

A Constituição originária, a Constituição derivada e o direito adquirido: considerações, limites e possibilidades

Carlos Antonio de Almeida Melo

Sumário

1. Introdução. 2. Constituição, Constituições: diferenças. 3. Direito adquirido e outros institutos similares. 4. Constituição originária e direito adquirido. 5. Constituição derivada e direito adquirido. 6. Conclusões.

1. Introdução

O presente trabalho foi motivado por duas razões básicas. Em primeiro lugar, a existência de jurisprudência do STF dando conta que “não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do Poder Constituinte ordinário ou do Poder Constituinte derivado. Precedentes do STF” (RE nº 94. 414-SP)¹, citada em obra recente de Luís Roberto Barroso². A seguir, em função do advento da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que, ao dispor sobre fixação de subsídios e de teto remuneratório, fatalmente dará margem a inúmeros questionamentos sobre o tema, que, de resto, tem sido tratado com certa insistência pela doutrina, principalmente a partir da Constituição de 1988³.

Carlos Antonio de Almeida Melo é Professor da Faculdade de Direito da UFMT, Procurador do Estado de Mato Grosso, Professor de Direito Constitucional da Escola Judicial do TRT 23ª Região e membro do IJAP.

Este texto corresponde, com algumas modificações formais e acréscimos materiais, à palestra proferida sob o mesmo título no 1º Seminário do Instituto Jurídico Professor Alcedino Pedrosa da Silva (IJAP), sob o tema geral *Cidadania, Ensino Jurídico e Direito em Debate*, aos 7 de maio de 1999, no auditório da FAECC/UFMT, em Cuiabá, MT.

2. Constituição, Constituições: diferenças

A Constituição, como documento juspolítico⁴, possui hierarquia superior a todas as normas de um ordenamento jurídico e, na qualidade de Lei Máxima de um sistema jurídico, dispõe sobre a estruturação e a

organização do Estado, o exercício do poder político, dos direitos e garantias individuais, coletivos e sociais e das atividades concernentes à ordem cultural, econômica e social dentro de determinado território, consolidando um projeto de dominação. Ademais, a Constituição também estabelece normas sobre a criação de outras normas, na qualidade de *pressuposto da produção normativa do Estado*⁵.

Essa dupla significação, jurídica e política, deve-se a sua característica de, concomitantemente, estabelecer normas jurídicas que, em resumo, ordenam e estruturam a vida estatal, além de dispor acerca de decisões políticas fundamentais para a sociedade. Em matéria constitucional, o entrelaçamento entre o político e o jurídico já fora vislumbrado por Emmanuel Sieyès, em 1788, por meio de panfleto político célebre (*O Que é o Terceiro Estado?*), distinguindo, inauguralmente, poder constituinte e poderes constituídos; Ferdinand Lassalle, em 1862, em conferência famosa (*A Essência da Constituição*), quando afirmava que os problemas constitucionais não são de direito, mas de poder; e por Carl Schmitt, em 1928, em sua *Teoria da Constituição*, quando entendia que o político é antecedente necessário do jurídico, e o momento da decisão é o momento político de todo direito, daí conter a Constituição, como matéria essencial, *decisões políticas fundamentais*.

Todavia, essas decisões políticas fundamentais não se bastam carecendo de normas e instituições que as tornem realizáveis, que possibilitem seu aparecimento na concretude do mundo. Em face disso, Manuel Garcia-Pelayo alerta que

“tais decisões nada seriam se não se desenvolvessem em um sistema de normas e entidades concretas, e se é certo que tais normas e entidades carecem de sentido se não estão vinculadas em relação teleológica com as ditas decisões, não é menos certo que estas só têm sentido constitucional em sua vinculação com aquelas”⁶.

Assim, a par da efetividade e aplicabilidade de suas normas, precisa estar a Constituição imersa na realidade social a que dá contornos e configuração e da qual recebe os influxos de atualização, mudança e alteração. Dito de outra forma: o campo jurídico demarcado pela Constituição como norma superior deve, necessariamente, estar envolvido e impregnado pela realidade social que o abrange e circunscreve. De outra via, essa mesma realidade social exige transformações inadiáveis no campo jurídico, com reflexos no texto constitucional.

É justamente a relação dialética entre a Constituição e a realidade social que guarda a distância entre a folha de papel lassalleana e o sentimento constitucional ao qual se referia Karl Loewenstein e pelo qual clamam as forças transformadoras de qualquer grupo social em relação à lei superior do ordenamento jurídico. Enfim, o mínimo de distância que se pode exigir entre o dever-ser normado e o ser socialmente tido como existente.

Nos sistemas de Constituição rígida⁷, em que é exigido um rito especial para alteração formal do texto, toda norma inserida em seu contexto passa a integrar a Lei Fundamental, embora, por sua natureza, possa não se referir à matéria essencialmente constitucional, não configurando, dessa forma, decisão política fundamental⁸, ou seja, sua dimensão política referendada juridicamente.

Desse atributo formal da rigidez deriva o princípio da supremacia da Constituição em relação às demais normas do sistema jurídico. Essa característica se subdivide em *supremacia formal*, significando que a Constituição deriva da vontade popular expressa mediante um processo todo especial de exercício do poder político (poder constituinte originário), presumindo-se alto grau de legitimidade popular⁹ e revelando a relação de hierarquia entre o texto constitucional e os demais atos normativos em geral; e *supremacia material*, no sentido que nela estão contidas as normas essenciais de estruturação da entidade estatal, de limi-

tação do exercício do poder e de garantias individuais, coletivas e sociais. Em face disso, funciona como fundamento de validade para todas as demais normas do sistema, que fica hierarquicamente estabelecido.

Assim, em face da nova Constituição, fica concretizado, no interior do ordenamento jurídico, um relacionamento vertical superior/inferior (↓) quanto às demais normas infraconstitucionais, conseqüência da supremacia formal, e, ao mesmo tempo, outro vertical inferior/superior (↑), em função do novo fundamento de validade estabelecido para todas as normas do sistema (Figura 1).

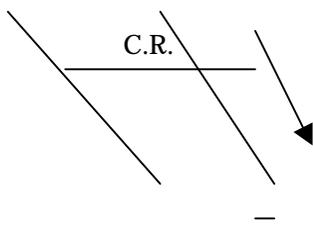


Figura 1

Embora a Constituição seja um conjunto ordenado e sistemático de normas, e não a reunião de normas esparsas e dispersas, sob o ponto de vista do controle das normas constitucionais de reforma, pode-se dizer que há duas Constituições que se integram dialeticamente em determinado período de vigência: o *texto originário*, tal qual promulgado ou outorgado em sua versão original, e o *texto derivado*, objeto de maior ou menor número de reformas, seja à guisa de revisão, de emenda ou de ambas as modalidades.

Assim, de modo mais metafórico e didático que dogmático, pode ser estabelecida a diferença entre a Constituição originária, como o íntegro resultado do exercício do poder constituinte originário, e as Constituições derivadas, como o resultado das sucessivas reformas ou alterações daquele texto por obra do legislador no exercício do poder constituinte derivado.

As conseqüências dessa distinção repercutirão decisivamente nos tópicos seguintes.

3. Direito adquirido e outros institutos similares

Desde os estudos de Ferdinand Lassalle, Léon Duguit e C. F. Gabba, o tema do direito adquirido vem ocupando a pauta de discussão de juristas e jusfilósofos, sendo considerado pela doutrina como o grande corolário do século XX (Lassalle, *Sistema dos Direitos Adquiridos*, de 1861)¹⁰.

Mesmo estando relacionado à segurança e previsibilidade das relações jurídicas, e, como tal, de amplo domínio em diversos setores da sociedade, mesmo fora do campo jurídico, o princípio do direito adquirido, como impeditivo da retroatividade da norma jurídica, não se revela em sua essência com facilidade.

Como forma de fugir a uma impossível definição plenamente satisfatória, parte dos doutrinadores preconiza que os elementos básicos do direito adquirido só poderiam ser estabelecidos na apreciação cuidadosa de cada caso concreto. Não obstante, diversos autores tentaram a conceituação do instituto e alguns ordenamentos jurídicos, como o brasileiro (art. 5º, inciso XXXVI, C.R., e art. 6º, § 2º, Lei de Introdução ao Código Civil), fixaram seus termos em norma legal.

O sempre lembrado conceito do jurista italiano C.F. Gabba estabelece que

“é adquirido todo direito que: a) é conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se viu realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo, e que; b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu”¹¹.

Resumidamente, é aceito entre os doutrinadores, com forte respaldo jurisprudencial,

que o direito adquirido possui as seguintes características:

a) refere-se a uma situação do *passado*;

b) é aquele cujo exercício esteja inteiramente ao arbítrio de seu titular, pois:

I – originou-se de fato jurídico de acordo com a lei do

tempo em que se formou;

II – entrou para o patrimônio do indivíduo;

c) ou depende apenas (para estar ao arbítrio do titular):

I – de um termo¹² ou prazo¹³ já fixado (direito a termo) ou;

II – de uma condição (direito condicional¹⁴) já estabelecida inalterável ao arbítrio de outrem.

Em suma, na imagem empregada por Epitácio Pessoa¹⁵, para que haja direito a alguma coisa, é necessário que essa coisa exista, isto é, devem ter ocorrido todas as condições essenciais (que são as determinadas pela lei), sem as quais não existirá. Enquanto a coisa não existe, há mera expectativa, que depende de acontecimentos futuros para se converter em direito adquirido.

Dessa forma, a barreira erguida pelo direito adquirido impede a retroatividade da lei nova que dê tratamento diverso à matéria, que apenas incidirá sobre aquelas situações que não se consolidaram sob a égide da norma anterior.

Fatalmente, na apreciação do tema, destacam-se as tentativas de diferenciar direito adquirido, de um lado, e a expectativa de direito e as meras faculdades de outro. Pode-se entender que, enquanto aquele já pode ser exercido por seu titular, ou já teria começo de exercício prefixado em termo inalterável ou condição imutável (art. 6º, § 2º, Lei de Introdução ao Código Civil), a expectativa de direito consiste na *esperança* da aquisição de direito fundada nas normas vigentes à época e nas faculdades jurídicas, como a *possibilidade* da prática de certos atos concedida pela lei aos indivíduos, que podem ser retiradas do texto legal a qualquer tempo¹⁶.

O princípio do direito adquirido desenvolveu-se plenamente nos domínios do direito privado como instrumento de proteção do direito dos indivíduos, sendo mais recente sua formulação na órbita publicística. Isso se deve a que, a despeito de a distinção entre os ramos público e privado do direito já ser reconhecida no direito romano desde os primeiros tempos, no período medieval ter perdido essa nitidez em face do esfacelamento do poder, ressurgindo nos primórdios da era moderna com o advento de um poder central e a elaboração dos conceitos de Estado nacional, soberania e Constituição.

O surgimento do conceito de Constituição, como elemento de afirmação dos direitos burgueses, a partir do advento histórico do Estado moderno, acelera a consolidação dos ramos do direito público pelo surgimento de novos institutos e princípios próprios. Essa autonomia epistemológica do direito público moderno, situada por volta do século XVIII, acompanhando a maior presença e atuação do Estado no campo social, foi seguida por medidas de interferência no âmbito do direito privado, como a edição de leis de ordem pública, de restrições ao uso da propriedade e ao exercício de atividades, de normas de proteção à família e outras.

A despeito disso, pelo menos nos sistemas jurídicos de origem romano-germânica como o brasileiro, constata-se uma interpenetração muito intensa entre os dois grandes ramos do direito, embora sejam informados por princípios, normas e institutos específicos. Para Di Pietro¹⁷, “quanto mais o Estado intervém no âmbito da atividade privada, seja para regulamentar, fiscalizar ou restringir, seja para exercê-la diretamente, mais se acentua a interpenetração”.

Dessa forma, de princípio concebido pelo direito privado como projeção da irretroatividade das leis para a proteção de direitos primordialmente individuais, o direito adquirido ingressa na órbita publicística e, particularmente, na esfera do direito constitucional, na esteira das declarações de di-

reitos do século XVIII, arrolado entre as garantias e direitos fundamentais do cidadão.

É inegável a indelével marca do ideário burguês revolucionário de então, no princípio do direito adquirido, como mecanismo invocado em nome da segurança jurídica, de mantenedor de quaisquer situações consolidadas pelas leis da época, independentemente de outras considerações. Quer dizer, o princípio do direito adquirido, tão caro aos ordenamentos jurídicos contemporâneos, surge, em verdade, com a finalidade precípua de assegurar a propriedade de certos direitos da classe politicamente dominante em detrimento dos demais integrantes da sociedade.

A partir de então, o tratamento do direito adquirido ganha contornos diferenciados ao ser abordado pela ótica do direito constitucional, preconizando alguns autores que não pode ser absorvido em sua concepção privatística, sob pena de *arriscar a dinâmica das normas fundamentais*¹⁸.

4. Constituição originária e direito adquirido

A Constituição, enquanto manifestação do poder constituinte originário e soberano com titularidade popular, é dotada de fundamentalidade e inicialidade. Fundamentalidade, na medida em que delinea as bases e os fundamentos em que será estabelecido um novo ordenamento jurídico; inicialidade, pois consubstancia um novo sistema constitucional, rompendo, de maneira diametralmente oposta ou não, com a ordem anterior. É desse segundo atributo que falam Georges Burdeau e outros ao mencionar a nova *idéia de direito* incorporada no texto originário¹⁹. É a essa *idéia de direito* que a Constituição vincula o poder, impondo diretrizes, exigências e limitações para seu exercício e suas realizações.

Enquanto não subsiste dúvida quanto à força do exercício originário do poder constituinte, há profundas dissensões em relação ao efetivo momento histórico de exercício desse poder. Ensina Canotilho que

há *continuidade formal* do direito constitucional quando uma ordem constitucional, apesar da alteração normativa, reconduz-se, jurídica e politicamente, à ordem constitucional anterior. Por outro lado, ocorre *descontinuidade formal* quando uma nova ordem constitucional implica uma ruptura (revolucionária ou não) com a ordem constitucional anterior. Enfim, fala-se de *descontinuidade formal e material* quando, além da ruptura formal (descontinuidade formal), verifica-se a “destruição”²⁰ do antigo poder constituinte por um novo, alicerçado num título de legitimidade substancialmente diferente do anterior²¹.

Baseado nessas distinções, Luís Roberto Barroso²² classifica a Constituição da República de 1988 no elenco da descontinuidade material, por haver coroado um movimento popular reivindicatório pelo qual retomou a soberania popular o poder constituinte usurpado desde 1964, asseverando:

“Mais do que em qualquer outro momento na história brasileira, a Constituição de 1988 é produto legítimo do exercício da soberania popular, com as virtudes e vícios que daí advêm, sobretudo quanto às imperfeições do sistema representativo”.

Por outro lado, Manoel Gonçalves Ferreira Filho²³ entende, como outros, que a Constituição de 1988 não foi obra do poder constituinte originário, mas, em face da convocação do Congresso Nacional investido de poderes especiais de reforma pela Emenda Constitucional nº 26/85, resultou de uma “reforma constituinte” sem as limitações das cláusulas pétreas então vigentes (que apenas proibiam a abolição da Federação e da República), o que mais parece a descrição do exercício do poder constituinte originário com outra nomenclatura.

De toda sorte, embora alguns poucos ainda entendam estar o exercício do poder constituinte originário vinculado e adstrito apenas às grandes fraturas provocadas por processos revolucionários radicais²⁴, nos

moldes da americana, da francesa e da soviética, por exemplo, toda ruptura na estrutura política, econômica, social e institucional do Estado, implicando transformações de maior ou menor calibre e envergadura, mesmo que por meios pacíficos, reclama a adoção de uma nova ordem jurídica que a legitime, carecendo, assim, da edição de um novo texto constitucional, dotado de nova legitimidade, que espelhe as novas expectativas sociais.

Não estando sujeito a limitações de natureza jurídica, nem mesmo sendo inibido pelo texto constitucional em vigor no momento em que está sendo exercido, o poder constituinte originário, impelido pela força da soberania popular, tem o condão de promover profundas e substanciais alterações no desenho da estrutura estatal, bem como na própria ordem jurídica.

Nesse momento, isto é, no *momento constituinte originário*, nenhum instituto da ordem jurídica então em vigor está ao resguardo de mudanças e modificações, pois o poder originário não se compadece com o regime anterior, comprometido que está, somente, com a imposição de uma nova ordem constitucional e, conseqüentemente, jurídica, isto é, a *nova idéia de direito*.

É nessa perspectiva que ganha sentido a afirmação que *não há direito adquirido contra a Constituição*, isto é, apenas o poder constituinte originário, que sofre limitações tão somente de ordem política, tem o condão de desconstituir situações consolidadas sob a égide do ordenamento jurídico anterior. Se o fundamento da proteção ao direito adquirido repousa na existência de norma anterior, que, por sua vez, encontra fundamento de validade na norma fundamental então vigente, suprimida esta, apenas estaria mantido o direito se admitido pela nova Constituição ou se a norma que lhe dá sustentação houver sido recepcionada.

É em função disso que Carmen Lúcia Antunes Rocha formula a seguinte síntese:...

“o direito adquirido sob a égide de valores desacolhidos e de normas

desfeitas não subsiste, quando do advento da nova ordem constitucional, senão se a situação jurídica subsumida ao ordenamento anterior tiver produzido os seus efeitos e estes tiverem se consumado ainda na vigência daquela, portanto, então, se trataria de direito consumado”²⁵.

Observe-se que o exercício dessa avassaladora prerrogativa, na prática, depende de considerações de natureza histórica e cultural que, de toda forma, estão contidas nas limitações essencialmente políticas do poder originário.

De outra via, o desfazimento de situações consolidadas pode-se dar de duas maneiras. Ou por incompatibilidade com os princípios e o regime adotados pela nova Constituição, ou vem formulado de maneira expressa por determinados dispositivos. Como exemplo da primeira situação, um novo texto constitucional que abolisse o direito de propriedade estaria, em decorrência, extinguindo todos os direitos a ela inerentes. No segundo caso, o preceito expresso no art. 17, ADCT, da Constituição da República de 1988 impede a invocação de direito adquirido nos casos de percepção de quaisquer verbas, proventos ou vantagens em desacordo com o novo texto constitucional.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁶ distingue duas situações: os direitos eventualmente adquiridos *em decorrência de normas materialmente constitucionais* não prevalecem em face da mudança dessas normas pela nova Constituição; ao passo que os direitos adquiridos *em razão de normas formalmente constitucionais* de uma Constituição persistem sob a Constituição posterior, pois não são elas essenciais à estrutura do Estado. Essa última persistência ocorre salvo extinção expressa de tais direitos.

Outras situações se afiguram em relação ao texto constitucional inovador em face das transformações que sua promulgação ou outorga promovem na ordem jurídica. A doutrina, com pequenas variações, conside-

ra que o advento de uma nova Constituição promove as seguintes conseqüências:

a) revogação imediata e total da Constituição anterior;

b) provoca, a rigor, em função da instauração de uma nova ordem jurídica, um “zeramento normativo” subconstitucional;

c) em face da impossibilidade desse absoluto vazio infraconstitucional, promove a revogação apenas das normas legais incompatíveis com seus princípios e dispositivos, recepcionando as demais;

d) na mesma medida em que revoga as normas incompatíveis, fornece novo fundamento de validade para as normas recepcionadas.

Em face desses efeitos, mormente o rompimento com a estrutura jurídica anterior e a instauração de um novo fundamento de validade na ordem jurídica, a eficácia das normas constitucionais apresenta-se plena e imediata, com algumas variações²⁷, o que desloca a análise do direito adquirido sob o prisma da Constituição originária.

Aqui, em verdade, trata-se da incidência do princípio da recepção das normas infraconstitucionais anteriores que possibilitará a sobrevivência ou não do direito adquirido e não de manutenção de direito adquirido sob a égide de normas do sistema anterior.

Assim não fosse, impossibilitada estaria a nova Constituição de cumprir sua missão de inicialidade, de substituir a ordem jurídica vigente e de instaurar um novo modelo de estrutura estatal, social e jurídica, que consubstancia e corrobora o exercício do poder constituinte originário, não podendo este, que traduz a soberania popular em seu mais alto grau de legitimidade, ser detido, entravado ou frenado por um mecanismo de proteção de direito individual.

O novo projeto político-jurídico contido na Constituição não sofre, pois, as peias do direito adquirido nem do princípio da não-retroatividade das leis, podendo incidir sobre fatos passados de efeito contínuo que

persistam sob as novas normas constitucionais, retroagindo quando houver expressa menção, como, por exemplo, o inciso XL, art. 5º, da Constituição da República.

Sob o prisma meramente dogmático, é ainda Carmen Lúcia Antunes Rocha que assevera:

“A transformação normativa fundamental atinge exatamente as situações que, positivadas de uma maneira, contrariam os legítimos interesses e tendências do povo. Logo, se o princípio do direito adquirido fosse aplicado ao Direito Constitucional, ele teria o condão de ser supraconstitucional e de ser impeditivo da natureza fundamental da norma constitucional e não mera opção do sistema e preceito por ele validado e dirigido ao legislador infraconstitucional”²⁸.

Quanto à retroatividade, embora reconhecendo o caráter essencialmente constitucional da matéria, José Eduardo Martins Cardozo alerta que a atual Constituição, a exemplo dos textos de 1934, 1946 e 1967, não consagra expressamente o princípio da irretroatividade ou da retroatividade das leis, limitando-se a estabelecer (art. 5º, inciso XXXVI) o princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, cabendo à legislação ordinária estabelecer qual dos princípios regerá a matéria²⁹.

Nesse sentido, o STF averba que:

“O princípio da irretroatividade ‘somente’ condiciona atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, em ordem a inibir a ação do Poder Público eventualmente configuradora de restrição gravosa (a) ao *status libertatis* da pessoa (CF, art. 5º, XL), (b) ao *status subjectiois* do contribuinte em matéria tributária (CF, art. 150, III, a) e (c) à segurança jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 5º, XXXVI). Na medida em que a retroprojeção normativa da lei ‘não’

gere e nem produza os gravames referidos, nada impede que o Estado edite e prescreva atos normativos com efeito retroativo”³⁰.

Silente nossa Constituição em relação também à temporalidade de suas próprias normas, ou seja, quanto ao seu normal âmbito de atuação temporal (deverá atuar com efeitos imediatos, pretéritos ou futuros?), deve-se entender que, em conformidade com o princípio da normalidade da vida jurídica, salvo expressa disposição em contrário do texto originário, os efeitos cronológicos de suas normas coincidem com sua promulgação.

Esse princípio da imediata incidência das normas constitucionais já era ressaltado pela doutrina, como se colhe em Pontes de Miranda³¹, quando destaca que

“É princípio básico o ‘princípio da imediata incidência das regras jurídicas constitucionais’, salvo se a própria Constituição protraí a incidência de alguma ou de algumas de suas regras jurídicas, ou se retrotraí. (...) à própria Constituição ficou a possibilidade de afastar, implícita ou explicitamente, o princípio do respeito ao que surgira em virtude de incidência de lei anterior, inclusive da Constituição. (...) Poderia ressaltar. Senão ressaltou, não cortou.”

Segue a mesma orientação acerca das relações entre a Constituição nova e os direitos e garantias individuais, mas destacando que a retroatividade deve ser expressa, Wilson de Sousa Campos Batalha ao afirmar que “as normas constitucionais relativas aos direitos e às garantias individuais têm incidência imediata, não atingindo, entretanto, o passado senão quando expressamente retroativas”³².

Todavia, sob o prisma da Constituição derivada, as coisas se passam em outras medidas, em outros parâmetros que, uma vez desconsiderados, promovem e distorcem inapelavelmente os princípios adotados pelo constituinte e plasmados na Constituição originária.

5. Constituição derivada e direito adquirido

Uma vez exercido o poder constituinte originário, que possui limitações apenas de natureza política ou extrajurídica, repita-se, fica estabelecido o texto constitucional vigente a partir de determinado marco temporal. As alterações posteriormente promovidas na Constituição são efetivadas por meio do exercício do poder constituinte derivado ou de reforma, mediante revisões ou emendas, conforme estabelecido no texto originário, como expressão da vontade e da legitimação popular.

A cada renovação dos Parlamentos, os representantes políticos eleitos figuram como exercentes, sob determinadas formalidades, do poder constituinte derivado, que permanece, como resquício da vontade do poder constituinte originário, na sede do órgão legislativo por vontade expressa da soberania popular³³. Daí, inclusive, a superioridade deste em face daquele.

A previsibilidade de reforma, por meio de um processo especial, do texto constitucional estabelecido busca o equilíbrio entre duas situações: a necessidade de a Constituição ser dotada de estabilidade sem, contudo, tornar-se estática. Quer dizer, ao mesmo tempo buscar sua integração à realidade social na qual se insere, sem que isso implique fraudar seus valores originários e a nova *idéia de direito*, como afirma Georges Burdeau, incorporada no texto originário. Enfim, o tema transita entre as palavras de Anschütz³⁴ (“dilucidar se a Constituição está acima ou à disposição do legislador constitucional”) e a afirmação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“Se há incompatibilidade e choque entre o texto constitucional e a realidade política, econômica, social e cultural, pode-se estar certo: a mudança acabará sendo do texto, e não da realidade. Assim, a primeira condição de permanência de uma Constituição está na própria possibilidade de se renovar sem ruptura”³⁵.

As emendas à Constituição, em regra, contêm apenas disposições modificativas, aditivas ou supressivas do texto constitucional originário e, enquanto tal, não exigem maiores cogitações, pois que se integram ao texto ou dele suprimem o que determinam com a promulgação.

Por outro lado, há emendas que possuem *artigos próprios*, isto é, disposições que não promovem modificações, adições ou supressões ao texto constitucional, mas traçam *também* normas relacionadas ao contido na própria emenda, funcionando como verdadeiras “disposições transitórias” ou normas de transição de seu texto. A rigor, deveriam ser incluídas nas disposições transitórias da Constituição originária (ADCT) em nome da técnica legislativa. Inocorrendo essa hipótese, principalmente quando em grande número, os artigos próprios da emenda *não* podem ser entendidos como integrados ao texto constitucional, por impossibilidade técnico-dogmática, mas incidem transitóriamente quando da aplicação do texto modificado, sendo de *hierarquia paraconstitucional* enquanto não perderem a eficácia, exaurindo seus efeitos e normativamente sucumbindo aos inexoráveis efeitos do tempo.

Consistindo em exercício do poder constituinte derivado, a atividade legislativa de reforma da Constituição sofre limitações contidas nos princípios adotados pelo sistema constitucional vigente e nas demais normas que disciplinam o processo legislativo de emenda. Essa situação privilegiada gerada pela maior garantia de permanência, característica das Constituições rígidas, é designada pela doutrina francesa (Maurice Hauriou, entre outros) *supralegalidade constitucional*. Entre essas limitações se destacam, quando adotadas, as denominadas “cláusulas pétreas”³⁶, que configuram limites materiais ao poder de rever ou emendar a Constituição em vigor.

A designação dessas limitações recebe múltiplas denominações, merecendo destaque a expressão *cláusulas superconstitucio-*

nais, empregada por Oscar Vilhena Vieira, quando considera que tais dispositivos,

“além da proteção da estrutura central do poder contra uma total ruptura, buscam impedir que mudanças constitucionais ‘normais’ gerem uma erosão dos princípios e valores básicos da Constituição. A partir da Lei Fundamental de Bonn, não protegem apenas a integridade do Estado, mas também os direitos fundamentais, o Estado de Direito e a democracia, passando, assim, a uma função *ex parte populi*”³⁷.

As denominadas limitações materiais ou disposições intangíveis, que protegem de qualquer modificação determinadas normas constitucionais, envolvem tema que tem suscitado grandes debates entre constitucionalistas e juspublicistas. Os autores distinguem basicamente duas situações: há as medidas estabelecidas expressa e articuladamente (intangibilidade articulada) e a identificação de valores fundamentais da Constituição que, embora não estejam expressos em disposições constitucionais concretas e específicas, são “implícitos”, “imanescentes” ou “inerentes” à própria Constituição, falando-se, então, de limitações explícitas e implícitas, respectivamente.

Abordando o tema, Karl Loewenstein³⁸ afirma que as limitações explícitas implicam que determinadas normas constitucionais sejam subtraídas a qualquer emenda por meio de uma vedação jurídico-constitucional, enquanto nas limitações implícitas a proibição de reforma produz-se a partir do “espírito” ou teleologia da Constituição, sem uma proclamação expressa em uma proposição jurídico-constitucional.

As limitações implícitas, por se referirem a princípios e valores ideológicos fundamentais imanescentes à Constituição, configuram limites não articulados ou tácitos, que alguns autores, como Loewenstein³⁹, atribuem a um renascimento do direito natural em oposição ao positivismo jurídico. Não obstante, essas limitações também vinculam

a atividade constitucional de reforma, como bem acentua Paulo Bonavides ao afirmar que o poder de reforma constitucional é circunscrito a limitações tácitas, decorrentes dos princípios e do espírito da Constituição:

“Estas limitações tácitas são basicamente aquelas que se referem à extensão da reforma, à modificação do processo mesmo de revisão e a uma eventual substituição do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário. (...) Há também reformas parciais que, removendo um simples artigo da Constituição, podem revogar princípios básicos e abalar os alicerces a todo o sistema constitucional, provocando, na sua inocente aparência de simples modificação de fragmentos do texto, o quebramento de todo o espírito que anima a ordem constitucional”⁴⁰.

A essas situações em que, sob a designação de reforma ou alteração meramente formal, é ferido o fundamento e a idéia de direito do texto, a doutrina não se apresenta acorde quanto à denominação, empregando diversas expressões, como *quebramento constitucional da Constituição*⁴¹ e *fraude à Constituição*⁴², sendo esta última também utilizada para caracterizar interpretações que afrontem, por *contornamentos dissimulatórios*, o sistema de princípios e valores abrigado pelo texto constitucional⁴³.

Quanto às limitações explícitas ou materiais expressas (as denominadas “cláusulas pétreas”), não menos polêmica despertam entre os juspublicistas, podendo-se agregar, a despeito de algumas gradações, em duas grandes correntes: aqueles que são contrários às limitações materiais e os que admitem a existência desses dispositivos. A primeira posição também é denominada *compreensão material da Constituição*, enquanto a segunda é rotulada de *compreensão dogmático-formal de Constituição*⁴⁴.

No primeiro grupo, sobrepára a idéia que uma geração não pode sujeitar as gerações futuras às suas leis⁴⁵, não se

congelando a legitimidade do texto constitucional em cláusulas que possuem a mesma natureza hierárquica que as demais, podendo-se alinhar diversas posições.

1^a – Há ausência de legitimidade nos limites materiais, resumida por Jorge Miranda⁴⁶ nos seguintes pontos:

a) inexistência de diferença de raiz entre o poder constituinte e o poder de revisão, pois ambos expressam a soberania do Estado por meio de representantes eleitos⁴⁷;

b) inexistência de diferença entre normas constitucionais originárias e supervenientes, pois estão ambas inseridas no mesmo sistema normativo;

c) inexistência de diferença entre matérias constitucionais, tendo todas o mesmo valor, pois constantes da mesma Constituição formal.

2^a – As cláusulas pétreas são inúteis e até contraproducentes, sendo os principais argumentos assim resumidos por Vanossi⁴⁸:

a) privam o poder constituinte reformador de sua função essencial, que é a de evitar ou fazer aparecer um poder constituinte revolucionário⁴⁹;

b) pecando pela soberba da eternidade, essas proibições só se conseguem manter em tempos de normalidade e estabilidade, fracassando em épocas de crise;

c) consistem em um renascimento do direito natural como defesa frente ao positivismo, pretendendo fulminar com a nulidade a intenção de provocar mudanças nas estruturas constitucionais;

d) antes de um problema jurídico, é uma questão de crenças, não devendo ser um obstáculo a que cada geração seja artífice de seu próprio destino;

e) cita o argumento de Biscaretti di Ruffia: assim como se admite que um Estado possa decidir, com um procedimento plenamente jurídico, sua própria extinção, não se compreende que esse mesmo Estado não possa modificar de forma substancial seu ordenamento supremo, ou seja, sua própria Constituição, ainda atuando sempre no âmbito do direito vigente.

3ª – Baseando-se nos arrazoados de Jorge Miranda, Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵⁰ apresenta os seguintes argumentos:

a) o povo não perde a soberania pelo fato de seus representantes constituintes terem concluído seu trabalho original (ou inicial);

b) o processo é permanente e a legitimidade não cristalizará em cláusulas que têm a mesma eficácia e hierarquia de qualquer outra;

c) é mais racional refletir as transições e mudanças políticas e sociais mediante revisões que optar por *salvaguardar a formalidade ilegítimada*, arriscando toda a Constituição a um rompimento indesejado;

d) é preferível uma *transição por transação*, como promovida na Espanha, na passagem do regime franquista para o democrático (1976/1977), e no Brasil, com a Emenda Constitucional nº 26, de 27/11/85, que admitiu uma “revisão” *sui generis* em plena vigência da Constituição de 1967, alterada pela Emenda de 1969;

e) ninguém alegou que os constituintes de 1988, convocados por uma emenda, estariam adstritos às cláusulas pétreas da Constituição de 1967/69, em pleno vigor.

4ª – Também entre nós, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵¹, referindo-se à Constituição da República de 1988, entende que a intocabilidade das cláusulas pétreas não é um dogma, pois,

“do ângulo do direito positivo, a experiência brasileira mostra ser possível a uma Emenda afastar a aplicabilidade de ‘cláusulas pétreas’, como uma Constituição, obra de uma ‘reforma constituinte’, estabelecer diversas, sem, todavia, restaurar uma delas, anteriormente afastadas. De qualquer modo, as matérias protegidas por ‘cláusulas pétreas’ não podem ser abolidas – porque só o abolir é que estas impedem – salvo por um processo em duas etapas, a primeira, de supressão da cláusula protetora, a segunda, atingindo o princípio, regra ou instituto envisado”.

5ª – As cláusulas pétreas podem ser submetidas ao procedimento de *dupla revisão*, assim sintetizada por Jorge Miranda:

“As cláusulas de limites materiais são possíveis, é legítimo ao poder constituinte (originário) decretá-las e é forçoso que sejam cumpridas enquanto estiverem em vigor. Todavia, são normas constitucionais como quaisquer outras e podem elas próprias ser objecto de revisão, com as conseqüências inerentes”⁵²,

ou seja, as cláusulas explicitadoras de limites são obrigatórias *enquanto estiverem em vigor*, sendo tão obrigatórias quanto as demais normas constitucionais, embora possam ser revistas da mesma forma que estas.

6ª – Pode ser citado ainda o grupo que defende a tese da existência não de cláusulas, mas de *conteúdos pétreos*, como falava Bidart Campos⁵³, ou de *princípios superiores* como limites materiais, que expressam valores impostos a todos, seguindo a síntese de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵⁴:

“Em conseqüência, as normas constitucionais, enquanto ‘expressões positivas’, não são suscetíveis de hierarquização; mas, enquanto ‘expressões principiológicas’ o são, podendo servir de ‘limites materiais’, tanto para o constituinte derivado, da emenda ou da revisão, quanto para o próprio constituinte originário”.

Essa posição também é referendada por Jorge Miranda, quando afirma que os limites materiais da Constituição são afetados não por modificação das cláusulas explícitas, mas quando são atingidos os princípios superiores da própria Constituição⁵⁵.

O segundo grupo é formado pelos juristas que não apenas admitem as cláusulas pétreas ou limitações materiais, como preconizam enfaticamente sua prevalência sobre o poder de emenda, rechaçando veementemente o processo de dupla revisão. O argumento recorrente consiste na superioridade do poder constituinte originário sobre o poder de reforma. Algumas posições.

1ª – Somente o poder constituinte originário pode substituir uma Constituição por outra. Vital Moreira⁵⁶, comentando por esse prisma a tese da dupla revisão, fala em tentativa de legitimar e constitucionalizar uma *ruptura constitucional a frio*, acrescentando que nenhuma Constituição, de fato, pode impedir que a soberania popular gere uma nova Constituição, mas o que ela pode impedir é que *uma nova Constituição seja gerada “juridicamente” a partir de si mesma.*

2ª – Sobre a tese da dupla revisão, M. Galvão Teles⁵⁷ afirma que “não faz sentido admitir que um preceito que quer tornar inalteráveis certos princípios se deixe ele próprio alterar”. Ao que acresce ironicamente Vital Moreira: “seria o mesmo que admitir que um automobilista, embora deva respeitar um sinal de sentido proibido, pode porém apagar-se, retirar o sinal, e então avançar...legalmente!”

3ª – Inexiste também a *reforma total* da Constituição, pois o objetivo não é elaborar um novo texto constitucional, mas

“apenas modificá-lo ao sabor de situações novas, que reclamem uma atualização da Lei das Leis. Admitir a ‘reforma total’ de um Documento Supremo seria promover aquela imagem segundo a qual a criatura (poder reformador) rebelou-se contra o seu criador (poder constituinte originário)”⁵⁸.

4ª – Configura *fraude à Constituição* o processo de dupla revisão, pois agride a superioridade da atividade constituinte de primeiro grau, colocando em risco a própria Constituição. Nesse elenco, Uadi Lamêgo Bulos⁵⁹ entende que os limites materiais não podem ser suprimidos pelo legislador reformador pelo processo de dupla revisão por serem esses limites

“imprescindíveis e insuperáveis. Imprescindíveis, porque simplificar as normas que estatuem limites, outrora depositados pela manifestação constituinte originária, é usurpar o caráter fundacional do poder

criador da Constituição. Insuperáveis, pois modificar as condições estabelecidas por um poder mais alto – o poder constituinte inicial, com o escopo de reformar o processo revisional, é promover uma ‘fraude à Constituição’ – *Verfassungsbeseitigung*, dos juristas alemães.”

5ª – Há um núcleo irreformável, mas não intangível na Constituição, pois pode ser objeto de ampliação e acréscimo, jamais de supressão ou restrição. É como entende Vital Moreira⁶⁰ em relação ao art. 290 da Constituição portuguesa. Também Flávio Bauer Novelli⁶¹, utilizando argumento literal, alerta para que a expressão contida no § 4º, art. 60, CR 1988 (que estabelece as denominadas limitações materiais), *emenda tendente a abolir*, não significa que está vedada qualquer espécie de emenda, mas apenas a emenda capaz de suprimi-los ou que os desfigure ou torne impraticáveis, concluindo:

“uma emenda constitucional ‘tende a abolir’ um direito ou garantia individual ou um princípio estrutural (e é, então, mas só então, ‘proscrita’), não apenas ‘quando de fato os suprime, mas também quando os atinge de forma equivalente’, ou seja, quando lhes toca o ‘núcleo inviolável’ – o seu ‘conteúdo essencial’”.

Parece-me que o poder de reformar a Constituição (emenda ou revisão constitucional) é sempre presidido por um norteador: *a limitação é idéia imanente ao Poder Constituinte instituído*⁶². Sendo o poder constituinte de segundo grau uma *faculdade extraordinária*⁶³ e limitada, seu exercício encontra-se condicionado ao pressuposto de que *subsistam garantidas a identidade e a continuidade da Constituição considerada como um todo*⁶⁴.

Contudo, a superioridade do poder constituinte originário sobre o derivado não deve induzir ao entendimento que há hierarquia entre as emendas e a Constituição. A relação de superioridade vertical está assentada em que, quando sobre a mesma

matéria podem incidir dois tipos legislativos, um deles prevalece sobre o outro, na medida em que condiciona sua validade e, se posterior, revoga-o, afastando a possibilidade de os dois atos serem alterados por procedimentos idênticos, pois o ato superior exige sempre procedimento agravado⁶⁵. Na medida em que a emenda já representa o próprio procedimento agravado de alteração, embora sua validade esteja condicionada pela própria Constituição, não incide o princípio da superioridade, mormente em relação àquelas matérias insuscetíveis de incidência de emenda. A superioridade reside, pois, na natureza do poder constituinte em exercício.

Dessa forma, as limitações materiais expressas ao poder de reforma, denominadas tradicionalmente entre nós “cláusulas pétreas”, podem assim ser discriminadas:

1 – estão mencionadas no art. 60 (que trata das emendas à Constituição),

§ 4º (tendente a abolir):

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto, direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais;

2 – segundo Raul Machado Horta⁶⁶, ao incluir no rol da matéria vedada ao poder constituinte de revisão a emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, a Constituição transformou o Título II do texto constitucional em cláusulas pétreas, abrangendo:

a) o art. 5º, incisos I a LXXVII (podendo incluir-se, também, seus dois parágrafos);

b) os direitos sociais = artigos 6º, 7º, incisos I a XXXIV, 8º, 9º, 10 e 11;

c) a nacionalidade = artigos 12 e 13;

d) os direitos políticos = artigos 14 a 16;

e) os partidos políticos = art. 17.

Em face disso, o possível choque entre o assentado na Carta pelo constituinte originário e o pretendido pelo constituinte derivado resolve-se em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADIN), exercendo o STF sua função precípua de guarda da

Constituição (art. 102, *caput*, c/c, inciso I, alínea “a”), cabível também a interpretação conforme à Constituição⁶⁷. Assim, pode ser argüida a inconstitucionalidade de emenda à Constituição, existindo precedentes já julgados pela Corte (RDA 191/214, RDA 198/123⁶⁸).

Na relação emenda constitucional e direito adquirido, conclui Raul Machado Horta⁶⁹ que

“a competência desconstitutiva do direito adquirido pelo constituinte de revisão, se aquele resultou de decisão do constituinte originário ou de sua compatibilidade com a Constituição, é passível de argüição de inconstitucionalidade, por violação de decisão fundamental do constituinte originário.”

De outra via, isso significa que, diante de uma emenda constitucional, o intérprete deve primordialmente atentar para as limitações jurídicas que estavam contidas no exercício do poder constituinte derivado, afastando, fórmula sempre possível, toda e qualquer exegese que promova incompatibilidade entre a modificação derivada e o texto constitucional originário.

Nesse sentido reside a única hipótese, no ordenamento jurídico brasileiro, de existirem normas constitucionais inconstitucionais: aquelas oriundas do poder constituinte derivado que arrostem e desafiem normas originárias protegidas pelas limitações materiais expressas e implícitas no texto em vigor.

O Supremo Tribunal Federal entende ser cabível mandado de segurança contra o processamento de emenda⁷⁰ que viole as limitações materiais expressas constantes do art. 60, § 4º. Tal se manifesta em controle incidental ou *incidenter tantum*, configurando fiscalização jurisdicional de proposta de emenda que abrigue matéria subtraída à incidência do poder constituinte de segundo grau⁷¹.

Outro ponto a ser salientado, a par das limitações materiais implícitas e explícitas do poder de emendar, é em relação ao tempo

da norma ou *matéria de direito constitucional intertemporal derivado*. As modificações produzidas por uma emenda constitucional encontram situações consolidadas e situações que estão a se processar sob a égide de dispositivos constitucionais então em vigor. Aqui, abrem-se duas possibilidades:

1^a) ou são relações jurídicas que estão protegidas pelos princípios constitucionais e pelos impeditivos constantes do art. 60, § 4º, e as situações consolidadas e por se consolidar não podem ser atingidas por modificações introduzidas no texto originário, valendo as novas normas apenas para situações futuras;

2^a) ou configuram relações jurídicas não amparadas diretamente pelas limitações ao poder de emendar, sendo, então, as novas disposições aplicadas imediatamente e em toda a sua extensão e amplitude.

Como exemplo da primeira situação, o adicional por tempo de serviço dos servidores públicos civis (ATS), quando da aplicação da sistemática do subsídio preconizada pela Emenda n° 19/98, não mais será devido, respeitando-se, contudo, aquelas verbas já incorporadas à remuneração, por força do direito adquirido (art. 5º, inciso XXXVI). No segundo caso, serve de exemplo o tempo para o cumprimento do estágio probatório: o novo prazo de três anos (art. 41, *caput*), tratando-se de regime jurídico, poderia colher todas as situações em andamento, caso não fosse prevista, para essas hipóteses, a manutenção do prazo anterior de dois anos (art. 28 da Emenda n° 19/98).

Nesse sentido aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷² ao afirmar que

“vale restringir o direito adquirido em matéria de direito público a *vantagens materiais* incorporadas ao patrimônio do servidor, e especialmente direitos resultantes de atos negociais da Administração⁷³. Isso evidentemente não exclui a aplicação da lei nova a tudo o que não for ‘vantagem’ patrimonial, mas apenas regime jurídico do direito. (...) numa Constituição que

garante o direito adquirido, o Poder Constituinte derivado é por ele limitado, não podendo eliminá-lo (...) a noção de ‘direito adquirido’ há de ser interpretada restritivamente, para não colher senão ‘vantagens’ patrimoniais”.

Assim, efetivamente não há direito adquirido contra a Constituição originária, pois, como visto, sua inicialidade inaugura uma nova idéia de direito e um novo ordenamento jurídico. Entretanto, cabe direito adquirido contra emendas constitucionais que desbordem os limites materiais estabelecidos no art. 60, § 4º, inciso IV. Ou, nas abalizadas palavras de Raul Machado Horta⁷⁴:

“O Poder Constituinte originário poderá, em tese, suprimir o direito adquirido, de modo geral incluindo nessa supressão a regra que veda a lei prejudicial de direito adquirido. No caso do Poder Constituinte de revisão, será questionável a emenda que propuser a supressão do direito adquirido assegurado pelo constituinte originário. A emenda ficará exposta à argüição de inconstitucionalidade. Por outro lado, à emenda constitucional é vedado, por cláusula expressa da Constituição, propor a abolição do princípio que protege o direito adquirido contra a lei prejudicial a ele. O mencionado princípio é direito individual, integrando o título dos ‘Direitos e Garantias Fundamentais’, que a Constituição deu por irreformável”.

Esse também o entendimento de Luís Roberto Barroso⁷⁵ quando, após ressaltar que a regra do art. 5º, inciso XXXVI, atinge, primariamente, ao legislador e, reflexamente, aos órgãos judiciários e administrativos, afirma que

“seu alcance atinge, também, o constituinte ‘derivado’, haja vista que a não-retroação, nas hipóteses constitucionais, configura direito individual,

que, como tal, é protegido pelas limitações materiais do art. 60, § 4º, IV. Disso resulta que as emendas à Constituição, tanto quanto às leis infraconstitucionais, não podem malferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Enfim, a questão relativa à alegação que o contido no inciso XXXVI, art. 5º, CR 1988 tem como destinatário *apenas* o legislador infraconstitucional, posto que, expressamente, determina a *LEI não prejudicará*, estando, pois, ao seu resguardo, o legislador no exercício do poder constituinte de segundo grau. Em face dos argumentos até aqui expendidos, essa afirmação poderia ser considerada de primária literalidade, uma vez que, privilegiando e acionando unicamente a interpretação gramatical, provoca a contradição em termos de cogitar estar o legislador no exercício do poder constituinte de reforma imune a uma vedação que circunscreve o próprio exercício daquele poder, isto é, no exercício de um poder limitado, seria afastada a própria limitação. Tal entendimento lembra a tese retro-exposta da dupla revisão, com todas as críticas que desperta.

Examinando a questão, Ayres Britto e Pontes Filho⁷⁶ bem consignaram que:

“Ocorre que não nos parece acertado esse modo de pensar a Constituição de 1988. As emendas têm força impositiva superior à da lei – certo é dizê-lo –, mas nem por isso estão liberadas da vedação constitucional da imposição de prejuízo do direito já adquirido pelo respectivo titular. Se elas não foram incluídas na disposição literal do inciso XXXVI do art. 5º da Magna Carta (‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’), foi pela principal razão de que o direito ali referido é o concedido pela lei. Não o concedido pela Constituição diretamente. Com efeito, o direito adquirido a que se referiu o mencionado dispo-

sitivo constitucional foi o conferido por lei, exclusivamente, pois os direitos conferidos pela Constituição mesma, de modo pronto e acabado, não se encontram a mercê da lei. A lei não pode desconsiderar os direitos subjetivos que o próprio Texto Magno plasmou de todo, sem que ele mesmo admitisse a menor constrição por via legal, como, por exemplo, os constitutivos da liberdade de manifestação do pensamento, de reunião e de sindicalização, ou os consistentes na estabilidade dos servidores públicos civis e na irredutibilidade dos respectivos vencimentos”.

Em relação aos limites tácitos ou não expressos⁷⁷, embora parte da doutrina inadmita sua existência quando a própria Constituição estabeleça limitações materiais expressas, acredito que também possam ser invocados em controle da constitucionalidade, desde que sejam atingidos os direitos fundamentais (em sua acepção mais ampla e independentemente de constarem das limitações expressas⁷⁸), a titularidade do poder constituinte e do poder reformador e as disposições que regulam o processo de reforma constitucional.

Sobre a possibilidade de controle dos limites tácitos, vale o alerta, quase de desengano, mas lúcido e forte o suficiente para despertar aqueles que se encontram em estado de letargia, de Nelson de Sousa Sampaio⁷⁹:

“Poder-se-á retrucar que, se o controle de constitucionalidade se deve exercer em todos esses casos, dificilmente se ‘pode’ exercer. Não temos outra resposta senão lembrar que é isso que costuma suceder em relação a todos os freios de direito público que procuram impedir que os órgãos supremos do Estado dobrem a lei ao invés de curvarem-se a ela. Nem sempre a toga da justiça pode servir de barreira às investidas da força. O problema não é, então, o de saber *quis*

custodiet custodem. Não falta quem guarde o guardião. Sucede, porém, que, na hora decisiva, os encarregados de guardar os guardiões, quando não adormeceram no seu posto, quase sempre já se acham de mãos atadas”.

Quanto ao entendimento do STF (RTJ 114/237, entre outras) no sentido de que não há direito adquirido contra texto constitucional, seja resultante do exercício do poder constituinte originário ou derivado, acredito que tal afirmação levou em consideração o sistema constitucional anterior, que não estabelecia as atuais limitações materiais, chamadas “cláusulas pétreas” (art. 60, § 4º, inciso IV), em relação à matéria com a amplitude que possuem⁸⁰, pois, em vista do acolhimento pela própria Corte de argüição de inconstitucionalidade de emenda à Constituição que agrida dispositivos originários protegidos por aqueles impedimentos, não há como, genericamente, supor em contrário em face daqueles julgados mencionados e, ao suposto, ainda prevaletentes.

Por fim, é necessário cultivar o *sentimento constitucional* a que se referia Karl Loewenstein a respeito de uma consciência da comunidade que, transcendendo diferenças, integra detentores e destinatários do poder em torno de um ordenamento obrigatório, a Constituição, submetendo o processo político⁸¹ aos interesses da comunidade⁸².

É certo que a Constituição não pode ficar indiferente às mudanças operadas na realidade social. Por outro lado, é inadmissível que o texto constitucional não goze de estabilidade suficiente para que os cidadãos tenham dele conhecimento, atrofiando a consciência constitucional do povo.

É ainda Loewenstein que lembra que *somente pelo fato de estar em vigor durante grande tempo uma Constituição exerce uma poderosa influência educativa*, ao passo que freqüentes emendas *podem chegar a produzir o estado de indiferença*⁸³.

Quanto ao seu prestígio, encarece reconhecer que a indiferença popular em relação à Constituição corresponde ao reflexo das

ações dos detentores episódicos do poder quanto ao seu texto. O descaso e a descrença no texto constitucional, visto no mais das vezes como um vazio amontoado de promessas e direitos inconcretizáveis, devem ser debitados à fraca ou inexistente consciência constitucional dos próprios governantes.

Permanecendo, assim, como mera *Constituição semântica*⁸⁴, cada vez mais, infelizmente, o alerta que Loewenstein lançou no início dos anos 60 será verdadeiro:

“Com uma habilidade diabólica, a moderna autocracia tem pervertido a Constituição, convertendo-a em um instrumento para assentar seu poder ilimitado; mais de dois quintos da população mundial vivem sob constituições aparentes e, todavia, não há nenhum sintoma de que esta onda haja alcançado seu ponto máximo. O grupo das nações genuinamente democráticas diminui constantemente”⁸⁵.

6. Conclusões

Em razão das idéias acima expostas, apresentam-se as seguintes conclusões:

1ª – a Constituição configura documento juspolítico fundamental e inicial que, em última análise, organiza e limita o poder do Estado, com a pretensão de criar nova idéia de direito e consubstanciar decisões políticas fundamentais incidentes em determinada realidade social, da qual também recebe as cobranças de atualização e mudança;

2ª – a Constituição é dotada de supremacia formal (soberania popular expressa no exercício do poder constituinte originário) e material (contém normas essenciais de organização e estruturação do Estado), funcionando como fundamento de validade para todas as normas do sistema, que fica hierarquicamente estabelecido;

3ª – nos sistemas de Constituição rígida, como o nosso, é exigido um processo especial para reforma (emenda ou revisão) do texto constitucional;

4ª – dada a possibilidade de alteração da Constituição, pode-se falar, metafórica e

didaticamente, em determinado período de vigência, de um texto originário (versão original e íntegra do texto promulgado) e de um texto derivado (fruto de maior ou menor número de alterações);

5^a – o princípio do direito adquirido foi desenvolvido plenamente no âmbito do direito privado como proteção dos direitos dos indivíduos, sendo aquele direito que já pode ser exercido por seu titular, configurando uma barreira à retroatividade da lei nova que dê tratamento diverso à matéria. No plano publicístico, sua formulação é mais recente, ingressando no direito constitucional a partir das declarações de direitos do século XVIII, na qualidade de garantidor da propriedade de determinados direitos da classe dominante, e recebe tratamento diferenciado;

6^a – o exercício do poder constituinte originário não está comprometido com outro fator senão com a nova idéia de direito, daí sofrer apenas limitações de natureza política e extrajurídica e, assim, não se compadecer com o ordenamento jurídico anterior;

7^a – a Constituição da República de 1988 foi fruto do exercício do poder constituinte originário, implicando descontinuidade material que se configurou numa nova idéia de direito expressa pela soberania popular;

8^a – nessa qualidade, o texto constitucional originário pode desconstituir qualquer situação jurídica e, nessa medida, e somente nessa medida, ganha sentido a expressão *não há direito adquirido contra a Constituição*, pois o direito adquirido sob o império das normas infraconstitucionais anteriores ao novo texto constitucional apenas prevalece na medida em que compatível com a nova Constituição;

9^a – o desfazimento de situações protegidas pelo direito adquirido pelo texto constitucional originário pode-se dar por incompatibilidade com os princípios e o regime adotado pela nova Constituição ou de maneira expressa pelo texto, implicando a não-recepção de normas infraconstitucionais que protegiam esses direitos;

10^a – o texto constitucional derivado ou de reforma é aquele expresso pelo texto originário emendado ou revisto. As emendas constitucionais contêm, em regra, disposições modificativas, aditivas ou supressivas, integrando-se ao texto em vigor. Caso contenham artigos próprios, que funcionem como disposições transitórias de seu texto, esses terão hierarquia paraconstitucional;

11^a – fruto do exercício do poder constituinte derivado, que se afigura inferior ao poder constituinte originário, gozando este da mais ampla expressão de legitimidade, as emendas constitucionais sujeitam-se a limites implícitos e explícitos, destacando, entre estes, as limitações materiais designadas “cláusulas pétreas”, “supraconstitucionais” ou “disposições intangíveis”, que protegem determinadas normas constitucionais de alteração;

12^a – esses limites expressos de reforma constitucional são passíveis de ampliação pelo constituinte de segundo grau;

13^a – a despeito das críticas elaboradas por alguns setores da doutrina, as limitações materiais expressas ao poder de reforma das normas constitucionais, mormente entre nós, que vivemos momentos de *Constituição semântica*, afiguram-se fator de sobrevivência da idéia de Constituição plasmada pelos constituintes de 1988, apesar das imperfeições de seu trabalho;

14^a – deve ser afastada a tese da *reforma constituinte* em relação à Constituição de 1988, representando esta verdadeiro exercício do poder constituinte originário em face do momento histórico brasileiro, consistindo a Emenda nº 26/85 a *forma* de plasmar as reivindicações por mudanças;

15^a – deve, dessa forma, ser repelida a idéia de dupla revisão ou qualquer outra técnica que implique limitação ou supressão de matérias vedadas ao poder de emenda, pois constituem núcleo reformável, mas não intangível, incluindo-se, aí, os direitos adquiridos (art. 60, § 4º, inciso IV), consistindo tal empreitada autêntica fraude à Constituição;

16^a – as possíveis inconstitucionalidades geradas por emenda violadora de limites implícitos ou explícitos resolvem-se mediante ADIN (art. 102, inciso I, alínea “a”, primeira parte, CR) ou interpretação conforme à Constituição;

17^a – deve ser afastada, em relação aos direitos adquiridos, a interpretação literal da expressão *a LEI não prejudicará*, constante do inciso XXXVI, art. 5^o, CR, vista como variação da dupla revisão;

18^a – pode-se falar em um direito constitucional intertemporal derivado em relação às emendas constitucionais, abrindo-se duas possibilidades: relações protegidas pelas limitações expressas ou não;

19^a – não há direito adquirido contra a Constituição originária, sofrendo o exercício do poder constituinte derivado ou de segundo grau limitações implícitas e explícitas. A jurisprudência do STF sob a égide da Constituição em vigor abraça a tese ao reconhecer a possibilidade de controle concentrado de emenda constitucional;

20^a – a ausência de sentimento constitucional, mormente por parte dos governantes, aproxima mais a Constituição da folha de papel a que se referia Ferdinand Lassalle que da Constituição efetiva que todos desejamos.

Notas

¹ Julgado em 13 de fevereiro de 1985 (RTJ 114/237). Essa decisão faz referência aos RREE nº 90.391 e nº 100.144, com ementa semelhante.

² *Constituição da República Federativa do Brasil Anotada e Legislação Complementar*. São Paulo, Saraiva, 1998. p. 34.

³ Veja ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O Princípio do direito adquirido no Direito Constitucional*. In: *Revista Forense*. [s.l.:s.n.] ,1989.308/03; HORTA, Raul Machado. *Constituição e Direito Adquirido*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal- Subsecretaria de Edições Técnicas, out/dez. 1991. v. 28, n. 112/69. POPP, Carlyle. *A Constituição Federal sobre os direitos adquiridos*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal- Subsecretaria de Edições Técnicas, jan./

mar. 1992. v.29, 113/87. PONTES FILHO, Valmir, BRITTO, Carlos Ayres. *Direito adquirido e emendas constitucionais*. In: *RDA*. out/dez.1995. 202/75, entre outros.

⁴ Em seu aspecto formal, a Constituição é essencialmente um documento jurídico, enquanto seus aspectos materiais são políticos.

⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*, [s.l.], Coimbra, 1991. p. 41.

⁶ *Derecho Constitucional Comparado*. 3. ed. In: *Revista de Occidente*. Madrid, 1953. p. 111.

⁷ A distinção entre Constituições rígidas e flexíveis foi feita por James Bryce em *Flexible and Rigid Constitutions* integrante de *Studies in History and Jurisprudence*, I, Oxford, 1901, tradução de. *Constituições Flexíveis e Constituições Rígidas*. Madrid Instituto de Estudios Políticos, 1963.

⁸ Veja-se, por exemplo, os §§ 1^o e 2^o, art. 242, CR 1988.

⁹ Sobre o tema, veja WOLKMER, Antônio Carlos. *Uma Nova Conceituação Crítica de Legitimidade*. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v.2, n.5,out/dez. 1993. p. 25.

¹⁰ FRANÇA, R. Limongi. *A irretroatividade das leis e o Direito Adquirido* 4. ed. rev. atual. do *Direito Intertemporal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994. p. 25-100. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito Intertemporal*. Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 87-214.

¹¹ *Apud FRANÇA, R. Limongi. Teoria della Retroattività delle Leggi*. Editado entre 1891-1898. *op. cit.*, p. 229.

¹² O termo protela o exercício do direito, que deve preexistir ao termo, pois este apenas marca o início do seu exercício.

¹³ Vencido o prazo antes do advento da lei nova, haverá direito consumado.

¹⁴ O direito condicional, embora dependa de evento futuro e incerto, já é um bem jurídico com valor econômico e social, consistindo elemento do patrimônio de seu titular. A expectativa de direito, não tendo significação patrimonial, pode ser abolida, sem lesão, a qualquer tempo pela lei.

¹⁵ Cit. por SANTOS, J. M. Carvalho. In: verbete “direito adquirido”, *Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro*, v. 16, Rio de Janeiro, Borsoi, s/d, p. 216.

¹⁶ Sobre a distinção direito adquirido/faculdade jurídica na ótica jurisprudencial, veja RE nº 94.414 – SP, RTJ 114/237.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Do Direito Privado na Administração Pública*. São Paulo, Atlas, 1989. p. 26.

¹⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *op. cit.*, p. 3.

¹⁹ *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*.

12. ed. Paris, LGDJ, 1966. p. 79. v. tb. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. [s.l.], Coimbra, 1991. Para designar a concepção que informa e antecede a elaboração da norma. Entre nós, veja SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo, Malheiros, 1999. p. 5., que, referindo-se à Constituição de 1988, menciona uma “nova idéia de direito que informa uma concepção do Estado e da Sociedade diferente da que vigorava no regime constitucional revogado”.

²⁰ O termo é empregado por Carl Schmitt.

²¹ *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 1991. p. 147-149.

²² *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo, Saraiva, 1996. p. 61.

²³ *O Poder Constituinte*. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 1999. p. 181-182.

²⁴ Sobre o tema, v. CARVALHO, Nanci Valadares de.(org.) *Revolução, Constituição e Ditadura* São Paulo, Vértice- Revista dos Tribunais,1986.; BARRUFINI, José Carlos Toseti. *Revolução e Poder Constituinte*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976.; Ruschel, Ruy Ruben. O Poder Constituinte e a Revolução. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, Revista dos Tribunais,v.1, n.2, jan./mar.1993. p.110.

²⁵ *Op. cit.*, p. 8.

²⁶ *O Poder Constituinte, op.cit.*, p. 101-102.

²⁷ SILVA,V. José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, RT, São Paulo, BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO Carlos Ayres de, *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Saraiva, São Paulo.

²⁸ *Op. cit.*, p. 8.

²⁹ *Da Retroatividade da Lei*, São Paulo, RT, São Paulo, 1995. p. 337.

³⁰ ADIN nº 605-DF, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 145/463.

³¹ *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, Rio de Janeiro,Forense, 1987, T. VI, p. 385.

³² *Op. cit.*, p. 439.

³³ José Afonso da Silva entende que o sujeito ou agente da reforma é o poder constituinte originário que, por esse método, atua em segundo grau, pela outorga de competência a um órgão constituído para, em seu lugar, proceder às modificações na Constituição que exige a realidade v. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 16. ed. São Paulo, Malheiros, 1999. p. 67.

³⁴ Citado por LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. traduzido por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona, Ariel, 1976. p. 188.

³⁵ *A Revisão Constitucional Brasileira – como se situa, qual seu alcance e quais seus limites*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1993. p. 8.

³⁶ A expressão é criticada por Diogo de

Figueiredo Moreira Neto, *A Revisão...*, cit., p. 47, como obsoleta e de duvidosa acuidade científica.

³⁷ *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reformar*. São Paulo,Malheiros, 1999. p. 24.

³⁸ *Op. cit.*, p. 189.

³⁹ *Op. cit.*, p. 192.

⁴⁰ *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. 1. tiragem. São Paulo, Malheiros, p. 178-179.

⁴¹ SCHMITT, Carl, *op. cit.*, p. 116.

⁴² Liet-Veaux, *La Fraude à la Constitution*, ReRP, 1943.

⁴³ V., por exemplo, este trecho do acórdão prolatado na ADIN nº 526-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 05/03/93, p. 2.896: “Não obstante, constitui fraude ao mandamento constitucional do art. 37, X, dissimular a verdade do reajuste discriminatório mediante reavaliações arbitrárias.”

⁴⁴ V. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Revisão...*, cit., p. 37 ss.

⁴⁵ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 24 de junho de 1793, estabelecia: “art. 28. Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e modificar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras.”

⁴⁶ *Manual de Direito Constitucional, cit.*, p. 167.

⁴⁷ A esse respeito anota Manuel Gonçalves Ferreira Filho: “Com efeito, na relação com o povo, não há diferença entre os que vão editar a Constituição e os que vão governar de acordo com ela, em ambos os casos são eleitos pelo povo para em nome e lugar deste tomarem decisões políticas. Destarte, não há uma superioridade intrínseca – decorrente da legitimidade democrática – daqueles, os representantes-constituintes, sobre estes, os representantes ordinários.” (Significação e Alcance das “Cláusulas Pétreas”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, RT, ano 3, n. 13, out./dez. 1995. p. 6-7.

⁴⁸ VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Teoría Constitucional*. Buenos Aires, Depalma, 1975, vol. I, p. 188-191.

⁴⁹ Veja Duguit, Burdeau e Vedel, G.

⁵⁰ *A Revisão Constitucional...*, cit., p. 41-42.

⁵¹ *Significação e Alcance das “Cláusulas Pétreas”*, cit., p. 10.

⁵² *Manual de Direito Constitucional, cit.*, p. 168-169.

⁵³ *Apud* Vanossi, *op. cit.*, p. 204 ss.

⁵⁴ *A Revisão Constitucional...*, cit., p. 46.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 240.

⁵⁶ *Constituição e Revisão Constitucional*, Editorial Caminho, Lisboa, 1980, p. 108.

⁵⁷ *Apud* MOREIRA, Vital. *Constituição e Revisão Constitucional, cit.*, p. 106.

⁵⁸ BULOS, Uadi Lamêgo. *Elaboração e Reforma das Constituições*, RDA 203, jan./mar. 1996, p. 96. nota 55.

⁵⁹ *Elaboração e Reforma...*, cit., p. 101.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 105.

⁶¹ Norma Constitucional Inconstitucional? A propósito do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional n. 3/93, *RDA* n.199, jan./mar. 1995, p. 49, texto publicado, também, em *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, RT, ano 3, n. 13, out./dez. 1995. p. 18.

⁶² HORTA, Raul Machado. *Permanência e Mudança na Constituição*, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, RT, ano 1, n. 1, out./dez. 1992. p. 218.

⁶³ SCHIMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, cit., p. 119.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 120. O autor ressalta a diferença entre reforma constitucional e os conceitos de destruição, supressão, quebramento e suspensão da Constituição (p. 120-131).

⁶⁵ Veja BASTOS, Celso Ribeiro. *Lei Complementar: teoria e comentários*. São Paulo, Saraiva, 1985. p. 25 ss.

⁶⁶ *Constituição e Direito Adquirido*, cit., p. 85.

⁶⁷ Veja RAMOS, Elival da Silva. *A Inconstitucionalidade e a Hermenêutica*. In: *A Inconstitucionalidade das Leis – Vício e Sanção*. São Paulo, Saraiva, 1994. p. 196-212.

⁶⁸ Destaque-se, entre eles, a ADIN n. 939-7-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJU* 21/01/94, em que foi declarado inconstitucional dispositivo da EC n. 03/93, que excluía do princípio da anterioridade tributária o IPMF (Imposto sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira), vedando sua cobrança no mesmo exercício em que foi instituído. Em sentido contrário, Flávio Bauer Novelli em artigo publicado na *RDA* 119/21/1995, citado anteriormente.

⁶⁹ *Constituição e Direito Adquirido*. *RDP*, 1/93. p. 61.

⁷⁰ Sobre o controle jurisdicional do processo legislativo em geral, veja MORAES, Germana de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade do Processo Legislativo*. São Paulo, Dialética, 1998.

⁷¹ Veja *RTJ* 99/1.031/1982, *RDA* 191/200/

1993 e *RDA* 193/266/1996.

⁷² Veja *O Poder Constituinte*, cit., p. 202-203. Griefei.

⁷³ Para MEIRELES, Hely Lopes, atos administrativos negociais são aqueles atos unilaterais que contêm uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a pretensão do particular, visando à concretização de negócios jurídicos públicos, ou à atribuição de certos direitos ou vantagens ao interessado, como a licença, a autorização, a permissão, a aprovação, a admissão e o visto. *Direito Administrativo Brasileiro*, 15. ed, São Paulo, RT, 1990. p. 162 e ss.

⁷⁴ *Constituição e Direito Adquirido*, cit., p. 85.

⁷⁵ *Interpretação e Aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, op. cit., p. 52.

⁷⁶ BRITTO, Carlos Ayres, PONTES FILHO, Valmir. *Direito Adquirido contra as Emendas Constitucionais*. *RDA* 202/75/1995. p. 77.

⁷⁷ Para uma análise das normas constitucionais que estão implicitamente fora do alcance do poder de reforma, veja SAMPAIO, Nelson de Sousa, *O Poder de Reforma Constitucional*, 3. ed. Belo Horizonte, Nova Alvorada, 1995. p. 126.

⁷⁸ Podem ser considerados *direitos que possuem caráter supra-estatal* (a terminologia é de Nelson de Sousa Sampaio, *op. et loc. cit.*). Como não se tem exemplo de controle da constitucionalidade pelo Judiciário de emendas que desrespeitem as limitações implícitas, José Afonso da Silva (*Curso...*, cit., p. 70) acredita que isso incentiva a tendência de ampliar as matérias insuscetíveis de emendas constitucionais, a exemplo da Constituição portuguesa.

⁷⁹ *O Poder de Reforma Constitucional*, op. cit., p. 114.

⁸⁰ A Constituição anterior (art. 47, § 1º, texto com a EC nº 1/69) apenas excluía do alcance do poder constituinte derivado a abolição da federação e da república.

⁸¹ Entendido como técnicas por meio das quais se obtém, exerce e perde o poder político.

⁸² *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 200.

⁸³ *Idem*, p. 227.

⁸⁴ O conceito é, ainda, de Karl Loewenstein, significando que a Constituição, em lugar de limitar o poder, torna-se instrumento para estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores fáticos do poder político (*op. cit.*, p. 219).

⁸⁵ *Op. cit.*, p. 231.