamento.

Utilizemo-nos de uma passagem de Oscar Vilhena¹¹⁷ acerca do tema do presente trabalho:

“O grande desafio de uma teoria das limitações materiais ao poder de reforma, dentro do quadro constitucional brasileiro, é alcançar uma interpretação das cláusulas superconstitucionais capaz de assegurar a proteção dos procedimentos democráticos de tomada de decisão, das instituições que asseguram o Estado de Direito e, fundamentalmente, de todos aqueles direitos essenciais à realização da dignidade humana, sem desautorizar o direito de cada geração de realizar sua autonomia”.

Em que pese o caráter fechado de nossa Constituição, entendemos ainda que, enquanto reinante, devem ser afastadas manobras políticas ou argumentos outros colidentes com as cláusulas pétreas.

Em momento subsequente, o foco do trabalho dirigiu-se para a definição dos institutos do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, com o intuito de que, por meio da identificação desses conceitos, pudesse o leitor tirar suas próprias conclusões referente à (in) constitucionalidade do referido artigo.

¹¹⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma.* p. 134.

Discutimos ainda a constitucionalidade de cobrança dos inativos aos cofres da seguridade social, como também a natureza desse tributo incidente sobre proventos de pensionistas e inativos.

No entanto, para que nosso trabalho não pecasse em sua coesão, no capítulo inaugural entendemos a necessidade de delinear as bases sobre as quais nossa Constituição se assentara.

Assim, vimos que decorre a mesma de uma força inicial, soberana, ilimitada e incondicionada, denominada de poder constituinte originário, fonte de toda a existência e validade do ordenamento jurídico. Esse poder reside na titularidade do povo que, é o único legítimo em organizar e ditar a ordem que deseja se inserir. Nesse caminho, escolhe dentre os seus, cidadãos mais aptos e comprometidos em implementar a vontade difundida no seio social.

Destacamos um tópico nesse primeiro capítulo ao abade francês Sieyès, cuja relevância repousa em sua primazia em teorizar a maneira pela qual a sociedade se organiza e, assim, formaliza seu Estatuto jurídico.

Vimos ainda nesse capítulo primeiro noções e a manifestação do poder constituinte derivado, poder este incumbido por proceder às reformas constitucionais. Importante sua consideração e identificação, pois a partir do instante que deriva do constituinte originário é pelo mesmo limitado.

Em nossa realidade constitucional, podemos demonstrar a manifestação do constituinte derivado nas operações de Revisão e de Reforma constitucional. A primeira, de 1993, fora organizada, após 05 (cinco) anos da promulgação da Constituição para ajustar o texto como um todo, apresentada ao povo como se nova constituinte fosse. No entanto, limitou-se à realização de um plebiscito à manifestação popular quanto à forma e sistema de governo.

Além da já superada modalidade da Revisão, apontamos a Reforma como segunda espécie destinada à alteração de nossa Lei Magna, consoante os novos valores sociais.

Destacamos também a espécie normativa da emenda, incidente tanto na Reforma como na Revisão, que, por sua vez, se prende a um procedimento legislativo, pontual, de realinhamento normativo.

Assim, a conclusão a que se chega, tomando por base a história e a técnica do direito, pode ser como tal explicitada:

A primeira delas diz respeito a eventuais discussões quanto ao limite de atuação do poder constituinte derivado, em especial às emendas. Ainda que, quando aprovadas adentrarão no mesmo patamar constitucional que as normas originariamente concebidas, indiscutível é sua natureza derivada. Isto é, como adstrita ao poder de reforma, deve respeitar os estritos limites traçados pelo poder constituinte originário, jamais podendo proceder à alteração do núcleo substancial da Lei Maior.

Assim, ultrapassado este aspecto inicial, passamos a analisar uma segunda parte da conclusão referente à utilização da técnica do direito para solucionar a questão em debate.

Desta forma, mister salientar que a sistematização de nossa Constituição encontra no rol de intangibilidade, o limite de atuação do poder de reforma, situado no art. 60, § 4º. No inciso IV do respectivo dispositivo combinado com o art. 5º. XXXVI a proteção aos cidadãos ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

Desta forma, uma emenda constitucional, no caso a 41, não poderia alterar o núcleo intocável da CF/88, incluindo nova contribuição aos aposentados e pensionistas em afronta a direitos e garantias já incorporados no patrimônio jurídico dos mesmos.

Tanto não poderia, que a flagrante inconstitucionalidade foi, desde logo, percebida pelo Conselho Nacional dos membros do Ministério Público, que propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 3105/ DF) em relação a íntegra da referida emenda, sendo que a referida decisão – política- foi pela constitucionalidade do art. 4º. da salientada emenda.

Ora, por uma questão política, o recém-empossado governo fora afoito em demonstrar aos credores internacionais a liquidez brasileira capaz de fazer face aos contratos internacionais. Nesse aspecto, a tão esperada reforma da previdência saiu de forma contrária aos preceitos constitucionais, em comprometimento da segurança jurídica interna.

A decisão de nossa egrégia Corte foi no sentido de, por um caminho inverso de se inclinar pela inexistência de imunidade constitucionalmente atribuída àqueles cidadãos.

Nossa opinião se enverga no sentido de que, embora reconheçamos a necessidade de reforma não só na esfera previdenciária, imprescindível é a observação dos ditames pétreos, enquanto viger esta Carta, à proteção e resguardo do pilar da existência do Estado Democrático de Direito.

Um dos caminhos viáveis, mesmo que a longo prazo, como já frisado ao término do capítulo 03, é o apoio e confiança na instituição defensora dos interesses sociais, o Ministério Público.

Em trabalho que vem apresentando à sociedade, essa instituição tem sido de curial relevância, em seus procedimentos investigatórios, a desestabilizar quadrilhas responsáveis pelo rombo efetuado, sobretudo, nos cofres previdenciários.

Por essa razão, achamos que a atuação do governo fora desarrazoada, impensável, já que ao invés de ultrapassar ditames pétreos poderia ter adotado uma posição paralela à estrutura do Estado Democrático de Direito.

Bibliografia.

AGRA, Walber de Moura. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 640 p.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito adquirido*. Fórum Administrativo. Belo Horizonte, n. 15, v. 02, p. 579-587, maio/ 2002.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 10^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 493 p.

ANDRIOLI, Carlos Gustavo Nogari. *Limitações implícitas ao poder constituinte derivado*: Revista dos Tribunais – Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo, n.25, ano 06, p.187-203, out. /dez.1998.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do poder constituinte*: Revista Forense. Rio de Janeiro, n.281, v.01, p.79-96. 1983.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Livraria Almedina, 1994. 92 p

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 16^a. ed.. São Paulo: Saraiva, 1994. 400 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14^a. ed.. São Paulo: Malheiros, 2004. 806 p.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Limitações materiais ao poder constituinte originário*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, n.42, p.114-143, jan. /mar.2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 4^a.ed.. São Paulo: Saraiva, 2002. 1456 p.

_____. *Da reforma à mutação constitucional*: Revista de Informação Legislativa. Brasília, n.129, v.33, p.25-43, jan. / mar. 1996.

_____. *Elaboração e reforma das constituições*: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 203, p.75-106, jan. /mar. 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6ª.ed.. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª.ed.. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. *Reforma constitucional e direitos adquiridos*. Ajuris. Porto Alegre, n. 75, v. 26, p. 197-217, set. 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A revisão constitucional e a cidadania: A legitimidade do poder constituinte que deu origem à C.R.F.B 1988*: Fórum Administrativo. Belo Horizonte, n.07, v.01, p.882-889, set. 2001.

COUTINHO, Sayonara Grillo. *Poder constituinte reformador: Uma revisão conceitual*. Rio de Janeiro. 1996. 162 p. Tese (Mestrado em Ciências Jurídicas)- Departamento de Direito da PUC-Rio.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição brasileira de 1998, volume I*. 3ª.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. 581 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 22ª.ed.. São Paulo: Saraiva, 2001. 307p.

DANTAS, Ivo. *Direito adquirido, emendas constitucionais e controle da constitucionalidade*. 3ª. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 178 p.

DELGADO, José Augusto. *Propostas para a revisão constitucional de 1993*: Revista Forense. Rio de Janeiro, n. 324, v.89, p.69-74, out. / dez. 1993.

DUARTE, Antonio Pereira. *Da intangibilidade do direito adquirido: Diferenças ontológicas entre expectativas, aquisição e exercício de direito*: Revista Forense. Rio de Janeiro, n. 337, v.93, p.13-17, jan. / mar.1997.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Mutação, reforma e revisão das normas constitucionais*: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política/ Continua como/ RDCN. São Paulo, n. 05, v.02, p.5-24, out. / dez.1993.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 6ª.ed.. São Paulo: Saraiva, 1993. 673 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3ª. ed.. São Paulo: Saraiva, 1999. 204 p.

_____. *Curso de direito constitucional*. 24ª. ed.. São Paulo: Saraiva, 1997. 367 p.

_____. *Poder constituinte e direito adquirido: Algumas anotações elementares*: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 210, v.01, p.01-09, out. /dez.1997.

FRANCA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro*. 2ª. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. 583 p.

GARCIA, Maria. *Exercício do poder constituinte derivado*. Noções de um poder constituinte não originário. O poder constituinte instituído. Poder constituinte de revisão ou reformador. O poder constituinte decorrente: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política/ Continua Como/ RDCN São Paulo, n.11, v.03, p.31-48, abr. / jun.1995.

GUIMARAENS, Francisco De. *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 187 p.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3ª.ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 725 p.

LACERDA, Belizário Antonio de. *Direito adquirido*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 104 p.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 864p.

MACEDO, Amílcar Fagundes Freitas. *Reforma da previdência- emenda constitucional 41 e supressão de regra de transição- Proibição de retrocesso social*. AJURIS, Porto Alegre, n. 95, v. 31, p. 23-35, set. 04.

MAGANO, Octavio Bueno. *Revisão constitucional: Cadernos de direito constitucional e ciência política/ Continua Como/ RDCN*, São Paulo, n.7, v.2, p.108-112, abr./ jun.1994.

MEDINA, Liewellyn Davies A. *A constituição*. Poder constituinte originário, poder constituinte derivado, direitos subjetivos, direitos adquiridos: Revista de Informação Legislativa. Brasília, n.131, v.33, p.109-114, jul. / set. 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional – Tomo II Constituição*. 4ª. ed.. Coimbra, 2000. 326 p.

MORAES, Alexandre De. *Direito constitucional*. 16ª.ed.. São Paulo: Atlas, 2004. 863 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e revisão: Temas de direito político e constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. 527 p.

NASCIMENTO, Carlos Valder do; FERREIRA, Sérgio de Andréa; BARROS, Sérgio Resende de. *Reforma da previdência e contribuição dos inativos: Direito adquirido e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. 141 p.

NEGRI, Antonio; tradução PILATTI, Adriano. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. 480 p.

NOGUEIRA, José Geraldo Ataliba. *Limites à revisão constitucional de 1993*: Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 120, v.30, p.41-66, out. / dez.1993.

_____. *Revisão constitucional e abuso de poder*: Revista Forense. Rio de Janeiro, n. 323, v.89, p.67-69, jul. / set.1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; atualização: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Instituições de direito civil: Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil - volume I*. 20ª. ed. . Rio de Janeiro: Forense, 2004. 718 p.

PEREIRA, Joana Carolina Lins. *Direito adquirido e leis de ordem pública*: Revista Trimestral de jurisprudência dos estados. São Paulo, n. 176, v. 24, p. 35-55, maio/ jun. 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Limitações no direito adquirido*: AJURIS. Porto Alegre, n. 59, v. 20, p. 62-78, nov. 93.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. *A constituição e mudança constitucional*. Limites ao exercício do poder de reforma constitucional: Revista Forense. Rio de Janeiro, n. 324, v.89, p.23-39, out. /dez. 1993.

ROCHA, Maria Elisabeth Guimarães Teixeira. *As limitações ao exercício da reforma constitucional e a dupla revisão*: Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 118, v.30, p.19-30, abr. / jun.1993.

STF, ADI, n. 3.105/ DF, Rel.Min. Ellen Gracie, Brasília, 18 de agosto 2004.

STF, ADI, n. 939/DF, Rel. Min.Sydney Sanches, Brasília, 15 de dezembro de 1993.

SALDANHA, Nelson Nogueira. *O Poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. 103 p.

SALDANHA, Nivaldo Brum Vilar. *Poder constituinte e poder de reforma*: Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, n.34, p. 220-243, jan. / mar. 2001.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. 3ª. ed.. Salvador: Progresso, 1954. 116 p.

SANTOS, Fabiano Silva dos; Mollo, Renata. *A aplicabilidade da emenda constitucional nº. 41/03 nos entes federados*. Revista de Direito Social. São Paulo, n. 12, v. 04, p. 73-88, out./ dez. 2003.

SCHIMITT, Carl. *Teoria de la constitución*. Madrid: Alianza, 1982. 377 p.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa - Qu'est-ce que lê tiers état?* 3ª.ed..Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. 132 p.

SILVA, Gustavo da Costa Just e. *Os limites da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 283 p.

SILVA, José Afonso Da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª.ed.. São Paulo: Malheiros, 2001. 878 p.

_____. *Limitações ao poder de reforma constitucional*: Revista Forense. Rio de Janeiro, n. 259, v.73, p.73-76, jul. / set.1977.

_____. *Poder constituinte e poder popular* (Estudos sobre a constituição). São Paulo: Malheiros, 2000. 308 p.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado*: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n.226, p. 11-32, out. / dez. 2001.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Os direitos humanos como limitação material ao exercício do poder constituinte originário*. Rio de Janeiro. 1997. 91 p. Tese (Mestrado em Direito constitucional e teoria do Estado)- Departamento de Direito da PUC-Rio.

TORRES, Heleno Taveira. *Poder de revisão: Interpretação, autonomia e limitações*: Jurisprudência Brasileira. Curitiba, n.170, p.39-56, 1993.

TROMBINI JÚNIOR, Nelson. *Limites materiais da competência reformadora*. Revista de Direito Social. São Paulo, n. 06, v.02, p. 52-76, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. 256 p.

VERONESE, Osmar. *Constituição: Reformar para que (m)?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 228 p.