

AHMAD EL BADAQUI NACHABE NETO

**AS LIMITAÇÕES AO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO FACE AO
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DIREITO ADQUIRIDO**

MONOGRAFIA: DIREITO CONSTITUCIONAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

São Paulo

2016

AHMAD EL BADAQUI NACHABE NETO

**AS LIMITAÇÕES AO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO FACE AO
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DIREITO ADQUIRIDO**

**Monografia apresentada ao Curso de
pós-graduação em Direito
Constitucional da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo
como requisito para a obtenção do
diploma de pós-graduação em
Direito Constitucional, sob
orientação do Professor Dr. Lucas
Gieron Fonseca e Silva.**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

São Paulo

2016

BANCA EXAMINADORA:

Professor Orientador Dr. Lucas Gieron Fonseca e Silva

**À minha mãe e à minha esposa, como
gratidão pelo incentivo. Ao Professor
Orientador do presente, sempre com
técnicas didáticas e conteúdo latente e
moderno sobre a matéria. Ao meu avô, cujo
espírito está sempre em nossos corações.
Finalmente, agradeço a Deus.**

**Agradeço à Excelentíssima
Desembargadora Doutora Silvia Maria
Meirelles Novaes de Andrade, pela
paciência e dedicação na transmissão de
conhecimento, ao longo de todos esses
anos de parceria pessoal e profissional.**

“É possível que a aplicação da lei no tempo continue a ser um dos temas mais controvertidos do direito hodierno. Não raro, a aplicação das novas leis já estabelecidas suscita infundáveis polêmicas. De um lado, a ideia central de segurança jurídica, uma das expressões máximas do Estado de Direito; de outro, a possibilidade e necessidade de mudança. Constitui grande desafio tentar conciliar essas duas pretensões, em aparente antagonismo”. (MINISTRO GILMAR MENDES FERREIRA).

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo aprofundar os conhecimentos a respeito das limitações ao poder de reforma da Constituição brasileira, cotejando-as com o princípio (alguns diriam postulado) do direito adquirido, analisando o conteúdo jurídico (mínimo essencial – parte intangível) deste princípio.

Como se sabe, todo texto constitucional deve ser mutável, sob pena de se esvaziar a norma face a evolução da sociedade em um determinado período de tempo.

No decorrer do trabalho, serão elencadas as limitações do poder constituinte derivado, confrontando-as com o princípio do direito adquirido, trazendo alguns exemplos práticos (como a reforma da previdência, por exemplo).

O objeto do estudo não será aduzir a constitucionalidade, ou não, das Emendas Constitucionais, mas sim, aprofundar a matéria de modo a perquirir o desejo do constituinte no momento da elaboração da Constituição, tentando encontrar a linha sensível entre o direito adquirido e a elaboração e promulgação de uma Emenda à Constituição que fira determinado direito, mas com justificativa jurídica e política a possibilitar a consolidação da reforma constitucional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
 CAPÍTULO I: DISPOSIÇÕES PRELIMINARES.....	12
 I. CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO.....	12
I.I O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO.....	16
I.II O PODER CONSTITUINTE DERIVADO.....	19
I.III MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	21
I.IV O PRINCÍPIO DO DIREITO ADQUIRIDO.....	24
 CAPÍTULO II: O PODER CONSTITUINTE DERIVADO.....	28
 II CARACTERÍSTICAS E DIFERENÇAS FACE AO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO.....	28
II.I ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE DERIVADO.....	29
II.II EMENDAS CONSTITUCIONAIS.....	30
II.III LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO.....	33

CAPÍTULO III: A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY.....	41
III. A INTANGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	41
III.I A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS.....	45
III.II A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY.....	48
 CAPÍTULO IV: O PRINCÍPIO DO DIREITO ADQUIRIDO E SEUS DESDOBRAMENTOS.....	 53
IV CONCEITO.....	53
IV.I APLICABILIDADE E ALCANCE DO DIREITO ADQUIRIDO.....	55
IV.II A SEGURANÇA JURÍDICA.....	59
IV.III O NÚCLEO INTANGÍVEL DO DIREITO ADQUIRIDO.....	60
 CAPÍTULO V: O DIREITO ADQUIRIDO FACE AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS.....	 63
V O LIMITE DO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO DIANTE DO DIREITO ADQUIRIDO.....	63
V.I EXISTE DIREITO ADQUIRIDO FACE ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS?.....	66
 VI: CONCLUSÃO.....	 73
VII: REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	75

INTRODUÇÃO

Conforme já explanado no resumo, todo texto constitucional deve ser mutável, sob pena de se esvaziar a norma face a evolução da sociedade em um determinado período de tempo.

No caso da Constituição Brasileira, classificada como um texto promulgado, escrito, analítico, formal, dogmático, rígido, normativo, principiológico, definitivo, dirigente e social, possui em seu texto a possibilidade de reforma por meio das chamadas Emendas Constitucionais (art. 59 I, CF), com todas as suas formalidades e limitações descritas em seu art. 60.

Ademais, há que se considerar o processo natural de alteração constitucional, que visa a adequar o texto à realidade social, fenômeno esse a que se chama de mutação constitucional.

O assunto é polêmico. Sabemos que o avanço da sociedade impõe a mudança do texto constitucional, muitas vezes suprimindo direitos ou adequando benefícios e garantias visando ao fim comum, sem o que, poderá o texto se tornar arcaico e inócuo face às necessidades essenciais mínimas da sociedade.

O problema ganha revelo intelectual ao se confrontar a matéria com o princípio constitucional do instituto do direito adquirido, que possui lastro na segurança jurídica.

Eis o ponto do referido trabalho: apresentar um panorama sobre os limites do poder de reforma da Constitucional (seja por mutação constitucional,

seja por meio das emendas constitucionais), cotejando a matéria com o instituto do direito adquirido.

CAPÍTULO I: DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

I. CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

O conceito de Constituição é amplo e vago. Diversas são as suas definições nos livros de Direito Constitucional, sendo que a soma de todos eles, ainda assim, não define exatamente o seu conceito.

A grande maioria dos manuais referentes à matéria definem uma Constituição como a lei fundamental de um país. Todavia, a questão não é assim tão simples.

O filósofo Ferdinand Lassalle inicia a sua festejada obra “A Essência da Constituição” com o seguinte parágrafo:

“Que é uma Constituição? Qual é a verdadeira essência de uma Constituição? Em todos os lugares e a qualquer hora, à tarde, pela manhã e à noite, estamos ouvindo falar da Constituição e de problemas constitucionais. Na imprensa, nos clubes, nos cafés e nos restaurantes, é esse o assunto obrigatório de todas as conversas.”¹

¹ Lassalle, Ferdinand, A Essência da Constituição, 9ª edição, ano 2.015, Ed. Freitas Bastos, p. 15.

Dessa forma, percebe-se claramente a preocupação do filósofo na definição do que seria uma Constituição, com o objetivo de melhor entendê-la, interpretá-la e, assim aplicá-la da melhor forma possível.

Após tais indagações, enumera algumas situações que devem ser observadas para que se possa começar a entender o que seria, de fato, uma Constituição. Nas suas palavras:

“Sendo a Constituição a Lei Fundamental de uma nação, será – e agora já começamos a sair das trevas – qualquer coisa que logo poderemos definir e esclarecer, ou, como já vimos, uma força ativa que faz, por uma exigência da necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são. Promulgada, a partir desse instante, não se pode decretar, naquele país, embora possam querer, outras leis contrárias à fundamental²”.

Embora por outras palavras, o conceito de Constituição enumerado por José Afonso da Silva é semelhante ao conceito de Ferdinand Lassalle. Em suas palavras:

² Lassalle, Ferdinand, A Essência da Constituição, 9ª edição, ano 2.015, Ed. Freitas Bastos, p. 19.

“A Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, os modos de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado³”.

Concordamos mais com o conceito trazido por José Afonso da Silva, que define melhor os contornos de uma Constituição, os seus objetivos e a forma como deve ser organizada topologicamente falando.

A Constituição Brasileira, por ser dirigente, estabelece mais do que normas fundamentais e organização do Estado, entregando temas que poderiam ser afetos à legislação infraconstitucional.

Sobre a Constituição brasileira, ensina José Joaquim Gomes Canotilho:

“A Constituição Brasileira conseguiu elevar-se ao papel de norma jurídica fundamental. Nesse contexto, parece mesmo legítimo afirmar que uma significativa corrente da

³ Afonso da Silva, José, *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 34ª edição, ano 2011, Editora Malheiros, p. 37/38.

juspublicística abraçou a cultura do neoconstitucionalismo (cf. Luís Roberto Barroso, Neoconstitucionalismo e constitucionalização di direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, in Claudio Sousa Neto/Daniel Sarmento, A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas, Rio de janeiro, 2007).

Como é sabido, o neoconstitucionalismo assenta no reconhecimento de um modelo preceptivo de constituição como norma com especial valoração do conteúdo prescritivo dos princípios fundamentais (Miguel Carbonell, Neoconstitucionalismo: elementos para uma definición, in Eduardo Moreira/Mauricio Pugliese, 20 anos da Constituição Federal, Rio de janeiro, 2008; Fábio de Oliveira, Por uma teoria de princípios, Rio de janeiro, 2007).⁴

Concluindo, embora se possa ter conseguido elucidar um pouco o conceito de Constituição, é importante relembrar: é muito difícil (senão impossível) trazer um conceito preciso. Em uma visão mais ampla, poder-se-ia dizer que Constituição é história, é tudo o que ocorreu, ocorre e ocorrerá, eis que é a lei fundamental do Estado, que regula o seu funcionamento e limita-o diante de eventuais abusos que possam ser cometidos contra o povo que, aliás, é titular do Poder Constituinte Originário, assunto este para o próximo tópico, a seguir.

⁴ Comentários à Constituição do Brasil, ano 2.014 – 2ª tiragem, Ed. Saraiva, p. 45.

I.I. O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Não se pode falar em limitações ao poder de reforma da constituição sem antes trazer o poder que confere àquele a possibilidade de alterar o texto constitucional.

Trazemos à colação interessante conceito trazido por Michel Temer:

“... ressalte-se a ideia de que surge novo Estado a cada nova Constituição, provenha ela de movimento revolucionário ou de assembleia popular. O estado brasileiro de 1.988 não é o de 1.969, bem o de 1.946, o de 1.937, de 1.934, de 1.891, ou de 1.824. Historicamente é o mesmo. Geograficamente pode ser o mesmo. Não o é, porém, juridicamente. A cada manifestação constituinte, editora de atos constitucionais como Constituição, Atos Institucionais e até Decretos (veja-se o Dec. n. 1, de 15.11.1.889, que proclamou a República e instituiu a Federação como forma de Estado), nasce o Estado. Não importa a rotulação conferida ao ato constituinte. Importa a sua natureza. Se dele decorre a certeza de rompimento com a ordem jurídica anterior, de edição normativa em desconformidade intencional com o texto em vigor, de

modo a invalidade a normatividade vigente, tem-se novo Estado.⁵”

Dessa forma, sempre que se rompe com a ordem jurídica e política anterior e instaura-se uma nova, tem-se a manifestação do Poder Constituinte Originário.

Sobre o tema, ensina Paulo Bonavides:

“O primeiro, visível, manifesto, palpável: promana da revolução e se concretiza num colégio constituinte cuja tarefa maior reside no elaborar não apenas da Constituição, mas criar, por meio dela, um novo sistema jurídico, um novo regime, uma nova forma de Estado, a saber, novo complexo de instituições; é ele, em suma, o poder constituinte do povo, da nação, do Estado em sua manifestação mais profunda.⁶”

O professor e advogado Pedro Lenza traz um conceito mais conciso e objetivo sobre o tema:

“O Poder Constituinte Originário (também denominado inicial, inaugural, genuíno ou de 1º grau) é aquele que

⁵ Temer, Michel, Elementos de Direito Constitucional, p. 33.

⁶ Comentários à Constituição do Brasil, ano 2.014 – 2ª tiragem, Ed. Saraiva, p. 53.

instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a ordem jurídica precedente.

O objetivo fundamental do Poder Constituinte Originário, portanto, é criar um novo Estado, diverso do que vigorava em decorrência da manifestação do Poder Constituinte Precedente.⁷

Costuma-se classificar o Poder Constituinte Originário como um poder inicial, autônomo, ilimitado, incondicionado e permanente.

Contudo, as expressões “ilimitado” e “incondicionado” sofreram alterações diante da evolução jurídica e política tanto do direito interno de um país, quanto do direito internacional.

Como o Brasil adotou a corrente positivista, poder-se-ia dizer que o Poder Constituinte Originário é, de fato, ilimitado e incondicionado.

Todavia, sobretudo com respeito àquilo que chamamos de bloco de constitucionalidade, há uma tendência internacional em se considerar, ao romper com uma ordem jurídica e política, criando outra através de uma constituinte, não pode o Estado promover retrocessos sociais, bem como deve obedecer às regras de convivência mínima de direito internacional. Não iremos aprofundar este tema, eis que é passível de estudo de uma nova monografia. Apenas elencamos o fato para explicar as características, de forma bem sucinta, do Poder Constituinte Originário. Este último criou e instituiu o que

⁷ Lenza, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado, 16ª ed., ano 2.012, Ed. Saraiva, p. 185.

chamamos de Poder Constituinte Derivado (ou de 2º grau), assunto este para o próximo tópico, a seguir.

I.II O PODER CONSTITUINTE DERIVADO

O próprio nome já diz: é o poder criado e instituído pelo Poder Constituinte Originário.

Sendo um poder constituído por outro, por óbvio que sofre limitações, seja para não se perder o “espírito” do constituinte ao elaborar a Constituição, seja para limitar o constituinte derivado na reforma constitucional, coibindo eventuais abusos que possam ser cometidos pelo poder legiferante de segundo grau. Assim, caracteriza-se por um poder secundário, limitado e condicionado jurídica e politicamente ao seu criador, sempre observando, em qualquer caso, o quórum especial previsto no art. 60, § 2º, da Constituição Federal para a criação das Emendas Constitucionais.

É um poder necessário, que deve observar aos anseios da sociedade, visando a adequar a Constituição sobre a época em que está sendo aplicada.

Nos dizeres de Paulo Bonavides:

“Ao lado do sobredito poder constituinte originário, de que se fez menção, existe também outro, oculto, paralelo, silencioso. Contudo, não menos eficaz, sem embargos da

costumeira lentidão com que atua, tendo por sede e titular a sociedade mesma, isto é, os órgãos da judicatura, os tribunais, os governantes, a massa de intérpretes da lei, os hermeneutas da Constituição, os construtores da jurisprudência constitucional; estes derradeiros compreendem maiormente os membros da suprema magistratura judicante que, pela via inovadora e criativa de seus arestos, estão não raro a reescrever a Constituição, adequando-lhe o espírito e a letra às exigências transformadoras impostas por uma ciência que avança ou por uma consciência que não retrógrada.⁸

Em verdade, o renomado autor nada fala sobre Poder Constituinte Derivado. Para ele, ambos são entes incumbidos de rejuvenescer, atualizar a Constituição.

No caso do Brasil, a manifestação do Poder Constituinte derivado (ou reformador) está, de forma explícita nos arts. 59, inciso I e 60, ambos da Constituição Federal.

A própria Constituição estabelece as limitações ao poder de reforma da Constituição, trazendo as chamadas limitações expressas (formais ou procedimentais), as limitações circunstanciais (estado de sítio, por exemplo) e as limitações implícitas, que, nos dizeres do professor Pedro Lenza:

⁸ Comentários à Constituição do Brasil, ano 2.014 – 2ª tiragem, Ed. Saraiva, p. 53.

“... as limitações implícitas (como impossibilidade de se alterar o titular do Poder Constituinte Originário e o titular do Poder Constituinte Derivado Reformador, bem como a proibição desse violar as limitações expressas, não tendo sido adotada, no Brasil, portanto, a teoria da dupla revisão, ou seja, uma primeira revisão acabando com a limitação expressa e a segunda reformando aquilo que era proibido).⁹”

Mas não só por meio do Poder Constituinte Reformador é que a Constituição pode ser alterada. Existe um outro fenômeno por meio do qual a Constituição de um Estado pode ganhar interpretações diferentes em um ou mais artigos, visando à adequação da Lei Fundamental do Estado aos progressos e alterações da sociedade, fenômeno esse denominado de “mutação constitucional”, que será sucintamente explicado no próximo tópico.

I.III MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

É quase que unânime nos manuais de Direito Constitucional que a Constituição deve ser mutável quanto ao seu sentido e alcance, de acordo com a época em que determinada sociedade se encontra.

⁹ Lenza, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado, 16ª ed., ano 2.012, Ed. Saraiva, p. 191.

Tal função é atribuída ao *exegeta*, que interpreta o texto constitucional, buscando o seu real significado, em termos jurídico-constitucionais.

Aos magistrados e tribunais em geral, bem como a Suprema Corte brasileira, é dada a missão de interpretar a Constituição conforme o seu real sentido, maquiando normas suspeitas de inconstitucionalidade, a fim de preservar o seu texto, mas não o seu conteúdo.

Segundo os ensinamentos do Ministro Luís Roberto Barroso:

“A interpretação conforme a Constituição, categoria desenvolvida amplamente pela doutrina e pela jurisprudência alemãs, compreende sutilezas que se escondem por trás da designação truística do princípio. Destina-se ela à preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, da forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais. Como se depreende da assertiva precedente, o princípio abriga, simultaneamente, uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade.

Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins

constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição.¹⁰

Por óbvio que, onde o texto for claro e explícito, não caberá interpretação.

Por vezes, todavia, o texto pode se tornar ambíguo, devendo ser analisado todo o contexto da Constituição, ou seja, dever-se-á fazer uma interpretação sistemática, teleológica e finalista da norma constitucional, visando a esclarecer o seu real alcance e conteúdo.

O professor Pedro Lenza ensina que:

“As mutações, por seu turno, não seriam alterações ‘físicas’, ‘palpáveis’, materialmente perceptíveis, mas sim alterações no significado e sentido interpretativo de um texto constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado.¹¹”

O exemplo clássico de mutação constitucional está estampado no art. 5º, inciso XI, da CF.

¹⁰ Comentários à Constituição do Brasil, ano 2.014 – 2ª tiragem, Ed. Saraiva, p. 93.

¹¹ Lenza, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado, 16ª ed., ano 2.012, Ed. Saraiva, p. 144.

Na época em que foi elaborado, o conceito de casa era deveras restrito, entendendo-se por casa apenas o local em que se recolhia o cidadão para o seu repouso, ou seja, limitava-se o seu conceito a residência ou domicílio.

Atento à evolução do que se entende pelo conceito de casa, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que a casa engloba, além da residência ou domicílio, o local de trabalho, o quarto de hotel, o quarto de motel, a pousada em que se recolheu, o trailer, etc...

Todas essas alterações constitucionais, seja por meio de emenda ou de mutação constitucional devem obedecer às limitações ao poder de reforma da Constituição, bem como a alguns princípio e regras, dentre eles, senão um dos mais importantes, o princípio do direito adquirido, o qual será laconicamente explicado a seguir.

I.IV O PRINCÍPIO DO DIREITO ADQUIRIDO

O princípio do direito adquirido vem disposto, de forma expressa, na parte que cuida dos direitos e garantias fundamentais, especificamente no art. 5º, inciso XXXVI, da CF, estabelecendo que *“...a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”*.

O professor José Afonso da Silva elenca o direito adquirido como “garantia”, não como “direito”, e o rotula de uma garantia que visa à estabilidade dos direitos subjetivos. Segundo os seus ensinamentos:

“Para compreendermos um pouco melhor o que seja o direito adquirido, cumpre lembrar o que se disse acima sobre o direito subjetivo: é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando o seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente. Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada (direito consumado, direito satisfeito, extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava). Por exemplo, quem tinha o direito de casar de acordo com as regras de uma lei, e casou-se, seu direito foi exercido, consumou-se. A lei nova não tem o poder de desfazer a situação jurídica consumada. A lei nova não pode descasar o casado, porque estabeleceu regras diferentes para o casamento.

Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se no seu patrimônio, para ser exercido quando convier. A lei nova não pode prejudica-lo, só pelo fato de o titular não o ter exercido antes. Direito subjetivo ‘é a possibilidade de ser exercido, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio’¹². Ora. Essa possibilidade de exercício continua no domínio da vontade do titular em face da lei nova. Essa possibilidade de

¹² Reale, Miguel. Lições Preliminares de Direito, p. 292.

exercício do direito subjetivo foi adquirida no regime da lei velha e persiste garantida em face da lei superveniente. Vale dizer – repetindo: o direito subjetivo vira direito adquirido quando lei nova vem alterar as bases normativas sob as quais foi constituído. Se não era direito subjetivo antes da lei nova, mas interesse jurídico simples, mera expectativa de direito ou mesmo interesse legítimo, não se transforma em direito adquirido sob o regime da lei nova, que, por isso mesmo, corta tais situações jurídicas subjetivas no seu iter, porque sobre elas a lei nova tem aplicabilidade imediata, incide.¹³”

Muito concisa e objetiva a análise do jurista supra: o direito subjetivo propriamente dito, tendo sido exercido (consumado) ou não, é protegido pelo princípio constitucional do direito adquirido. Ao revés, caso se trate de mera expectativa de direito, ainda que legítima, será atingido pela lei nova, que produzirá os seus imediatos e regulares efeitos.

Importante ressaltar que o presente estudo abará principalmente a segunda situação: aqueles direitos subjetivos que ainda não foram exercidos, posto que um direito consumado, em tese, já não é mais passível de revisão. Dizemos em tese porque tal situação já ocorreu no ordenamento brasileiro, quando da alteração constitucional dos objetivos e princípios do regime da seguridade social, que era apenas contributivo e, após, passou a ser

¹³ Afonso da Silva, José, *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 34ª edição, ano 2011, Editora Malheiros, p. 435/436.

contributivo e solidário, instituindo a contribuição obrigatória também aos aposentados, ou seja, o ato de sua aposentação – perfeito, acabado e consumado – foi revisto posteriormente, já que passaram a contribuir com a previdência social, havendo aí uma retroatividade da lei, atingindo direitos já adquiridos por aqueles cidadãos.

Estes pontos introdutórios, embora elencados de forma superficial, eram necessários para uma melhor compreensão do tema central da pesquisa. A seguir, no próximo capítulo, passamos a um estudo mais aprofundado do Poder Constituinte Derivado, elencando suas características e limitações (o conceito já foi explanado), dando seguimento ao objeto central do trabalho.

CAPÍTULO II: O PODER CONSTITUINTE DERIVADO

II CARACTERÍSTICAS E DIFERENÇAS FACE AO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

As características já foram enumeradas em tópico anterior. Passemos agora ao estudo um pouco mais aprofundado da matéria.

Nos dizeres do professor Alexandre de Moraes:

“O Poder Constituinte Derivado está inserido na própria Constituição, pois decorre de uma regra jurídica de autenticidade constitucional, portanto, conhece limitações constitucionais expressas e implícitas e é possível de controle de constitucionalidade.”¹⁴

Eis a primeira característica do Poder Constituinte Derivado: a própria Constituição o estabelece, por vezes de forma explícita, por vezes de forma implícita. Como exemplos, podemos citar o quórum qualificado para a alteração da Constituição e, ainda, as chamadas cláusulas pétreas.

Ao revés, o Poder Constituinte Originário não conhece tais limitações, posto que é o detentor primário do poder.

¹⁴ Moraes, Alexandre de, Direito Constitucional, 27ª Ed., ano 2011, Editora Atlas, p. 32.

Ainda com o professor Alexandre de Moraes, ensina o jurista sobre o Poder Constituinte Derivado que:

“Apresenta as características de derivado, subordinado e condicionado. É derivado porque retira a sua força do Poder Constituinte Originário; subordinado porque se encontra limitado pelas normas expressas e implícitas do texto constitucional, às quais não poderá contrariar, sob pena de inconstitucionalidade; e, por fim, condicionado porque seu exercício deve seguir as regras previamente estabelecidas do texto da Constituição Federal.¹⁵”

Em cotejo com o Poder Constituinte Originário, as diferenças são claras: este é originário porque não deriva de nenhum outro poder; não é subordinado (mas sim o poder maior que subordina o poder legiferante de segundo grau) e, finalmente, é incondicionado, tendo em vista que é a origem do poder político jurídico, subordinando o poder de segundo grau.

II.II ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE DERIVADO

O Poder Constituinte Derivado subdivide-se em duas espécies, a saber, o reformador e o decorrente.

¹⁵ Moraes, Alexandre de, Direito Constitucional, 27ª Ed., ano 2011, Editora Atlas, p. 32.

O Poder Constituinte Reformador é aquele que possibilita a alteração da Constituição Federal por meio da promulgação de Emendas Constitucionais, respeitando-se o rito estabelecido pelo próprio texto constitucional. No Brasil, a sua competência é do Congresso Nacional.

Já o Poder Constituinte Decorrente estabelece a possibilidade dos Estados-Membros se auto organizarem por meio de suas respectivas Constituições Estaduais. Isso é possível graças à liberdade federativa que lhes é conferida pela própria Constituições (para os países que possuem a forma federativa de Estado).

Existe ainda o Poder Constituinte Revisor (alguns o chamam simplesmente de Poder de Revisão) e está disposto no art. 3º, do ADCT, estabelecendo que: *“A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”*

A manifestação do Poder Constituinte Derivado se dá por meio da criação e promulgação das Emendas Constitucionais, nos termos do art. 59, inciso I e 60, ambos da CF, tema esse a ser estudado no próximo tópico.

II.III EMENDAS CONSTITUCIONAIS

É a forma de manifestação do Poder Constituinte Derivado e, talvez, um dos principais temas para entender o estudo em voga.

Como se sabe, para que se possa fazer alguma espécie de alteração na Constituição, deverá ser elaborada uma proposta de emenda à

Constituição, com todos os ritos e formalidades expressos na própria Constituição.

Segundo os ensinamentos de Lenio Luiz Streck e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, a Emenda à Constituição é uma:

“Categoria do processo legislativo por meio da qual a Constituição da República, ao adotá-la como forma permanente de reforma, possibilita pontualmente, nos termos do art. 60, modificações em seu texto. Podem ser aditivas e/ou supressivas. Trata-se da forma do exercício do poder constituinte derivado, sujeito, a toda evidência, ao contramajoritarismo que caracteriza as contemporâneas Constituições. Apesar do quórum qualificado exigido para as emendas (três quintos das duas casas legislativas, em votação bicameral e em dois turnos), estas se submetem ao mesmo controle de constitucionalidade dos demais atos legislativos.”¹⁶

É bom lembrar que, por vezes, confunde-se a mutação constitucional (tema já estudado) com a reforma constitucional, diante do liame por vezes sensível entre os institutos.

O professor José Afonso da Silva esclarece:

¹⁶ Comentários à Constituição do Brasil, ano 2.014 – 2ª tiragem, Ed. Saraiva, p. 1.121.

“As constituições brasileiras usaram os termos reforma, emenda, revisão e até modificação constitucional. A questão terminológica nessa matéria começa pela necessidade de fazer distinção entre mutação constitucional e reforma constitucional. A primeira consiste num processo não formal de mudança das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do Estado. A segunda é o processo formal de mudança das constituições rígidas, por meio de atuação de certos órgãos, mediante determinadas formalidades, estabelecidas nas próprias constituições para o exercício do poder reformador.¹⁷”

A explicação é pontual: a mutação decorre de interpretação da Constituição, sem alteração formal de seu texto. Já a reforma se traduz em alteração do texto por meio de uma Emenda Constitucional.

A Emenda Constitucional é atribuição do Congresso Nacional e se apresenta como uma das espécies do processo legislativo brasileiro, nos termos do art. 59, inciso I, da CF.

¹⁷ Afonso da Silva, José, *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 34ª edição, ano 2011, Editora Malheiros, p. 61/62.

Para a sua promulgação, há a necessidade dos votos de três quintos dos membros do Congresso Nacional, em dois turnos, nos termos do art. 60, § 2º, da CF.

O poder de reforma da Constituição, sendo derivado, condicionado e subordinado ao Poder Constituinte Originário sofre limitações impostas pelo próprio texto constitucional, assunto esse que será abordado a seguir.

II.IV LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO

Várias são as limitações sofridas pelo poder legiferante de segundo grau, com o objetivo de conservar o espírito do constituinte originário e limitar o poder estatal face aos reais detentores do poder: a nação, sendo esta constituído por um povo.

Só para que se possa entender o poder que um povo pode reunir, cite-se como exemplo a revolução ocorrida no ano de 1.848.

Ferdinand Lassalle citou o acontecimento, intitulado a passagem de “O Poder da Nação é Invencível”, esclarecendo em sua obra que:

“Em 1848, ficou demonstrado que o poder da nação é muito superior ao do exército e, por isso, depois de uma cruenta e longa luta, as tropas foram obrigadas a ceder.

Mas não devemos esquecer que entre o poder da nação e o poder do exército existe uma diferença muito grande e,

por isso, se explica que o poder do exército, embora em realidade inferior ao da nação, com tempo seja mais eficaz que o poder do país embora maior.

É porque o poder desta é um poder desorganizado e do daquele é uma força organizada e disciplinada que se encontra a todo momento em condições de enfrentar qualquer ataque, vencendo sempre, a não ser nos casos isolados em que o sentimento nacional se aglutina e, num esforço supremo, vence o poder organizado do exército. Mas isso somente acontece em momentos históricos de grande emoção.¹⁸

Voltando ao tema deste capítulo, novamente, trazemos à colação a lição do professor José Afonso da Silva:

“Discute-se, em doutrina, sobre os limites do poder de reforma constitucional. É inquestionavelmente um poder limitado, porque regrado por normas da própria Constituição que lhe impõem procedimento e modo de agir, dos quais não pode arredar sob pena de sua obra sair viciada, ficando mesmo sujeita ao sistema de controle de constitucionalidade. Esse tipo de regramento da atuação do poder de reforma configura limitações formais,

¹⁸ Lassalle, Ferdinand, A Essência da Constituição, 9ª edição, ano 2.015, Ed. Freitas Bastos, p. 39/40.

que podem ser assim sinteticamente enunciadas: o órgão do poder de reforma (ou seja, o Congresso Nacional) há de proceder nos estritos termos expressamente estatuídos na Constituição¹⁹”.

Os manuais e cursos de Direito Constitucional, em geral, costumam distribuir as limitações ao poder de reforma da Constituição em três espécies: as limitações temporais, as circunstanciais e as materiais. Esta é a classificação utilizada por José Afonso da Silva, por exemplo.

Já Alexandre Morais e Pedro Lenza entendem que existem apenas as limitações expressas e implícitas.

Preferimos a classificação de José Afonso da Silva, mais elucidativa ao tema proposto.

Como exemplo de limitação temporal, podemos citar a Emenda Constitucional de Revisão n. 03/1994, que estabeleceu um lapso constitucional de cinco anos para que a Constituição Federal de 1.988 fosse revista.

Essa emenda, todavia, conforme grande parte da doutrina entende, não pode sequer se considerada como exemplo de limitação temporal, posto que foi um ato único e exaurido em 1.994, passando a não mais existir após a Emenda Constitucional de Revisão n. 03/1994, ou seja, não há mais limitações temporais na Constituição brasileira, razão pela qual iremos nos ater apenas às outras duas espécies.

¹⁹ Afonso da Silva, José, *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 34ª edição, ano 2011, Editora Malheiros, p. 65.

Já no que concerne às limitações circunstanciais, estão previstas no art. 60, § 1º, da CF, estabelecendo que *“A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.”*

Assim, de forma explícita, determina o texto constitucional que o constituinte derivado está proibido de promulgar Emendas Constitucionais na vigência de tais situações. É claro que o processo legislativo não para. A limitação é apenas para a promulgação.

A maior complicação está nas limitações materiais, sendo estas as principais para o nosso estudo.

O próprio professor José Afonso da Silva elenca tal preocupação, ensinando que:

“A controvérsia sobre o tema mais se aguça, quanto a saber quais os limites materiais do poder de reforma constitucional. Trata-se de responder à seguinte indagação: o poder de reforma pode atingir qualquer dispositivo da Constituição, ou há certos dispositivos que não podem ser objeto de emenda ou revisão?²⁰”

Para resolver tal impasse, daí sim podemos nos socorrer dos pensamentos dos professores Pedro Lenza e Alexandre de Moraes,

²⁰ Afonso da Silva, José, *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 34ª edição, ano 2011, Editora Malheiros, p. 66.

normalmente, a doutrina resolve, ao menos em parte, a problemática distinguindo as limitações materiais explícitas e implícitas.

As explícitas podemos chamar de núcleo intangível da Constituição. São as chamadas “cláusulas pétreas”. No caso da brasileira, está previsto no art. 60, § 4º, da CF, estabelecendo que:

“Art. 60(...)

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

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

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.”

Já com relação às limitações materiais implícitas, o professor José Afonso da Silva as enumera da seguinte forma:

“(1) as concernentes ao titular do poder constituinte, pois uma reforma constitucional não pode mudar o titular do poder que cria o próprio poder reformador;

(2) as referentes ao titular do poder reformador, pois seria despautério que o legislador ordinário estabelecesse novo titular de um poder derivado só da vontade do constituinte originário;

(3) as relativas ao processo da própria emenda, distinguindo-se quanto à natureza da reforma, para admiti-la quando se tratar de tornais mais difícil seu processo, não a aceitando quando vise a atenuá-lo²¹”.

Lenio Luiz Streck e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira sintetizam muito bem as limitações materiais e circunstanciais para a reforma constitucional, ensinando que:

“Os limites materiais ao poder de reforma consistem em matérias que, em virtude de constituírem o cerne material de uma constituição, representando, pois, a sua própria identidade, são subtraídas à plena disposição do poder de reforma, ainda que atendidos os requisitos postos pelos limites de ordem formal e circunstancial. Sua função precípua, portanto, é a de preservar aquilo que também se chamou de elementos constitucionais essenciais (John Rawls) e, com isso, assegurar uma certa permanência e

²¹ Afonso da Silva, José, *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 34ª edição, ano 2011, Editora Malheiros, p. 68.

estabilidade do sistema e a manutenção, salvo substituição da constituição por uma nova, do núcleo da obra do constituinte originário²²”.

Contudo, mesmo com toda a teoria desenvolvida, na prática, árdua é a aplicação de tais institutos, diante da necessidade de atualização do texto constitucional, adaptando-o à realidade do País.

Por fim, o art. 60, § 4º, da CF estabelece as matérias que não podem ser objeto de deliberação tendente a formalizar a sua alteração por meio das Emendas Constitucionais. Os incisos I a III possuem especial proteção aquilo que a doutrina denominou de “princípios constitucionais sensíveis”. Caso violados, enseja-se a intervenção federal. Tais princípios estão formalmente definidos no art. 34, inciso VII, da CF, a saber:

“Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

(...)

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

b) direitos da pessoa humana;

²² Comentários à Constituição do Brasil, ano 2.014 – 2ª tiragem, Ed. Saraiva, p. 1.129.

c) autonomia municipal;

d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.”

Daí a problemática que desde o início do estudo se perquire: os direitos fundamentais são absolutos? O direito adquirido é um direito fundamental absoluto? O tema é tormentoso e será abordado a parte, em capítulos próprios.

CAPÍTULO III: A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY

III. A INTANGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há muito já se discute na doutrina e na jurisprudência sobre a intangibilidade dos direitos fundamentais. E a conclusão não poderia ser outra, respeitado o entendimento em sentido contrário: não. Os direitos fundamentais não são intangíveis, não são absolutos. Nenhum direito fundamental é absoluto, muito embora a Constituição Brasileira os considere como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inciso IV).

Concordamos com a maioria esmagadora da doutrina que segue essa linha de pensamento, visto que a intangibilidade dos direitos fundamentais levaria a Constituição de 1.988 a uma categoria puramente ideológica, sem aplicação prática, visto que promulgada em uma época absolutamente fora do contexto atual do ponto de vista democrático, político e jurídico, já que o país estava se livrando, finalmente, de regimes ditatoriais, totalitários e militares.

Ainda existe a discussão se somente os direitos dispostos no art. 5º são protegidos. Contudo, tal discussão se tornou inócua, diante da tendência moderna à proteção dos direitos fundamentais de dimensões distintas, tais como civis, políticos, sociais, meio ambiente, etc...

Segundo os ensinamentos do professor Ingo Wolfgang Sarlet e Rodrigo Brandão:

“Todavia, parece-nos correta a doutrina majoritária ao salientar que o constituinte de 1.988 conferiu status de cláusulas pétreas aos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira ‘dimensão’, sejam eles direitos de defesa ou prestacionais. Isto porque o sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, cuja eficácia reforçada se revela na aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º), bem como na sua proteção reforçada quanto à ação erosiva do constituinte-reformador (art. 60, § 4º, IV), caracteriza-se pela unicidade. Com efeito, de uma leitura sistêmica da Constituição de 1.988 não se verifica hierarquia ou destaque conferido aos direitos de defesa em detrimento dos direitos prestacionais ou de direitos de uma dimensão em prejuízo das demais. Ao contrário, percebe-se uma fina sintonia entre o constituinte de 1988 e a tese da indivisibilidade e a interdependência das dimensões de direitos fundamentais, a qual vem gozando de primazia no direito internacional dos direitos humanos.”²³

Concordamos. A divisibilidade dos direitos fundamentais, não importando a qual dimensão pertencem violaria de morte os princípios da unicidade e da efetividade da Constituição, vez que esta somente é efetiva e

²³ Comentários à Constituição do Brasil, ano 2.014 – 2ª tiragem, Ed. Saraiva, p. 1.135/1.136.

uma quando analisada, de forma sistemática, à luz de todas as suas normas, posto que é a Lei Fundamental do País, conforme, inclusive, já estuda acima e elencado por Ferdinand Lassale.

Voltando ao ponto, alguns exemplos de exceção à regra sem a necessidade de atualização do texto estão previstos na própria própria Constituição, como por exemplo, a proibição à pena de morte prevista na Constituição brasileira. O art. 5º, inciso XVII, alínea “a” estabelece:

“XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;”

Dessa forma, o texto constitucional prevê a proibição, mas já abre a brecha para uma exceção que seria a possibilidade de pena de morte em caso de guerra declarada aos traidores da pátria. Dessa forma, até o direito fundamental que proíbe a pena de morte não é absoluto.

Outro direito fundamental que a Constituição prevê exceções é o da inviolabilidade do domicílio, havendo possibilidade de sua violação no caso de flagrante em delito, prestar socorro e desastre iminente.

Robert Alexy foi um dos precursores sobre o tema. Sob uma ótica de modelo puro de princípios, leciona que:

“A análise levada a cabo até agora demonstrou que o Tribunal Constitucional Federal, pelo menos em alguns casos, concebe as normas de direitos fundamentais como princípios. Com a ajuda da lei de colisão pôde ser definida a conexão entre as normas de direitos fundamentais enquanto princípios e as regras de direitos fundamentais que se relacionam com a decisão: as condições sob as quais um princípio prevalece sobre o outro constituem o suporte fático de uma regra, a qual expressa as consequências jurídicas do princípio prevalente.”²⁴

O jurista ensina que o direito fundamental é encarado como um princípio e confessa que um pode se sobrepor ao outro, por meio da técnica da ponderação de princípios, tema este, que será aprofundado no próximo tópico. O que aqui interessa saber é que os direitos fundamentais não são absolutos, mesmo quando a Constituição não faça referência a exceções, vez que algum direito pode ser sacrificado em prol de outro ou até mais de um.

Por diversas vezes os direitos fundamentais já foram desafiados, tanto pelo constituinte derivado, como pelos juízes e tribunais. Casos clássicos são as Emendas Constitucionais n. 20/98 (reforma administrativa, que dentre outras coisas, estabeleceu uma hipótese extraordinária de demissão dos servidores públicos), n. 41/03 (que instituiu o denominado “teto constitucional” para todo o funcionalismo público, bem como instituiu o regime solidário de

²⁴ Alexy, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª ed.. 4ª tiragem, ano 2.015, Editora Malheiros, p. 121.

previdência social), e as de ns. 45/04 e 47/05 (reforma do judiciário, fator previdenciário, etc...).

Todavia, sob pena de falência geral do Estado e inexecução total das tarefas positivas (obrigação de fazer), a análise deve ser feita sob a ótica da ponderação de direitos, conforme já dito supra, onde um direito sucumbe a outro bem maior ou outro direito de forma a manter a pacificação social e o princípio da unidade da Constituição, tema este que será abordado a seguir.

III.I A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

A obra de Robert Alexy (traduzida por Virgílio Afonso da Silva) trata muito bem sobre a problemática.

Nela, o filósofo esclarece que para desenvolver uma teoria robusta sobre os direitos fundamentais, é preciso distinguir os conceitos de regra e princípio. Nas suas palavras:

“Até aqui a análise concentrou-se no conceito de norma de direito fundamental. A partir de agora, é sua estrutura que será analisada. Para alcançar esse objetivo, é possível utilizar diversas diferenciações teórico-estruturais. Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e

uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, mas também dos direitos de proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem ser mais bem esclarecidos. A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.²⁵

²⁵ Alexy, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª ed.. 4ª tiragem, ano 2.015, Editora Malheiros, p. 85.

A distinção se faz necessária, diante do grau de abstração relativamente baixo de normas de direitos fundamentais (ou é ou não é) e o alto grau de abstração dos princípios de direitos fundamentais (utilizados com muito mais frequência do que as regras).

É o raciocínio tirado por Robert Alexy:

“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes²⁶”.

O problema, portanto, reside na colisão nas normas-princípio de direitos fundamentais, posto que podem ser aplicadas total ou parcialmente, ou ainda, sucumbirem diante de outra norma-princípio.

²⁶ Alexy, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª ed.. 4ª tiragem, ano 2.015, Editora Malheiros, p. 90.

Caso diferente é o das regras de direitos fundamentais, posto que são ou não aplicadas. É o famoso tudo ou nada. Nas palavras do filósofo:

“Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contém, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.”²⁷

Diante da problemática, o filósofo desenvolveu uma técnica visando à resolução de colisões entre princípios e de conflitos entre regras, técnica esta denominada de “técnica da ponderação”, que será estudada no tópico a seguir.

III.II A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY

A solução para o conflito de normas e a colisão entre princípios é peculiar a cada caso.

Quando duas normas conflitam, duas são as possibilidades: que uma das normas excetue a regra imposta (exemplo: não haverá pena de morte,

²⁷ Alexy, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª ed.. 4ª tiragem, ano 2.015, Editora Malheiros, p. 91.

salvo nos casos de guerra declarada) ou que uma das regras seja declarada inválida. Para estes casos, utiliza-se os famosos critérios fornecidos pelo estudo das antinomias das leis (critério da especialidade, temporal, etc...)

Já quando dois princípios colidem, e aqui é a parte mais importante para o estudo, um deverá sempre sucumbir a favor do outro, não significando, jamais, que esse ou aquele princípio é maior ou tenha maior valor jurídico-normativo. Um exemplo já foi elencado nos tópicos anteriores: o princípio do direito adquirido e a necessidade das reformas administrativa e previdenciária, sob pena de falência geral do Estado (sobretudo do sistema previdenciário). Neste caso, o princípio do direito adquirido sucumbiu diante de princípios de maior relevância (neste caso específico), como por exemplo, o direito à seguridade social, alguns direitos sociais, vida digna, etc...

Assim, a resolução para a colisão entre princípios é o sopesamento entre eles, primando pela maior efetividade possível da Constituição, evitando-se ferir direitos de outros cidadãos.

Resumindo, podemos chamar de a técnica da proporcionalidade, ou seja, a análise da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (mandado de ponderação), visando a um resultado comum, com o menor dano possível entre os envolvidos, sempre observado a licitude dos direitos invocados pelos litigantes.

Aliás, muito pontual a lição do eminente Ministro Luís Roberto Barroso:

“O princípio da razoabilidade-proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, é de grande importância na dogmática jurídica contemporânea, tanto por sua dimensão instrumental, quanto material. O referido princípio não está expresso na Constituição, mas te, seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle de discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.”²⁸

Concordamos com o ministro, e mais: entendemos extremamente relevante a conexão dos princípios da razoabilidade com o da proporcionalidade, na medida em que, a nosso ver, a razoabilidade nada mais é do que um desdobramento da proporcionalidade e ambos, aqui entendidos como princípios fundamentais, garantem maior controle dos atos administrativos e mais efetividade no respeito aos direitos fundamentais, inclusive sendo imprescindíveis na análise da ponderação de direitos proposta por Robert Alexy, conforme acima estudado.

²⁸ Comentários à Constituição do Brasil, ano 2.014 – 2ª tiragem, Ed. Saraiva, p. 94.

Tudo o que até aqui foi desenvolvido, o foi com o objetivo de preparar o acadêmico para análise do ponto crucial do trabalho – a saber – o poder de reforma do legislador derivado e o conteúdo jurídico (mínimo intangível) do princípio do direito adquirido, vez que tal tema constantemente vem sendo desafiado pelo Congresso Nacional, muitas vezes com o aval *ad referendum* do Supremo Tribunal Federal, com a promulgação de diversas Emendas Constitucionais que atingem direitos adquiridos, sejam eles em exercício, sejam aqueles já consumados. A ideia é demonstrar, sob a nossa ótica, até que ponto a Constituição poderá ser emendada ferindo direitos adquiridos objetivando o bem comum – o pensamento no coletivo – na visão moderna de Estado Constitucional Democrático Social de Direito, que não visão de Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes:

“A Constituição do Brasil de 1.988 – ao lado do princípio republicano e da forma federativa de Estado, princípios fundamentais da organização do Estado, inova ao incorporar o conceito de Estado Democrático de Direito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma aposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto

onde a preocupação básica é a transformação do status quo.²⁹”

Com essas considerações, passamos ao estudo aprofundado do direito adquirido.

²⁹ Comentários à Constituição do Brasil, ano 2.014 – 2ª tiragem, Ed. Saraiva, p. 113.

CAPÍTULO IV: O PRINCÍPIO DO DIREITO ADQUIRIDO E SEUS DESDOBRAMENTOS

IV CONCEITO

A Constituição Federal de 1967/69 já previa o direito adquirido em seu art. 153, § 3º. Dessa forma, o princípio já havia sido constitucionalizado bem antes da Constituição cidadã de 1.988, que manteve o referido princípio em seu art. 5º, inciso XXXVI, que assim dispõe: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

Em verdade, todas as Constituições a partir da de 1.934 (com exceção da Carta de 1.937) estatuíram regra semelhante.

Em igual sentido é o art. 6º, do Decreto Lei n. 4.567/42 (Lei de Introdução ao Código Civil), que assim estabelece: *“A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”*.

Não é por demais lembrar que a antiga LICC foi alterada para a nomenclatura LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), por se cuidar não apenas de norma afeta ao direito civil, mas sim a toda unidade constante do ordenamento jurídico brasileiro.

Voltando à LINDB, o mesmo artigo em seu § 2º explica bem o conceito literal de direito adquirido:

§ 2º: Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

O artigo é muito claro em sua redação. Para que se possa considerar um direito como adquirido (e não mera expectativa de direito), deve ele ter a possibilidade de exercício imediato, ou termo pré-fixado, ou, ainda, uma condição que não mais possa ser alterada. Sem qualquer desses elementos, isoladamente, não estiverem presentes, não se pode considerar o direito como adquirido.

Na lição do professor Vicente Ráo, direito adquirido:

“É todo o direito resultante de um fato capaz de produzi-lo segundo a lei em vigor ao tempo em que este ato se verificou.”³⁰

Podemos conceituar direito adquirido, então, como um fato jurídico gerado sob o manto da lei em vigor à época do acontecimento daquele fato, sem que haja possibilidade de contestação por terceiros ou condição temerária que o retire do seu titular.

³⁰ Ráo, Vicente, O Direito e a Vida dos Direitos, Vol I, Tomo III, Ed. Resenha Universitária, ano 1.977, p. 362).

Não raras vezes houve discussões sobre a disposição do direito adquirido na legislação ordinária, sob pena de se tentar legalizar instituto que, desde 1.934 (exceção feita à Constituição de 1.937), pertence ao campo do Direito Constitucional.

Todavia, com a Criação do Supremo Tribunal Federal, a discussão tornou-se estéril. Nos dizeres do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

“Com a criação do Superior Tribunal de Justiça, passou-se a advogar entendimento segundo o qual as matérias relacionadas com o direito intertemporal seriam de competência daquele órgão, incumbido pela Constituição de zelar pela boa aplicação do direito federal. Essa questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, objeto de preliminar no julgamento do RE 226.855/RS, ocasião em que a Corte decidiu que a matéria relacionada ao direito adquirido tem indubitável caráter constitucional, ficando vencidas as posições que sustentavam o perfil infraconstitucional do instituto.”³¹

Definir a sua aplicabilidade e alcance, contudo, é tema mais complexo, merecendo tópico à parte, sendo a seguir estudado.

³¹ Comentários à Constituição do Brasil, ano 2.014 – 2ª tiragem, Ed. Saraiva, p. 369.

IV.I APLICABILIDADE E ALCANCE DO DIREITO ADQUIRIDO

Falar em direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada significa falar em, também, direito intertemporal e segurança jurídica, posto que são institutos interligados entre si que fazem parte do princípio (além de outros) da unidade da Constituição. Nos dizeres do professor José Francisco Ferraz Filho:

“Princípio da irretroatividade da lei. Direito adquirido é o que se incorporou definitivamente ao patrimônio da pessoa em decorrência da lei existente. O ato jurídico perfeito e a coisa julgada são, na verdade, manifestações do direito adquirido. De que serviria a lei se posteriormente ela viesse a retirar o direito que sob ela se adquiriu? Onde se situaria a segurança jurídica? O direito procura a justiça para promover a paz. Se à lei fosse dado desfazer o que se fez à sua luz, então a paz deixaria de existir.

Os efeitos do direito se distendem pelo tempo futuro. Assim, é preciso que a eficácia dos atos reconhecidos pelo direito e, determinado momento permaneça no futuro, como afirmação da segurança jurídica, isto é, como forma de estabilizar fatos e situações ocorridas sob a égide da lei anterior. Caso esses fatos e situações

*fossem destruídos por norma subsequente, não haveria
amizade certa sobre o destino de atos celebrados sob a
égide do direito. Instalar-se-iam insegurança e
instabilidade nas relações sociais. Por isso, é de suma
importância o estabelecimento do princípio da
irretroatividade das leis, do reconhecimento de que
normas futuras não podem voltar-se para o passado e,
nele, apagar o que o direito então vigente aprovou. Há um
caso, contudo, em que ela, retornando, pode fazer isso. É
quando, em matéria penal, a lei pode retroagir para
beneficiar o réu, já condenado ou em via de sê-lo.³²*

Concordamos com o raciocínio. O ato jurídico perfeito e a coisa julgada são desdobramentos do direito adquirido e visam a primar pelo princípio da irretroatividade das leis. Esta, por sua vez, é garantida pelo princípio da segurança jurídica, regra obrigatoriamente observada quando se fala em direito intertemporal. Assim, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada nada mais são do que direitos adquiridos, seja em decorrência de um ato juridicamente perfeito e acabado, seja de uma sentença judicial transitada em julgado.

É importante lembrar a lição do início do estudo, no sentido de que nenhum direito é absoluto. O direito adquirido pode sofrer limitações. O ato jurídico perfeito pode ser revisto judicialmente. A coisa julgada pode ser relativizada.

³² MACHADO, COSTA (Organizador), Constituição Federal Interpretada, ano 2.010, Ed. Manole, p. 31.

Assim, podemos dizer que a aplicabilidade do direito adquirido, desde que preenchidas as condições já estudadas, é imediata, ou, no termo pré-fixado.

Já o seu alcance, pode-se dizer que produz os seus regulares e jurídicos efeitos à pessoa portadora do direito, ou quem em seu lugar puder fazê-lo. Cuida-se, assim, de uma hipótese extraordinária de legitimação de terceiro, expressamente prevista pela Lei n. 13.105/15 (Novo CPC). Não é por demais lembrar que o direito pode ser exercido em sua plenitude ou parcialmente, ao desiderato do cidadão cujo direito subjetivo lhe atinge, contudo, deve fazê-lo sempre dentro das condições previstas para que se possa considerar o direito como adquirido. Um bom exemplo seria o direito adquirido a um legado. Transcorrido o prazo legal sem que o legatário tome posse e transfira os bens para o seu patrimônio particular, o legado se tornará jacente/vacante, não podendo mais ser reclamado.

Sobre o tema, as lições de José Celso de Mello Filho:

“A incidência imediata das normas constitucionais, todas elas revestidas de eficácia derogatória das regras e dos atos dotados de positividade jurídica inferior, não permite que se invoque contra elas qualquer situação juridicamente consolidada. Assim, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, embora imunes à ação legislativa ordinária, que não poderá afetá-los, mostram-

*se irrelevantes em face da inquestionável supremacia formal e material das regras constitucionais.*³³”

Com essas considerações, pode-se afirmar que o direito é uma ciência criada para a pacificação dos conflitos. Esta pacificação não necessariamente será justa, mas sempre será jurídica e/ou política.

O direito adquirido é instituto criado justamente para manter essa pacificação social: os direitos adquiridos de forma lícita na vigência de uma determinada devem permanecer com os seus portadores, sob pena de insegurança jurídica e tumulto social. Sobre a segurança jurídica, passemos a um breve estudo.

IV.II A SEGURANÇA JURÍDICA

Pode-se analisar o princípio da segurança jurídica sob duas vertentes: a objetiva e a subjetiva.

Objetivamente falando, a segurança jurídica impede que uma lei antiga que tenha produzido todos os seus legais e regulares efeitos no passado seja atropelada por lei nova, desrespeitando os atos que sob o manto daquela tenham sido produzidos de forma lícita.

Subjetivamente falando, a segurança jurídica tranquiliza a sociedade de que eventuais atos produzidos pelo Estado não lhe atinjam direitos que já

³³ Constituição Federal Anotada, São Paulo: Saraiva, 1.984, p. 431.

foram definitivamente incorporados ao patrimônio jurídico particular do portador do direito.

Nos dizeres do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

“É possível que a aplicação da lei no tempo continue a ser um dos temas mais controvertidos do direito hodierno. Não raro, a aplicação das novas leis já estabelecidas suscita infundáveis polêmicas. De um lado, a ideia central de segurança jurídica, uma das expressões máximas do Estado de Direito; de outro, a possibilidade e necessidade de mudança. Constitui grande desafio tentar conciliar essas duas pretensões, em aparente antagonismo.”³⁴

Eis, enfim, a problemática proposta no estudo: o antagonismo entre uma Emenda Constitucional, por exemplo, e o princípio do direito adquirido atrelado à segurança. Afinal, existe um núcleo intangível do direito adquirido? O tema será abordado a seguir.

IV.III O NÚCLEO INTANGÍVEL DO DIREITO ADQUIRIDO

Já se esclareceu no presente estudo que nenhum direito fundamental é absoluto. Todos podem sofrer limitações face a um bem coletivo

³⁴ Comentários à Constituição do Brasil, ano 2.014 – 2ª tiragem, Ed. Saraiva, p. 368.

maior ou em prol de outro direito que, no caso, proporcionalmente, merece prevalecer.

Sendo o direito adquirido um direito (alguns diriam garantia) fundamental, necessária uma breve explanação sobre o núcleo intangível dos direitos fundamentais, aquela matéria que, em tese, não há espaço sequer para a aplicação da técnica de ponderação de Robert Alexy.

Socorremo-nos aos ensinamentos do professor Ingo Wolfgang Sarlet:

“A garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental. Com efeito, a limitação de um direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia. A ideia fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais, mas que também podem ser opostas a particulares, embora quanto a este último aspecto exista divergência doutrinária relevante. Mesmo quando o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos restringidos. Não cabe aqui avaliar se o núcleo essencial

seria, ou não, determinado com base num processo de ponderação, dando origem a duas teorias sobre o núcleo essencial: a absoluta e a relativa. Na primeira hipótese, o respeito ao núcleo intangível dos direitos fundamentais poderia desempenhar o papel de um ‘filtro’ (muitas vezes subsidiário) ao exame de proporcionalidade; na segunda, estaria muito provavelmente fadado a ser absorvido por este exame. Cumpre, no entanto, ressaltar o objetivo comum que ambas as teorias, mesmo que por caminhos diversos, se esforçam em alcançar: a garantia de maior proteção dos direitos fundamentais...³⁵”

A questão é tormentosa: não existem trabalhos expressivos que se esforcem em criar uma teoria, ou ao menos esclarecer sobre o limite disponível para a supressão de determinado direito fundamental, e, aqui, entendido também o direito adquirido.

Aliás, sobre este, existem construções doutrinárias sobre a prevalência do direito adquirido à alteração substancial de novos regimes constitucionais, que afetam e transformam o ordenamento, suprimindo direitos com o objetivo, por vezes, de melhor adequar o orçamento à realidade do país.

Resta-nos, pois, e sobre esse tema era mesmo o objetivo primordial deste trabalho, destrinchar a matéria. E aqui ousamos perguntar: existe direito adquirido face às Emendas Constitucionais? O tema será abordado a seguir, no próximo capítulo.

³⁵ Comentários à Constituição do Brasil, ano 2.014 – 2ª tiragem, Ed. Saraiva, p. 206/207.

CAPÍTULO V: O DIREITO ADQUIRIDO FACE AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

V O LIMITE DO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO DIANTE DO DIREITO ADQUIRIDO

Já estudamos que todo direito fundamental possui um núcleo essencial, uma carga jurídica intangível, sob pena de supressão integral desse direito diante do poder de império do Estado.

Não raras vezes, os direitos fundamentais vêm sendo violados a pretexto de melhor distribuição das políticas públicas, visando o interesse coletivo em detrimento do interesse particular.

Também já vimos que, sendo um direito fundamental, o direito adquirido estaria, em tese, protegido diante da sua petrificação, nos termos constitucionais.

Segundo os ensinamentos do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, citando o jurista Savigny:

“Assim, sustentava Savigny que as leis concernentes aos institutos jurídicos outorgam aos indivíduos apenas uma qualificação abstrata quanto ao exercício do direito e uma expectativa de direito quanto ao ser ou ao modo de ser do direito.

O notável jurisconsulto distinguia duas classes de leis. A primeira, concernente à aquisição de direito, submetia-se ao princípio da irretroatividade, é dizer, à manutenção dos direitos adquiridos. A segunda, relativa à existência de direitos (normas relativas ao contraste entre a existência ou a inexistência de um instituto), não estava submetida ao princípio da irretroatividade.³⁶

O raciocínio parece complicado, mas em uma leitura mais atenta observa-se claramente a ocorrência de duas hipóteses: uma delas é o direito adquirido pelo cidadão, de forma particular. Um bom exemplo é uma gratificação de ordem pessoal adquirida por um servidor que, logo após, é realocado sem prévio aviso pela Administração, e, nesse novo cargo, a gratificação é suprimida. Neste caso, se ela for de ordem pessoal (antiguidade e merecimento, por exemplo) terá o servidor o direito adquirido à gratificação. Na outra hipótese, o raciocínio é no sentido de que não há direito adquirido a um instituto jurídico – vale dizer – ao regime jurídico propriamente jurídico aplicado a todos os administrados. No mesmo exemplo acima, pode-se citar um o auxílio deslocamento, por exemplo (que é pago a diversos servidores em início de carreira). Cessado o deslocamento e alocado o servidor em local fixo, não há mais razão para o pagamento do auxílio – vale dizer – a verba é vinculada à lei específica, nada tendo a ver com o regime jurídico pessoal do servidor.

³⁶ Comentários à Constituição do Brasil, ano 2.014 – 2ª tiragem, Ed. Saraiva, p. 369.

Concordamos com ressalvas.

O raciocínio seria perfeito não fosse a esperteza do legislador, verdadeiros rábulas na arte de dissimular situações. Explica-se: ainda no mesmo exemplo, é muito comum a criação de auxílios, gratificações, abonos etc... para disfarçar verdadeiros aumentos disfarçados de vencimentos/proventos/subsídios. E isso tem dois lados: um ruim, citando como por exemplo a carreira militar, em que o soldado percebe a vida inteira duas verbas que compõem mais da metade de seus soldos: o adicional de insalubridade e o adicional e local de exercício. Quando se aposentam, perdem essas verbas, sob o argumento que cessou a insalubridade bem como o local perigoso. Mas há o lado ainda pior: os infindáveis auxílios e verbas de gabinete percebidas pelos próprios congressistas ou por funcionários comissionados dos três poderes da Federação que, por não fazer parte dos vencimentos, não entram no denominado “teto constitucional” instituído pela Emenda Constitucional n. 41/2003. Outros nomes de peso defendem essa posição (Gabba, Roubier, entre outros).

Dessa forma, haveria direito adquirido durante a vigência de determinado instituto, mas não ao instituto em si, o qual, caso abolido por meio de Emenda Constitucional, suprimiria os direitos adquiridos em decorrência daquele.

Notória que é insustentável a tese pura e simples de direito adquirido a qualquer regime jurídico. Já estudamos que a Constituição precisa de reformas, adequando o texto à realidade do país, sob pena de hipertrofia estatal, aumento de gastos públicos e execução temerária de políticas públicas.

Já é cediço, por exemplo, que os gastos do SUS extrapolaram o seu limite há anos diante do excesso de decisões judiciais fornecendo medicamentos, de baixo, médio e alto custo, inclusive o controvertido *home care*, que, sozinho, poderia fornecer verba para uma centena ou mais pessoas que tenham a necessidade de medicamentos de baixo e médio custo.

Também não é novidade a crescente, e preocupante, judicialização de vários temas afetos ao Executivo e ao Legislativo, o que só faz aumentar ainda mais o orçamento do Estado.

Então, é mesmo necessária uma atualização da Constituição sobre tais temas, como por exemplo, o conteúdo do art. 196, da Constituição Federal em cotejo com o art. 5º. Ambos garantem o direito à saúde universal e gratuito a brasileiros, natos e naturalizados, além dos estrangeiros.

A redação ideologicamente falando é bonita, mas na prática, infla o orçamento estatal e prejudica o coletivo.

Mas então, com essas considerações, afinal, existe direito adquirido face às Emendas Constitucionais? Veremos a seguir.

V.I EXISTE DIREITO ADQUIRIDO FACE ÀS EMENDAS CONSTITUCIONAIS?

Esse é o ponto do estudo. Uma Emenda à Constituição deve observar todas as formalidades existentes na própria Constituição (limitações, quórum, etc...), dentre elas, as cláusulas pétreas, aí incluído o direito adquirido,

por ser este uma das espécies pertencentes à classe dos direitos fundamentais.

Diante do já estudado, podemos tentar resolver a questão sob duas vertentes: uma delas é com base na teoria de Robert Alexy.

Para o filósofo, o caso seria resolvido à luz da técnica da ponderação (proporcionalidade/razoabilidade).

Assim, um eventual direito adquirido poderia dar lugar a outro direito fundamental igualmente importante.

Embora o Estado apresente ano a ano a meta fiscal de gastos (em todos os entes federados), sabe-se que a sua arrecadação, vinculada ou não, um montante único. Se o gasto público extrapolar em determinado serviço público, de outro lugar será tirado esse dinheiro, primando pelo princípio da continuidade do serviço público.

O exemplo clássico foi a instituição do denominado “teto constitucional” pela Emenda Constitucional n. 41/2003, que inseriu, no art. 37, da Constituição Federal, o inciso XI, estabelecendo um limite máximo a título de vencimentos/proventos/subsídios aos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos, em todas as esferas da federação. Pela teoria de Robert Alexy, a Emenda em voga se justifica diante do excesso dos gastos públicos com poucos, em detrimento dos demais, o que ofenderia aos princípios da dignidade humana (alguns recebendo bem menos do que o mínimo existencial) e outros recebendo acima do necessário para a sua subsistência. Outros princípios estaria, também, em discussão: irredutibilidade de vencimentos (em

prol do direito adquirido), salário não inferior ao mínimo (contra o direito adquirido), etc...

De qualquer forma, para o filósofo, pensamos que a referida Emenda é constitucional porque, em uma técnica de ponderação, os fins justificaram os meios, ou seja, a redução salarial de poucos garantiu um piso salarial digno a muitos. Esta é a ótica de Robert Alexy.

A outra solução é a proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, conforme já explanado acima. Existe direito adquirido na vigência de determinado estatuto jurídico, contudo, a recíproca não é verdadeira em relação à manutenção do referido estatuto no ordenamento jurídico.

E os Tribunais têm se inclinado para esse entendimento. Um exemplo muito bom é a Súmula n. 170/STF, estabelecendo que *“É resgatável a enfiteuse instituída anteriormente à vigência do Código Civil”*. Trata-se da enfiteuse instituída antes da vigência do Código Civil de 1.916. No caso, reconheceu-se a aplicação imediata do novo instituto regulamentado pelo Código em detrimento das regras vigentes antes do Código.

Novamente, socorremo-nos aos ensinamentos do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

“Assentou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois, que a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito não obstava à modificação ou à supressão de determinado instituto jurídico. Em acórdão proferido no RE 94.020, de 4-11-1981, deixou assente a

Excelsa Corte, pela voz do Ministro Moreira Alves: ‘(...) em matéria de direito adquirido vigora o princípio – que este Tribunal tem assentado inúmeras vezes – de que não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito. Quer isso dizer que, se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (como é o direito de propriedade, seja ela coisa móvel ou imóvel, ou de marca), essa modificação se aplica de imediato’.

Esse entendimento foi reiterado pelo Supremo Tribunal Federal em tempos mais recentes. Em decisão proferida no RE 226.855, a Corte reconheceu a natureza institucional do FGTS, afirmando que é de se aplicar-se a ele a firme jurisprudência da Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico”³⁷.

Ambas as soluções, tanto da jurisprudência do sodalício maior, quanto da técnica da ponderação de Robert Alexy são perigosas, posto que há margem para abuso.

Por óbvio que as Emendas Constitucionais estão sujeitas ao controle de constitucionalidade. Mas a Corte Maior, sendo órgão político e jurídico (herança da forma como são nomeados os seus ministros), vêm ratificando, senão todas, grande parte das Emendas Constitucionais que estão criando, modificando ou transformando institutos de direito. Um bom exemplo é a seguridade social, que antes possuía regime apenas contributivo. Após as

³⁷ Comentários à Constituição do Brasil, ano 2.014 – 2ª tiragem, Ed. Saraiva, p.369/370.

Emendas Constitucionais ns. 20/98, 41/03 e 47/05, passou a ter regime, além de contributivo, solidário.

O ministro Gilmar Ferreira Mendes, citando as lições de Saviny, tenta trazer uma saída para o caso:

“A propósito, já assentara Saviny que, nesse caso, o problema se desloca do âmbito do direito intertemporal para o plano da política legislativa. Como observado, o emérito jurisconsulto recomendava que, por razões de equidade, deveria o legislador conceder uma compensação ao atingido pela providência.”³⁸

Não é essa providência, todavia, que vêm sendo tomada pelos congressistas ao modificar, excluir ou criar novos estatutos jurídicos. Uma exceção seja feita: a Emenda Constitucional n. 47/05, que “amenizou” a nova regra de aposentadoria dos servidores, criando o que se denominou de “pedágio” para fins de aposentação.

Aliás, já que estamos batendo na tecla da Emenda Constitucional n. 41/03, é bom lembrar que esta já teve a sua constitucionalidade ratificada pela Suprema Corte em todos os seus pontos. Um deles merece destaque, segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

³⁸ Comentários à Constituição do Brasil, ano 2.014 – 2ª tiragem, Ed. Saraiva, p.370.

“Questão relevante foi trazida à apreciação da Corte na ADI 3.105, na qual se discutiu a incidência da Emenda Constitucional n. 41/2003, art. 4º, caput, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. Alegava-se que a tributação dos inativos violava o art. 5º, XXXVI, da Constituição, uma vez que ‘os servidores públicos aposentados e os que reuniam condições de se aposentar até 19 de dezembro de 2.003 têm assegurado o seu direito subjetivo, já incorporado aos seus patrimônios jurídicos, de não pagarem contribuição previdenciária, forçosa a conclusão de que o art. 4º da Emenda Constitucional n. 41, de 2.003, não poderia, como fez, impor a eles a obrigação de pagar dito tributo, de modo a prejudicar aquele direito adquirido e impor aos seus titulares situação jurídica mais gravosa’. Também aqui considerou-se a não configuração do direito adquirido a um dado estatuto jurídico. A não incidência inicial da contribuição sobre os proventos dos inativos não assegurava aos aposentados imunidade em relação à tributação, e o fato de não se ter estabelecido a tributação

*até então não legitimava, do ponto de vista do direito adquirido, a preservação indefinida desse status*³⁹.

Por mais injusto e nebuloso o raciocínio, concordamos, embora com ressalvas.

Realmente não há como se ter direito adquirido a um dado estatuto jurídico, sob pena de, conforme já dito, tornar inócuo o texto maior, diante das prementes necessidades da sociedade com o avanço da densidade demográfica.

Contudo, o raciocínio praticamente esvazia o estatuto do direito adquirido, na medida em que sempre serão possíveis a promulgação de Emendas Constitucionais que visam à modificar, extinguir ou criar estatutos jurídicos novos, o que gera insegurança jurídica para a sociedade, vez que nunca se sabe o que poderá acontecer no futuro.

Como já dissemos, a problemática é tormentosa e, felizmente, a Constituição de 1.988 foi extremamente fraterna, visto que, do contrário, a situação poderia estar bem pior: melhor adequar um texto cidadão do que tentar socializar mais um texto constitucional.

Passemos à nossa conclusão sobre o estudo.

³⁹ Comentários à Constituição do Brasil, ano 2.014 – 2ª tiragem, Ed. Saraiva, p.370.

VI CONCLUSÃO

Sobre tudo o exposto, concluímos que, de fato, a Constituição de um país precisa de reformas, diante das necessidades e anseios sociais que sofrem mutações através das épocas.

A reforma também se torna necessária para desburocratizar a máquina administrativa e aliviar o Estado de prover todos os recursos necessários, deixando em suas mãos apenas as necessidades estritamente essenciais da sociedade.

Engessar determinados institutos jurídicos sob o manto do direito adquirido vai na contramão desse raciocínio, o que pode causar uma hipertrofia no poder estatal deixando a sociedade em suas mãos, seja para prover recursos, seja porque, caso não os tenha, os cidadãos não terão outro lugar para ver reconhecido os seus direitos mínimos essenciais (art. 170, da CF), causando a falência geral do Estado e da sociedade.

Concordamos com todas as lições propostas por Robert Alexy, Gilmar Mendes, Saviny, dentro outros que elencamos ao longo do trabalho, e entendemos pela necessidade de um apanhado geral dessas ideias, com destaque do pensamento proposto por Saviny: ao excluir ou modificar um determinado instituto jurídico, é dever do poder legiferante que o excluiu ou modificou entregar uma contraprestação aos que tiveram seus direitos adquiridos atingidos, de forma a compensar os seus danos patrimoniais e, porque não, físicos e morais.

O sistema já utilizou dessa saída algumas vezes, como por exemplo, o proposto pela Emenda Constitucional n. 47/05 (pedágio), o abono permanência (de modo a manter na ativa o servidor que já tenha tempo de serviço e contribuição para a aposentadoria, que, em contraprestação por ter se mantido em atividade, passa a não mais recolher a contribuição previdenciária) e o direito aos proventos integrais quando atingidos os requisitos de forma cumulativa (tempo de contribuição e de serviço), mas deixando para aqueles que preferem não esperar, a possibilidade de aposentadoria proporcional.

O problema no Brasil é congênito: a sua história foi construída entre diversas espécies de governos: patriotas, corruptos, ditadores, militares, monarquia, etc... Então, por óbvio que a cultura adquirida ainda não permite um melhor aproveitamento desse pensamento proposto por Saviny.

Assim, concluímos que a utilização de todas as técnicas estudadas de forma combinada seriam capazes de prover as reformas necessárias na Constituição, apaziguando os danos causados àqueles que tiveram seus direitos adquiridos integral ou parcialmente violados.

VII REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Lassalle, Ferdinand, A Essência da Constituição, 9º edição, ano 2.015, Ed. Freitas Bastos.

Afonso da Silva, José, *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 34º edição, ano 2011, Editora Malheiros.

Comentários à Constituição do Brasil, ano 2.014 – 2º tiragem, Ed. Saraiva.

Temer, Michel, Elementos de Direito Constitucional.

Lenza, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado, 16º ed., ano 2.012.

Reale, Miguel. Lições Preliminares de Direito.

Moraes, Alexandre de, Direito Constitucional, 27º Ed., ano 2011, Editora Atlas.

Alexy, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, 2º ed.. 4º tiragem, ano 2.015, Editora Malheiros.

Ráo, Vicente, O Direito e a Vida dos Direitos, Vol I, Tomo III, Ed. Resenha Universitária, ano 1.977.

Machado, Costa (Organizador), Constituição Federal Interpretada, ano 2.010, Ed. Manole.

Constituição Federal Anotada, São Paulo: Saraiva, 1.984.