Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R-e-RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 12 – dezembro/janeiro/fevereiro 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

DIREITO ADQUIRIDO, EMENDA CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E JUSTIÇA SOCIAL

Daniel Sarmento
Procurador Regional da República. Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Constitucional da UERJ (Graduação, Mestrado e Doutorado).

"Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas: o reconhecimento do direito de não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos; o reconhecimento do direito de não ser torturado implica a supressão do direito de torturar."
(Norberto Bobbio)

SUMÁRIO: 1 Introdução - 2 Constituição, democracia e a interpretação das cláusulas pétreas - 3- A Proteção Constitucional ao Direito Adquirido - 4 O Constituinte Derivado está obrigado a respeitar direitos adquiridos? - 5 Encerramento

1 - INTRODUÇÃO

O traço mais marcante da sociedade brasileira é a profunda desigualdade na distribuição de riquezas que a estigmatiza. E não se trata de situação passageira, que resulte apenas da atual conjuntura econômica. Pelo contrário, esta triste característica da nossa sociedade tem a idade da Nação. Não fosse o povo brasileiro tão pacífico, provavelmente já teria rebentado entre nós alguma revolução violenta. A Constituição de 1988, no entanto, não fechou os olhos diante desta barbárie. Pelo contrário, assumiu, como metas capitais, a construção de sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da miséria, e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inciso I e III, da Lei Maior).

Passados já dezesseis anos da promulgação da Lei Maior, constata-se que evoluímos significativamente em muitos pontos em relação ao regime

pretérito, e parte dos nossos sucessos institucionais pode ser debitada à aplicação da Carta de 88. Porém, no quesito da justiça social, não há, infelizmente, o que comemorar. É certo que não se pode esperar do Direito, em geral, e da Constituição, em especial, saídas milagrosas para mazelas estruturais tão graves. Há limites fáticos para a efetivação das promessas constitucionais, decorrentes de variáveis econômicas, geopolíticas, sociais, etc., e desconsiderá-las seria recair num bacharelismo vazio e retórico.

Contudo, se a Constituição não pode tudo, alguma coisa ela há de poder. Uma dogmática constitucional comprometida com a justiça distributiva, a inclusão social e a solidariedade, pode dar alguma contribuição para a construção de um país menos injusto.

É a partir desta cosmovisão que pretendemos discutir o tema da vinculação do constituinte derivado ao direito adquirido. De fato, sabe-se que os recursos são escassos para o atendimento de uma infinidade de demandas que surgem dos mais variados segmentos sociais. Portanto, neste quadro de escassez, entrincheirar, de forma absoluta, todos os direitos concedidos no passado, independentemente de qualquer valoração sobre a sua legitimidade moral, significa, necessariamente, comprometer a possibilidade material de redistribuir bens socialmente relevantes, além de representar gravíssimo obstáculo para as deliberações coletivas dos representantes do povo.

Sem embargo, o entendimento amplamente dominante no país é de que o art. 5º, inciso XXXVI, do texto magno, que proíbe o legislador de desrespeitar o direito adquirido, constrangeria também o constituinte reformador. De acordo com esta corrente doutrinária, assim seria porque o direito adquirido configura direito individual, razão pela qual teria sido posto ao abrigo do poder de reforma constitucional pela cláusula limitadora estampada no art. 60, §4º, inciso IV, da Lei Maior.[1]

No presente estudo, tentaremos demonstrar que a interpretação constitucional mais consentânea com o princípio democrático e com os valores sociais inscritos na Carta, aponta no sentido oposto ao da corrente acima referida.

---

[1] Nesta linha manifestaram-se, dentre outros ilustres juristas, José Afonso da Silva (Reforma Constitucional e Direito Adquirido. In: *Poder Constituinte e Poder Popular.* São Paulo: Malheiros, 2000, p. 221-333); Carlos Mário Velloso (*Temas de Direito Público.* Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 457-474), Luís Roberto Barroso (*Interpretação e Aplicação da Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1996, p. 52), Carlos Ayres Britto e Walmir Pontes Filho (Direito Adquirido contra Emenda Constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 202, p. 75-90, 1995) Luiz Pinto Ferreira (As Emendas à Constituição, as Cláusulas Pétreas e o Direito Adquirido. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 203-224, 2003), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*O Poder Constituinte.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, p. 191-204), Raul Machado Horta (Constituição e Direito Adquirido. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 112, 1991, p. 860), Elival da Silva Ramos (*A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 228-242), Cláudia Toledo (*Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito.* São Paulo: Landy, 2003, p. 250-268), Ivo Dantas (*Direito Adquirido, Emendas Constitucional e Controle de Constitucionalidade.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997) e Maria Luiza Vianna Pessoa de Mendonça (*O Princípio Constitucional da Irretroatividade da Lei.* Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.195-200).

Para perseguir nosso objetivo, tentaremos, inicialmente, mostrar como o princípio democrático, que postula o direito de cada geração de se autogovernar, é incompatível com uma interpretação muito extensiva das chamadas "cláusulas pétreas". Em seguida, buscaremos analisar se, diante do sistema constitucional brasileiro, a garantia do direito adquirido, em que pese a sua inequívoca importância, pode ou não ser concebida de forma absoluta, máxime diante da nossa gritante desigualdade social e da premente necessidade ética de redistribuição da riqueza nacional.

Sabemos que é nosso o ônus da prova, pois estamos investindo contra certo senso-comum jurídico bastante consolidado. Então, mãos à obra, porque a tarefa não é pequena...

2 - CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E A INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

O convívio entre democracia e constitucionalismo não é isento de tensões. De fato, numa primeira mirada, a democracia postula o governo do povo, através do predomínio da vontade da maioria, enquanto que o constitucionalismo, como doutrina que preconiza a limitação jurídica do exercício do poder, estabelece freios e barreiras para a soberania popular.[2] São dois ideais que nasceram de visões políticas não convergentes: o ideário democrático, de inspiração rosseauniana, propõe o fortalecimento do poder, desde que exercido pelo próprio povo, ao passo que o ideário constitucionalista, de matriz lockeana e liberal, busca a contenção jurídica do poder, em prol da liberdade dos governados.[3] O primeiro aposta resolutamente na vontade das maiorias e o segundo desconfia dela, temendo o despotismo das multidões.

Embora na visão contemporânea do Estado Democrático de Direito, democracia e constitucionalismo sejam vistos como valores complementares, interdependentes e até sinérgicos, a correta dosagem dos ingredientes desta fórmula é essencial para o seu sucesso.[4] Por um lado, constitucionalismo

---

[2] Veja-se, neste sentido, o verbete "constitucionalismo", elaborado por Nicola Matteucci, In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política.* 11. ed. Tradução (Coordenação geral) João Ferreira. Brasília: Ed. UnB, 1998, v. I, p. 246-258.

[3] Cf. HOLMES, Stephen. El Precompromiso y la Paradoja de la Democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y Democracia.* Trad. Mónica Utrilla de Neira. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 217-262.

[4] A busca da melhor fórmula de equacionamento desta tensão latente entre democracia e constitucionalismo é um tema central e recorrente na filosofia política e constitucional, desde os teóricos iluministas europeus, como Rousseau e Locke, passando pelos chamados *Founding Fathers* do direito constitucional norte-americano (Hamilton, Madison, Thomas Jefferson, etc.), até chegar aos principais expoentes do debate contemporâneo, como Jürgen Habermas, Ronald Dworkin, John Rawls e Carlos Santiago Nino. Veja-se, na literatura mais recente, HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito – uma Amarração Paradoxal de Princípios Contraditórios?. In: *Era das Transições.* Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 153-173; DWORKIN, Ronald. The Moral Reading of the Majoritarian Premise. In: *Freedom's Law.* Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 2-38;

(limitações ao poder) em excesso pode asfixiar a vontade popular e frustrar a autonomia política do cidadão, como co-autor do seu destino coletivo. Por outro, uma "democracia" sem limites tenderia a pôr em sério risco os direitos fundamentais das minorias, bem como outros valores essenciais, que são condições para a manutenção ao longo do tempo da própria empreitada democrática. Teríamos aqui, provavelmente, um projeto "suicida".[5]

As constituições, sobretudo nos países que adotam mecanismos de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, impõem bloqueios para a deliberação coletiva, na medida em que subtraem do espaço de decisão dos representantes do povo certas questões previamente estabelecidas pelo constituinte originário. Como bem destacou Vital Moreira, *"...por definição, toda Constituição constitui um limite da expressão e da autonomia da vontade popular. Constituição quer dizer limitação da liberdade da maioria de cada momento, e, neste sentido, quanto mais Constituição, mais limitação do princípio democrático... O problema consiste em saber até que ponto é que a excessiva constitucionalização não se traduz em prejuízo do princípio democrático".*[6]

Portanto, questão das mais importantes é a de estabelecer até que medida se afigura legítimo que uma constituição prefigure os caminhos e decisões do povo do futuro. Quando reconhecemos que as constituições, em geral, aspiram vigorar por muito tempo e disciplinar a coexistência política de sucessivas gerações ao longo da trajetória de uma Nação, somos confrontados com uma pergunta que não quer calar: porque, e até que ponto, pode uma geração adotar decisões vinculativas para as outras que a sucederão? Não seria esta uma fórmula de governo dos mortos sobre os vivos?

O artigo 28 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição francesa de 1793 continha uma resposta firme para esta indagação. Rezava o artigo que *"um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a sua constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras".* Em linha semelhante, pensadores da estirpe de Thomas Paine e Thomas Jefferson, nos Estados Unidos, questionavam a possibilidade de vinculação das gerações futuras pelos desígnios dos seus antepassados, expressos numa constituição. Jefferson chegou a sugerir, durante os debates que precederam a promulgação da Constituição norte-americana, que ficasse determinado que a cada 19 anos uma nova convenção constituinte fosse realizada, o que evitaria o "governo dos mortos sobre os vivos".[7]

NINO, Carlos Santiago. *La Constitucion de la Democracia Deliberativa.* Barcelona: GEDISA, 1996; CALSAMIGLIA, Alberto. Constitucionalism and Democracy. In KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald. *Deliberative Democracy & Human Rights.* New Haven: Yale University Press, 1999, p. 136-142. Na doutrina brasileira, vale destacar a recente e importante contribuição neste debate de MELLO, Cláudio Ari. *Demcracia Constitucional e Direitos Fundamentais.* Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2004.

[5] Cf, BINEMBOJN, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 48.

[6] Constituição e Democracia. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). *Constituição e Democracia.* São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 272.

[7] Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça.* São Paulo: Malheiros, 1999, p. 67.

Uma analogia interessante foi empregada por Jon Elster para responder a esta mesma questão,[8] inspirada na estória de Ulisses e as sereias, contada por Homero no livro XII da Odisséia. Ulisses, advertido por Circê, sabia que, ao passar perto da ilha das sereias, seria atraído por seu canto irresistível e o navio naufragaria. O engenhoso herói mitológico determinou então aos seus marinheiros que tapassem os próprios ouvidos com cera, e que o amarrassem ao mastro, não o soltando em hipótese alguma, ainda que ele o ordenasse. O pré-comprometimento de Ulisses, que limitou o poder de sua vontade no futuro para evitar a morte, poderia ser comparado àquele a que se sujeita o povo, quando dá a si uma constituição, e limita seu poder de deliberação futura, para evitar que, vítima das suas paixões ou fraquezas momentâneas, possa pôr em risco seu destino coletivo.[9]

O paralelo com a estória de Ulisses se amolda ainda melhor aos limites materiais à reforma constitucional, que a doutrina brasileira vem chamando de "cláusulas pétreas".[10] De fato, diante de uma prescrição constitucional indesejada que não configure cláusula pétrea, não ficam os poderes políticos do povo presente de mãos completamente atadas, pois sempre é possível buscar a mudança da norma, através dos procedimentos de reforma estabelecidos pela própria Constituição. Apenas será necessário um esforço maior, já que as constituições rígidas prevêem para alteração dos seus dispositivos um procedimento mais agravado e complexo — que, no caso brasileiro, consiste, basicamente, na exigência de um quorum mais elevado para aprovação, de 3/5 dos membros de cada casa parlamentar, que se manifestam através de duas votações sucessivas (art. 60, §2º, CF).[11] Porém, diante das cláusulas pétreas ou superconstitucionais — como prefere designá-las Oscar Vilhena Vieira — a vinculação é total, pois só a ruptura da ordem

[8] *Ulisses and Sirens.* Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

[9] A comparação entre a supremacia constitucional e estória de Ulisses e as sereias é criticada por Jeremy Waldron, em ensaio muito debatido no cenário da teoria constitucional norte-americana. Para ele, que se opõe à supremacia constitucional, são muito diferentes as situações de uma pessoa que limita no presente a sua própria autonomia no futuro, e a de um povo no presente, cujo poder de escolha é restringido por decisões dos seus antepassados. Ele rejeita a legitimidade democrática das constituições, e, referindo-se à experiência norte-americana, destaca a sua estranheza diante da aceitação geral de que seja razoável que as pessoas, hoje, se considerem vinculadas por decisões tomadas no século XVIII por uma assembléia de proprietários de escravos. (Precommitment and Disagreement. In: ALEXANDER, Larry. *Constitucionalism*: Philosophical Foundations. New York: Cambridge University Press, 1998, p. 271-299).

[10] A analogia entre o mito de Ulisses e as sereias e as cláusulas pétreas é invocada também pelo já citado Oscar Vilhena Vieira (op. cit., p. 19-22), bem como por Luís Virgílio Afonso da Silva (Ulisses, as Sereias e o Poder Reformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, p. 11-32, 2001).

[11] Do ponto de vista comparativo, os requisitos necessários para mudar a Constituição brasileira de 1988 são até relativamente singelos. Nos Estados Unidos, por exemplo, a reforma da Constituição demanda a aprovação por 2/3 dos congressistas, mas também por 3/4 dos Estados, através dos seus poderes legislativos ou por outros procedimentos que os próprios estados prevejam. O grau de rigidez é, portanto, muito maior. Já na Alemanha, o quorum de aprovação da emenda é de 2/3, que também prevalece, em regra, em Portugal. Para uma análise da questão na perspectiva do Direito Comparado, veja-se VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto Costituzionale Comparato.* 4. ed. Padova: CEDAM, 1993, p.177-197; e LOPES, Maurício Ribeiro. *O Poder Constituinte Reformador.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 205-237.

jurídica, com a emergência de um novo poder constituinte originário, permitiria a sua superação.[12]

Portanto, proibir de forma absoluta as gerações futuras de deliberar sobre determinadas questões é algo de enorme gravidade, já que, com isto, elas ficam privadas da capacidade de escolherem os seus próprios caminhos. Permite-se, desta forma, que a maioria do passado crie obstáculos incontornáveis para a prevalência da vontade das maiorias do presente e do futuro. As minorias de ontem podem até converter-se na maioria de amanhã, mas suas escolhas jamais prevalecerão, pois terão sido bloqueadas pelas cláusulas pétreas. Os vencedores do jogo democrático *"ganham mas não levam".*

Foi neste sentido que o Ministro Joaquim Barbosa, em lúcido e corajoso voto proferido na ADIN nº 3.105-8-DF,[13] que tratava da contribuição dos inativos, destacou que, em que pese a importância das cláusulas pétreas *"para a preservação de um núcleo essencial de valores constitucionais",* sua ampliação desmesurada pela via hermenêutica constitui *"construção intelectual conservadora, antidemocrática, desarrazoada, com uma propensão oportunista e utilitarista para fazer abstração de vários outros valores igualmente protegidos pelo nosso sistema constitucional"*. Ao salientar, em especial, o caráter antidemocrático da exegese inflacionária das cláusulas pétreas, averbou o Ministro:

---

[12] Existe, no entanto, corrente doutrinária que sustenta o contrário, e recusa, com base em diversos argumentos juridicos, políticos e filosóficos, força jurídica aos limites materiais ao poder de revisão (Karl Loewnstein, Leon Duguit, Joseph Barthélemy, Spagna Musso, dentre outros). Os adeptos desta tese apontam, primeiramente, para a inocuidade das cláusulas pétreas, que não seriam suficientes para refrear, em determinados contextos de crise, as pressões políticas em prol da mudança na Constituição. Destacam, ainda, que não faz sentido impedir que norma posterior revogue norma anterior, e baseiam-se numa relativização ou negação completa da distinção entre constituinte originário e derivado, a partir da constatação de que ambos seriam expressões da soberania popular.

Há também a posição intermediária perfilhada por Jorge Miranda, Pontes de Miranda, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, dentre outros, que reconhece a validade das cláusulas superconstitucionais, mas defende a sua revisibilidade através de procedimento tachado de "dupla revisão". Na dupla revisão aprova-se, inicialmente, uma emenda afastando a cláusula pétrea, para depois promover-se a mudança que ela buscava obstar. As cláusulas superconstitucionais, sob este prisma, não impediriam, mas apenas dificultariam ainda mais a implementação de determinadas mudanças. Veja-se, sobre esta questão, a bem elaborada síntese a propósito dos diversos posicionamentos na matéria em MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, op. cit., t. II, p. 159-186.

Na nossa opinião, as cláusulas pétreas revestem-se de força normativa, e não há porque recusar-se a sua validade jurídica. Mais do que isso, elas são necessárias para a salvaguarda de determinados valores fundamentais, que não podem ficar expostos nem mesmo à vontade das maiorias qualificadas capazes de editarem alterações nas constituições. Deve também ser recusada, ao nosso ver, a tese da dupla revisão, que fragiliza em demasia os valores que as cláusulas pétreas buscam resguardar, e encerra verdadeiro convite à fraude constitucional. Entendemos que a petrificação em excesso da ordem constitucional é um mal, mas que, no caso brasileiro, o problema pode ser evitado pelo intérprete, no momento em que define a extensão e profundidade das cláusulas pétreas, ocasião em que não se deverá descurar da importância do princípio democrático, ao qual cumpre reconhecer um papel essencial na discussão sobre tal matéria.

[13] O voto, ainda não publicado, nos foi gentilmente cedido por S. Exa., que, no entanto, advertiu que até a publicação poderia sofrer alguma alteração de forma.

Antidemocrática porque, em última análise, visa a impedir que o povo, por intermédio de seus representantes legitimamente eleitos, promova, de tempos em tempos as correções de rumo necessárias à eliminação paulatina das distorções, dos incríveis e inaceitáveis privilégios que todos conhecemos. O povo tem, sim, o direito de definir o seu futuro, diretamente ou por meio de representantes ungidos com o voto popular.

Não bastasse, congelar no tempo prescrições constitucionais que resultaram muitas vezes de opções conjunturais ou de compromissos efêmeros firmados durante o procedimento constituinte pode também ensejar a esclerose precoce da Constituição, na medida em que se prejudica a sua capacidade de adaptação às novas mundividências e necessidades que vão brotando no meio social. Com isso, ao invés de garantirem a estabilidade, as cláusulas pétreas convertem-se em instrumento de instabilização do sistema constitucional, já que passam a catalizar os anseios por ruptura da ordem jurídica - que se torna a única alternativa possível para a superação do obstáculo normativo. É neste sentido que Vanossi trata destas cláusulas como *"una invitación y una incitación a practicar la gimnasia de la revolución".*[14]

A questão salientada nos parágrafos anteriores tem enorme relevância no contexto brasileiro, em virtude das características do nosso processo constituinte, e da Constituição que dele resultou. A Constituição de 1988 tem inegáveis virtudes, dentre as quais seguramente a mais importante é o seu compromisso visceral com a promoção dos direitos humanos e a defesa da democracia. É a Constituição que coroou o processo político de transição lenta, gradual e negociada, de um Estado de exceção, violento e autoritário, para um novo regime que se propõe a ser democrático e inclusivo. Mas é também uma Constituição excessivamente detalhista, que se perde muitas vezes, como disse Luis Roberto Barroso, "no varejo das miudezas".[15]

De fato, no debate constituinte, que envolveu níveis de participação social inéditos na história nacional, as forças políticas pareciam não confiar no legislador futuro, e por isso preferiam "garantir" desde logo os seus interesses no pacto constitucional. O resultado foi um texto que, apesar de suas inúmeras virtudes, pecou pelo excesso, descendo a um nível de detalhamento impróprio em sede constitucional, e elevando ao status de norma constitucional certas decisões que não tinham fôlego para perdurar no tempo, e que, portanto, se acabam se expondo mais freqüentemente aos anseios de mudança das novas maiorias que vão se aglutinando no espaço político.

Neste quadro, a maximização das cláusulas pétreas representa um sério atentado contra o princípio democrático, que postula que o povo deve ter, a cada momento, o poder de decidir os rumos que pretende seguir. Por outro lado, o alargamento da esfera intangível da Constituição pode expor a risco a sua própria continuidade no tempo, estimulando rupturas e saídas não institucionais, que poderiam ser facilmente evitadas através de um arranjo

[14] VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoría Constitucional.* Buenos Aires: De Palma, 1975, p. 80.
[15] Doze anos da Constituição Brasileira de 1988. In: *Temas de Direito Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 13.

institucional um pouco mais maleável. Ademais, o engessamento da ordem constitucional frustra sua possibilidade de adaptar-se à realidade cambiante, que assume conformações muitas vezes imprevisíveis no momento do pacto constituinte.

Com essa afirmação, não se pretende advogar a ilegitimidade intrínseca das cláusulas superconstitucionais, nem tampouco postular a sua não vinculatividade no plano jurídico, como já se disse anteriormente. Aliás, história do "naufrágio" da Constituição de Weimar, desfigurada pelas mudanças introduzidas durante o regime nazista, é uma boa lição sobre a necessidade de imposição de limites materiais ao poder de reforma constitucional, como mecanismo de garantia da integridade do núcleo axiológico da Constituição.[16] Entendemos que as cláusulas pétreas são importantes, e que, por figurarem no texto constitucional, têm de ser respeitadas. Isto, no entanto, não exclui a questão hermenêutica, relacionada à forma como devem ser interpretadas e aplicadas. É neste plano que se move a nossa discussão.

Na nossa opinião, as questões constitucionais controvertidas não podem ser equacionadas sem o recurso à filosofia política e à argumentação moral. O positivismo,[17] seja na sua vertente normativista, que confina os debates jurídicos às discussões sobre o direito posto, seja na sua expressão sociológica, que focaliza com exclusividade o fato social subjacente ao ordenamento, foram superados pela ressurreição da racionalidade prática no Direito. Assiste-se hoje, na fase que vem sendo chamada de pós-positivismo, uma verdadeira virada copernicana na discussão constitucional, que se abre cada vez mais para o universo da ética e dos valores. Não é mais possível visualizar Direito e Moral como esferas estanques e incomunicáveis, nem tampouco contentar-se com o relativismo ético subjacente ao positivismo jurídico nas suas variadas expressões, que via no Direito uma forma vazia, a qual poderia ser preenchida com qualquer conteúdo.[18] Foram idéias deste tipo que possibilitaram o advento do nacional-socialismo, e não sobrou para elas nenhum lugar no novo pensamento constitucional.

Neste contexto de reabertura do Direito Constitucional ao universo dos valores, a democracia tem de figurar como um elemento essencial na interpretação jurídica. A democracia é a única forma de governar que trata a todos com igualdade, na medida em que atribui a cada indivíduo um idêntico poder de influência nas decisões coletivas que atingirão sua vida. É na

[16] A Constituição de Weimar não continha cláusulas pétreas explícitas, e o partido nazista, que ascendera ao poder e obtivera no Parlamento alemão o *quorum* necessário, conseguiu aprovar em 1933 o chamado "Ato de Habilitação", valendo-se do procedimento formal previsto no texto constitucional. O Ato de Habiliação conferira ao Gabinete, comandado por Hitler, a faculdade de editar normas que podiam alterar até mesmo a Constituição. Com base nesta poder, Hitler, dentre outras medidas, cassou a cidadania dos judeus, abrindo caminho para o Holocausto, sem a revogação formal da Constituição de Weimar.

[17] Sobre os diversos tipos de positivismo jurídico, veja-se BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

[18] Cf. ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho.* Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1994, p. 13-126; e NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional.* 2. reimp. Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 1-77.

democracia que as pessoas são tratadas como sujeitos e não como objetos, uma vez que apenas no regime democrático se reconhece em cada indivíduo um cidadão livre, dotado da competência moral para, em igualdade com seus concidadãos, participar da adoção de decisões vinculativas para toda a comunidade.[19] Só no regime democrático ganha concretude o princípio da dignidade da pessoa — epicentro axiológico de qualquer ordenamento constitucional humanitário —, pois denegar a cada um o direito de participar ativamente da construção do futuro coletivo da comunidade a que pertence é fazer pouco da sua humanidade.

E a democracia não se esgota na observância da regra da maioria nas decisões sobre questões controvertidas.[20] Para que haja democracia, é preciso que as pessoas tenham condições de expor e debater francamente as suas idéias e projetos, de falar e de serem ouvidas. Ela pressupõe um regime que trate todas as pessoas como livres e iguais, que respeite a dignidade intrínseca de cada ser humano e que busque a inclusão no espaço público deliberativo daqueles que, pelas adversidades da vida, foram dele excluídos. Ela exige, portanto, a garantia de direitos básicos para todas as pessoas,[21] visando não apenas a contenção do arbítrio dos Estado e dos poderosos em prol das liberdades política e individual de cada um, mas também a garantia de condições mínimas de vida para os hipossuficientes, a fim de que aquelas liberdades possam ser realmente usufruídas e não se tornem uma mera fachada para a opressão estatal ou privada.[22]

---

[19] Cf. DAHL, Robert. *Sobre a Democracia.* Trad. Betariz Sidou. Brasílis: Ed. UnB, p. 57-74

[20] Cf. DWORKIN, Ronald. "The Moral Reading of the Majoritariam Premise", op. cit.

[21] Na teoria democrática contemporânea parece incontroverso que a democracia pressupõe o reconhecimento e a efetivação de alguns direitos fundamentais. Há, todavia, certo dissenso a propósito de quais seriam estes direitos. Um concepção muito influente no cenário norte-americano é a defendida por John Hart Ely, autor da célebre obra *Democracy and Distrust,* que limitou estes direitos àqueles relacionados às liberdades públicas clássicas (liberdade de expressão, liberdade de religião, etc.), e aos instrumentos de proteção de minorias que sejam vítimas tradicionais de preconceito no espaço público (*Democracy and Distrust.* 11th. printing. Cambridge: Harvard Univesity Press, 1995, p. 173-179).

Outra concepção, que nos parece muito mais rica, é advogada por Jürgen Habermas, que aludiu a cinco categorias de direitos fundamentais básicos que, de acordo com a sua teoria discursiva do Direito, seriam pressupostos para a comunicação livre dos cidadãos, sem a qual não há democracia: *"(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação (...); (2) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro da associação de parceiros do direito; (3) direitos fundamentais que resultam imediatamente da postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual (...); (4) direitos fundamentais à participação, em igualdade de condições, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo (...); (5) direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4)."* (*Direito e Democracia entre Facticidade e Validade.* Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 159-160)

[22] Veja-se, neste sentido, a posição de Friedrich Müller, afirmando que, a partir de determinados graus de exclusão social, a democracia se torna impossível (Que Grau de Exclusão Social ainda Pode ser Tolerado em um Sistema Democrático?. In: PIOVESAN, Flávia.

O que postulamos aqui é que a interpretação das cláusulas pétreas deve nortear-se por estas idéias, que não são do autor destas linhas, mas, pelo contrário, estão na medula da Constituição brasileira, que pretendeu (re)fundar um Estado Democrático de Direito, alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana.

A importância do ideário democrático na Constituição de 1988 nunca será excessivamente enfatizada, e se revela em razão de vários elementos. Do ponto de vista histórico, sabe-se que a luta pela democracia foi a principal fonte alimentadora do projeto de realização de uma assembléia constituinte, acalentado pelos setores mais progressistas do pensamento brasileiro a partir do final da década de 70. E a derrota da Emenda Dante de Oliveira, em 1984, que propunha a instituição de eleições diretas para a Presidência da República, talvez tenha sido o grande estopim do mesmo processo.

Sob o ângulo sistêmico, verifica-se que, já no preâmbulo do texto constitucional, afirma-se que o objetivo da Assembléia Nacional Constituinte era instituir um Estado Democrático de Direito, e a mesma expressão é empregada logo em seguida, no primeiro artigo da Lei Maior, para qualificar o que seria o novo Estado brasileiro. Não bastasse, pela primeira vez em nossa história o direito ao voto direto, secreto, universal e periódico, é elevado à condição de limite intransponível ao poder de reforma constitucional, no afã de coartar qualquer possibilidade de recaída autoritária.

Pois bem. O que desejamos enfatizar é que, para que as cláusulas pétreas não se convertam num instrumento antidemocrático, de tirania constitucional de uma geração sobre as seguintes, elas têm que ser interpretadas à luz do princípio democrático, como garantias das condições de possibilidade de uma democracia efetiva e substancial, instituídas para impedir que a empreitada intergeracional de construção de um destino coletivo por pessoas livres e iguais não se perca no caminho, tragada por adversidades, miopias, paixões momentâneas ou fraquezas.[23] Não queremos, com isto, defender que o princípio democrático seja o único referencial importante na exegese das cláusulas pétreas, o que não seria compatível com o caráter compromissório e pluridimensional da Constituição de 1988,[24] que também

---

Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 567-596).

[23] Não defendemos, aqui, uma interpretação puramente procedimental das cláusulas pétreas, na medida em que o conceito de democracia em que nos baseamos é um conceito substantivo, que supõe a garantia de direitos fundamentais, inclusive sociais, e um nível mínimo de igualdade material entre as pessoas. Sobre o debate entre as teorias procedimentais e substantivas no Direito Constitucional contemporâneo, veja-se, por todos, STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 147-196. A projeção da discussão sobre procedimentalismo e substancialismo na questão dos limites materiais ao poder de revisão é detidamente examinada em BRITO, Miguel Nogueira de. *A Constituição Constituinte*: Ensaio sobre o Poder de Revisão Constitucional. Coimbra: Coimbra Ed, p. 125-192.

[24] Sobre a pluridimensionalidade da Constituição brasileira, veja-se SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias Constitucionais em Perspectiva: Em Busca de um Constituição Pluridimensional. In: SAMPIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crises e Desafios da Constituição.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3-54.

acolhe outros princípios de grande transcendência. Pretendemos, sim, destacar que a interpretação das cláusulas pétreas, num Estado que se afirma como Democrático de Direito, não pode divorciar-se das exigências derivadas do princípio democrático, dentre as quais sobressai o direito de autodeterminação coletiva de cada geração.

Portanto, se é verdade que, como postula a doutrina, os limites materiais de revisão constitucional prestam-se para a proteção do núcleo de identidade da Constituição,[25] impedindo o seu aniquilamento pelo constituinte derivado,[26] não é menos certo que estes limites não podem ser superdimensionados — sob pena de grave comprometimento do princípio democrático —, e devem ter o seu foco voltado primariamente para a salvaguarda daqueles valores que traduzam a essência da idéia de justiça e de Direito subjacente ao ordenamento constitucional, que no Brasil, não por acaso, coincidem com aqueles necessários para a construção de uma democracia inclusiva, pautada pelo respeito à dignidade da pessoa humana.[27]

Daí não resulta, necessariamente, uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas.[28] O que ora se sustenta é que a exegese das cláusulas superconstitucionais, sem desprezar os limites semânticos do art. 60, §4º, da Constituição Federal, deve focalizar aquilo que é realmente necessário para a continuidade do projeto constitucional de construção de uma democracia substancial, de cidadãos livres e iguais. Por isso, não hesitamos em incluir o núcleo essencial dos direitos sociais no elenco das cláusulas pétreas,[29] apesar

---

[25] Cf. a lição clássica de SCMITT, Carl. *Dottrina della Costituzione.* Trad. Antonio Caracciollo. Milano: Giuffrè, 1984, p. 144-146.

[26] Como observou Canotilho, "*... há também que assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem a sua tarefa, e esta não é compatível com a completa disponibilidade da constituição pelos órgãos de revisão, designadamente quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário... Assegurar a continuidade da Constituição num processo histórico em permanente fluxo implica, necessariamente, a proibição não só de revisão total..., mas também de alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta."* (*Direito Constitucional.* Coimbra: Almedina, 1992, p. 1135-1136)

[27] No mesmo sentido a posição exposta na obra magistral de Oscar Vilhena Vieira, *A Constituição e sua Reserva de Justiça,* já anteriormente citada., que conclui seu originalíssimo trabalho sobre as cláusulas pétreas afirmando que estas, interpretadas adequadamente, *"(...) não constituirão obstáculo à democracia, mas servirão como mecanismos que, num momento de reformulação da ordem constitucional, permitirão a continuidade e o aperfeiçoamento do sistema constitucional democrático, habilitando cada geração a escolher seu próprio destino, sem, no entanto, estar constitucionalmente autorizada a furtar esse mesmo direito às gerações futuras."* (op. cit., p. 247).

[28] Na doutrina germânica. Klaus Stern, invocando o magistério de diversos outros autores, e citando vários precedentes da Corte constitucional alemã, advoga a idéia de que a interpretação restritiva das cláusulas pétreas deve ser necessariamente restritiva (*Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana.* Trad. Javeir Perez Royo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 345-346.)

[29] Neste mesmo sentido, veja-se o erudito estudo de SARLET, Ingo Wolfgang. A Problemática dos Fundamentais Sociais como Limites Materiais ao Poder de Reforma da Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais*: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 333-394). Também restringindo ao núcleo essencial dos direitos fundamentais a proteção conferida em face do constituinte derivado aponta o magistério de Flávio Bauer Novelli (Norma Constitucional

da redação um tanto dúbia do art. 60, §4º, inciso IV, do texto magno, que alude apenas aos direitos e garantias individuais. Isto porque, parece-nos fora de dúvida que a garantia do núcleo essencial de direitos sociais básicos, como saúde, ensino fundamental e previdência, representa um pressuposto inafastável para a democracia, e integra, por outro lado, o coração do projeto constitucional solidário delineado pelo constituinte originário — o núcleo de identidade da Constituição de 88. Também não titubeamos em aceitar a possibilidade do reconhecimento de cláusulas pétreas implícitas, como as correlatas à titularidade do poder constituinte, e à própria intangibilidade dos limites materiais ao poder de reforma constitucional.

Sem embargo, nos parece errônea a tese que, sob o pretexto de preservar a Constituição, inflaciona as cláusulas pétreas, tornando o que era exceção — a intangibilidade absoluta o texto constitucional — em regra geral.[30] Parece-nos que esta teoria, conquanto defendida por autores nacionais indiscutivelmente comprometidos com a causa democrática, não deu a devida atenção à importância que deve ter, no Estado Democrático de Direito, a autonomia pública do cidadão, entendida como o poder do povo, em cada momento, de decidir livremente o seu destino coletivo.

Firmadas estas premissas do nosso pensamento, exploraremos, no próximo item, a noção de direito adquirido, para verificar se, à luz do que foi assentado, é ou não razoável postular, numa ordem constitucional como a brasileira, que todos os direitos adquiridos no passado têm de ser incondicionalmente preservados pelo poder constituinte derivado.

3- A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO DIREITO ADQUIRIDO

Para que as pessoas possam viver com paz e liberdade, é necessário conferir alguma estabilidade às relações jurídicas de que participem. Por isso, ninguém questiona que a segurança jurídica constitui um valor fundamental na

---

Inconstitucional? A Propósito do art. 2º da EC nº 03/93. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 330, 1995, p. 80 et seq).

Portanto, na nossa opinião, não é a atual configuração constitucional de cada direito social que foi protegida do constituinte derivado, mas apenas o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais. Certas restrições marginais, que não afetem a essência do direito em questão devem ser consideradas lícitas, já que só a abolição plena ou tendencial foi proscrita pelo constituinte originário.

[30] É esta a posição advogada pelo hoje Ministro do STF Carlos Ayres de Britto, que, paradoxalmente, na nossa opinião, após destacar que *"a Democracia é o valor dos valores de toda a constelação axiológica da Constituição de 1988"* manifestou o seu entendimento no sentido de que "*as normas constitucionais autorizativas de produção de emenda é que devem ser interpretadas restritivamente, porque emenda é sempre exceção ao princípio lógico ou tácito da estabilidade da Constituição. As cláusulas pétreas, ao contrário, caracterizam-se como afirmadoras daquele princípio de estabilidade ínsito a cada Estatuto Supremo, elas é que devem ser interpretadas extensivamente"* (A Constituição e os Limites da sua Reforma. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 225-246, 2003, p. 242 e 246)

construção de uma sociedade harmônica,[31] sendo a sua garantia um ingrediente vital para a edificação de um ordenamento jurídico moralmente aceitável.

Como destacou com acerto Ingo Sarlet, *"a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização".*[32] Neste sentido, torna-se possível, como acentuou o mesmo autor gaúcho, associar a segurança jurídica à própria idéia de dignidade da pessoa humana, epicentro axiológico do ordenamento constitucional brasileiro.

Uma das mais relevantes salvaguardas da segurança jurídica repousa no princípio da irretroatividade das leis, acolhido, através de formas e fórmulas variadas, pela expressiva maioria dos ordenamentos jurídicos dos povos civilizados.

Assim, é amplamente aceita a idéia de que as leis devem dispor para o futuro, já que o efeito retrooperante das normas gera incerteza e instabilidade, prejudicando a capacidade das pessoas de planejarem e organizarem suas vidas, de acordo com o direito em vigor. Neste sentido, é possível fundar o princípio da irretroatividade das leis na própria idéia de Estado de Direito, que exige a proteção da confiança e da segurança jurídica dos seus cidadãos.[33] Nesta linha destacou Canotilho que, em decorrência dos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica, *"o cidadão deve poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas normas."*[34]

No direito positivo brasileiro não se garantiu propriamente a irretroatividade da lei, a não ser em sede penal (com exceção da lei benéfica) e tributária. Nosso constituinte preferiu outra fórmula, consistente na proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, diante do legislador (art. 5º, inciso XXXVI), repetindo, neste ponto, a mesma regra constante nas Constituições de 1934, 1946 e 1967/1969.[35] Portanto, embora no Brasil, em

---

[31] Gustav Radbruch chegou a apontar a segurança jurídica como uma das três finalidades do Direito. As outras duas, segundo o grande jusfilósofo de Heidelberg, seriam a justiça e o bem comum. (*Filosofia do Direito.* Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1979, p. 417)

[32] SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e Segurança Jurídica.* Belo Horizonte: Forum, 2004, p. 85-129, p. 94.

[33] Cf. LARENZ, Karl. *Derecho Justo*: Fundamentos de Etica Juridica. Trad. Luiz Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985, p. 163; BARROSO, Luís Roberto. Em Algum Lugar do Passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e Segurança Jurídica.* Belo Horizonte: Forum, 2004, p. 137-169, p. 139.

[34] *Direito Constitucional.* Op. cit., p. 377.

[35] As Constituições de 1824 e 1891 adotaram a fórmula da irretroatividade da lei, ao passo que a de 1937, fiel ao ideário totalitário que a inspirava, não consagrou nenhuma regra

princípio, a lei não incida sobre o passado, ela não está proibida de fazê-lo, desde que seus efeitos retrooperantes não impliquem em atentado ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.[36]

Ao atribuir estatura constitucional a tal mandamento, o constituinte pátrio erigiu limitação oponível em face de todas as leis, inclusive aquelas de ordem pública. Neste particular, o direito brasileiro afastou-se de outros modelos, como o francês e o italiano, em que a norma de regência do conflito de leis no tempo foi acolhida em sede legislativa, dando ensejo à criação de exceções, ditadas aqui e ali pelo legislador ordinário na edição de normas cogentes.

Os limites e objetivos do presente estudo não comportariam que enveredássemos pelas intermináveis polêmicas à propósito dos critérios de resolução de conflitos de direito intertemporal. Sobre esta matéria, existem inúmeros posicionamentos doutrinários divergentes, mas é possível deixar aqui assentado, de forma rápida e singela, que o entendimento dominante no país, perfilhado inclusive pelo Supremo Tribunal Federal,[37] é no sentido de que o ordenamento pátrio filiou-se à teoria subjetivista, que teve no italiano Francesco Gabba o seu maior expoente, e que se centra exatamente na noção de direito adquirido.[38] De acordo com conhecida definição de Gabba, *"é adquirido todo o direito que:* ***a)*** *é conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se realizou, 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, passou a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu."*[39]

Segundo esta concepção, a proteção conferida ao direito adquirido impede não apenas a incidência da lei superveniente, mesmo de ordem pública, sobre fatos passados (retroatividade máxima), como também a sua aplicação sobre efeitos pendentes (retroatividade média) e futuros (retroatividade mínima), de atos praticados no passado. Portanto, se uma nova lei proibir, por exemplo, determinada cláusula num contrato de trato sucessivo, ela não incidirá nem mesmo sobre os efeitos daquele contrato que sejam produzidos posteriormente à data do seu advento. Isto porque, considera-se

---

constitucional geral sobre o conflito de leis no tempo. Sobre a evolução histórica da questão no Brasil, veja-se LIMONGI FRANÇA. *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 124-194.

[36] Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* Op. cit., p. 50-51.

[37] Vide o acórdão relatado pelo Min. Moreira Alves proferido na ADIN 493-0-DF, com ampla e erudita discussão doutrinária. (*RT*, v. 690, p. 176 et seq.)

[38] A principal corrente adversária à teoria subjetivista de Gabba é a teoria objetivista de Paul Roubier, que emprega como critério de exclusão de retroatividade legal a noção de "situação jurídica", ao invés da concepção de direito adquirido. Do ponto de vista prático, a doutrina de Roubier afigura-se menos reverente em relação às posições jurídicas consolidadas no passado, na medida em que admite, ao contrário da teoria de Gabba, a chamada "retroatividade mínima" da lei – que para Roubier não configurava autêntica retroatividade, mas "efeito imediato" da nova lei —, possibilitando assim que as normas editadas incidam sobre efeitos futuros atos jurídicos praticados antes delas. Veja-se ROUBIER, Paul. *Le Droit Transitoire.* Paris: Dalloz, 1960.

[39] *Teoria della Retroatività delle Legge.* 3. ed. Milão-Roma-Nápoles: UTET, 1891, p. 190-191 apud LIMONGI FRANÇA, op. cit., p. 73.

que os efeitos pendentes e futuros do contrato são direitos já adquiridos, derivados de um ato jurídico perfeito, que devem ser salvaguardados da aplicação da nova lei. Só os contratos celebrados após a edição da lei superveniente são colhidos pelos seus efeitos.

Destaque-se, no entanto, que a garantia constitucional do direito adquirido, consubstanciando mecanismo de proteção constitucional do indivíduo em face do Poder Público, não impede a incidência retroativa de normas benéficas, que aportem para o cidadão vantagens nas relações jurídicas travadas com o Estado.[40] Tal garantia, por outro lado, também não representa obstáculo para a alteração de regimes jurídicos objetivos, mas tão-somente para a supressão dos benefícios decorrentes destes regimes que já tenham sido validamente incorporados ao patrimônio jurídico daqueles que a ele se sujeitem.

Não pretendemos aqui negar a importância da garantia do direito adquirido, já destacada anteriormente neste estudo. Nossa intenção é de provocar a reflexão sobre os seus limites, no quadro de uma ordem constitucional pluralista, e que encerra em seu DNA um ambicioso projeto de transformação social.

E, neste ponto, é importante deixar desde já assentada uma premissa: a segurança jurídica — idéia que nutre, informa e justifica a proteção constitucional do direito adquirido —, é, como já se destacou, um valor de grande relevância no Estado Democrático de Direito. Mas não é o único valor, e talvez não seja nem mesmo o mais importante dentre aqueles em que se esteia a ordem constitucional brasileira. Justiça e igualdade material, só para ficar com dois exemplos, são valores também caríssimos à nossa Constituição, e que, não raro, conflitam com a proteção da segurança jurídica. Se a segurança jurídica for protegida ao máximo, provavelmente o preço que se terá de pagar será um comprometimento na tutela da justiça e da igualdade substantiva, e vice-versa. O correto equacionamento da questão hermenêutica ora enfrentada não pode, na nossa opinião, desprezar esta dimensão do problema, refugiando-se na assepsia de uma interpretação jurídica fechada para o universo dos valores.

Ademais, no Estado Democrático de Direito, o próprio valor da segurança jurídica ganha um novo colorido, aproximando-se da idéia de Justiça.[41] Ele passa a incorporar um dimensão social importantíssima. A segurança jurídica, mais identificada no Estado Liberal com a proteção da propriedade e dos direitos patrimoniais em face do arbítrio estatal, caminha para a segurança contra os infortúnios e incertezas da vida; para a segurança como garantia de direitos sociais básicos para os excluídos; e até para a segurança em face das novas tecnologias e riscos ecológicos na chamada "sociedade de riscos".

---

[40] *RTJ* 165:327.
[41] Cf. PÉRES-LUÑO, Antonio-Enrique. *La Seguridad Jurídica.* 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1994, p. 72.

Talvez seja possível traçar aqui um paralelo com o direito de propriedade, também qualificado pela Constituição como um direito fundamental, mas que, não obstante, deixou de ser visto pela doutrina contemporânea como aquele direito absoluto, sacrossanto e intangível, de que falavam as declarações de direitos do século XVIII e os códigos liberais do século XIX.[42] De fato, a proximidade conceitual e ideológica entre o direito de propriedade e o direito adquirido é inequívoca: ambos são peças importantes no arcabouço institucional de uma sociedade livre e capitalista, mas que, vistos de forma absoluta, revelam-se como garantias jurídicas do status quo, que servem muito mais aos que já têm direitos do que aos que nada têm, protegendo antes os incluídos aos excluídos do pacto social.

Sob este prisma, não vemos o que justifica, ao ângulo dos valores albergados pela Constituição, que se aceite a dessacralização do direito de propriedade, em face de imperativos sociais impostergáveis ditados pelo texto magno, mas não a do direito adquirido. Não entendemos porque a categoria do direito adquirido, forjada no apogeu do Estado Liberal, tenha de ser mantida no interior de uma redoma, alheia à mudança dos tempos e protegida de toda sorte de compressões e relativizações decorrentes de conflitos com outros bens jurídicos revestidos de estatura constitucional.

Se é verdade que outros direitos fundamentais tão ou mais caros ao nosso ordenamento constitucional, como a privacidade e a liberdade de expressão, são concebidos pela doutrina contemporânea como revestidos de natureza relativa, diante da eventual necessidade de ponderações voltadas à proteção de outros princípios constitucionais contrapostos no caso concreto,[43] não há porque afirmar a natureza absoluta da proteção conferida ao direito adquirido. E o argumento literal, de que o texto constitucional não autorizou em nenhuma hipótese o atentado contra direitos adquiridos prova pouco, já que a letra da Constituição também parece absoluta quando garante outros direitos fundamentais, como a livre manifestação do pensamento (art. 5º, inciso IV), e nem por isso a doutrina e a jurisprudência deixam de admitir a possibilidade de restrições a estes direitos, em casos de colisões com outros interesses constitucionalmente tutelados.

---

[42] Sobre a mudança do direito de propriedade decorrente da passagem do Estado Liberal para o Estado Social existe vastíssima bibliografia. Veja-se, na doutrina brasileira, em especial, TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: *Temas de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 267-292, e na Itália, sob uma perspectiva mais filosófica, BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Propietario.* Trad. Jesus Ernesto Garcia Rodriguez. Madrid: Trotta, 1996.

[43] Sobre ponderações de interesse e conflitos envolvendo direitos fundamentais existe hoje fartíssima bibliografia, mas a obra clássica permanece sendo a de ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales.* Trad. Ernesto Garzón Valdés: Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81-172. Veja-se dentre outros, na doutrina brasileira, SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000; FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996; e BARCELLOS, Ana Paula. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional*: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-118.

Aqui poder-se-ia discutir se a garantia do direito adquirido consubstancia regra ou princípio, o que importaria em aceitar ou recusar a possibilidade de sujeitá-la a ponderação de interesses. Lembre-se que, de acordo com a posição majoritária em matéria de ponderação, as regras incidem a partir da lógica do "tudo ou nada" (Dworkin),[44] não se abrindo para sopesamentos,[45] enquanto os princípios têm uma "dimensão de peso" (Dworkin), e são aplicáveis como "mandados de otimização" (Alexy),[46] cujo grau de cumprimento depende de uma séria de variáveis fáticas e jurídicas inerentes a cada caso, entre as quais a incidência de princípios contrapostos que apontem soluções diferentes. Como destacamos em outro estudo de nossa lavra, o texto da norma não basta para qualificá-la como regra ou princípio, sendo fundamental, neste mister *"analisar também a qualidade do bem jurídico protegido pela norma, bem como o domínio empírico sobre o qual ela se projeta".*[47]

No caso, a natureza dos bens jurídicos e valores envolvidos na proteção do direito adquirido, a arena empírica em que incide a garantia em pauta, povoada também por outros princípios constitucionais tendencialmente conflituosos, aliadas à cosmovisão que temos da Carta de 88 — uma Constituição profundamente comprometida com a transformação das relações sociais no país — tudo isto nos inclina a sustentar que a salvaguarda do direito adquirido traduz um típico princípio constitucional, que, como tal, abre-se para ponderações com interesses contrapostos de mesma envergadura.[48]

Aliás, um argumento de peso no sentido do que vimos defendendo liga-se à tendência contemporânea à relativização da coisa julgada,[49] que é protegida constitucionalmente pelo mesmo inciso que ampara o direito adquirido e se nutre exatamente do mesmo valor que justifica a salvaguarda daquele: a segurança das relações jurídicas. Atualmente, a jurisprudência e a doutrina vêm aceitando, não sem alguma celeuma, que a proteção da coisa julgada pode ceder espaço diante de outros interesses constitucionais, como a tutela de direitos da personalidade (exame de DNA posterior provando o erro de decisão transitada em julgado em investigação de paternidade, após o prazo para propositura de ação rescisória), a salvaguarda do patrimônio público

---

[44] *Taking Rights Seriously.* Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 24 et seq.

[45] Vem sendo questionada a posição de que só os princípios e não as regras sujeitar-se-iam a ponderações de interesse. Neste sentido, Humberto Ávila, empregando farta e erudita argumentação, sustenta, na contramão da doutrina dominante no país, que *"a ponderação não é método privativo da aplicação de princípios. A ponderação ou balanceamento... enquanto sopesamento de razões e contra-razões que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática"* (*Teoria dos Princípios.* São Paulo: Malheiros, 2003, p. 44)

[46] *Teoria de los Derechos Fundamentales.* Op. cit., p. 86.

[47] *Ponderação de Interesses*..., op. cit., p. 48. No mesmo sentido, BIN, Roberto. *Diritti e Argomenti*: Il Bilanciamento degli Interessi nella Giurisprudenza Costituzionale. Milano: Giuffrè, 1992, p. 16.

[48] No mesmo sentido se inclina o magistério de MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de, op. cit., p. 131-143.

[49] Veja-se, a propósito, DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional.* Rio de Janeiro: América Jurídica, p. 33 et seq.

(sustação do pagamento de indenização excessiva em ação de desapropriação transitada em julgado, sem rescisória), e até da supremacia da Constituição (nova redação do art. 741 do CPC, que permitiu a argüição, em embargos à execução, de nulidade de decisão judicial fundada em ato normativo declarado inconstitucional pelo STF). Assim, ainda que se possa reconhecer eventuais exageros nesta tendência, o certo é que ninguém mais sustenta o caráter absoluto da proteção constitucional atribuída à coisa julgada. Pois bem: se está longe de ser absoluta a tutela constitucional da coisa julgada, por que haveria de sê-lo a proteção conferida ao direito adquirido?

E a história brasileira também ilustra a necessidade de rejeitar-se uma visão absolutista do direito adquirido. Basta recordar a abolição da escravatura, realizada sob a égide da Constituição de 1824, que previa o princípio da irretroatividade da lei. Por mais importante que seja a garantia do direito adquirido, ninguém com um mínimo senso ético defenderia a validade da sua invocação pelos senhores de escravos diante da lei emancipadora!

Afigura-se interessante, neste momento da exposição, analisar, de forma rápida e panorâmica, como o problema da tensão entre a segurança jurídica e outros imperativos de justiça foi resolvido em alguns sistemas jurídicos alienígenas, nos quais, por força de texto constitucional expresso ou de construção jurisprudencial a partir dos princípios, reconheceu-se alguma proteção constitucional ao direito adquirido.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a Constituição, no seu art. 9º, seção 9, item 3, vedou a edição de leis retroativas (ex post facto Law), e no seu art. 10º, item 1, proibiu os Estados-membros de fazerem leis que prejudiquem o cumprimento dos contratos (No State shall (...) pass (...) Law impairing the Obligation of Contracts). Porém, em relação à cláusula proibitiva da ex post facto Law, a jurisprudência tem se inclinado no sentido de circunscrever sua incidência à esfera penal.[50] Já em relação ao dispositivo que visa proteger do legislador estadual os contratos celebrados no passado, o entendimento que vem prevalecendo na Suprema Corte norte-americana é o de que, para avaliar a constitucionalidade da norma de efeitos retroativos, faz-se necessário realizar um teste, no qual se deverá analisar se as prescrições retrooperantes consistiam ou não num instrumento razoável e proporcional que visasse promover algum legítimo e importante interesse público.[51] No caso positivo, elas serão consideradas constitucionais. Embora o referido dispositivo constitucional seja endereçado apenas aos Estados-membros e não à União, tem-se entendido que esta também sofre restrições na sua capacidade de editar normas retroativas no campo não penal, por força da cláusula do devido processo legal. Assim, só serão aceitas as normas retroativas editadas pela

[50] Cfr. TRIBE, Laurence. *American Constitucional Law.* 2nd. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988, p. 632-641; NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitucional Law.* 5th. ed. St. Paul: West Publishing Co. 1995, p. 428-430.
[51] Cf. NOVAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. Op. cit., p. 416-417.

União se esta demonstrar que *"a aplicação retroativa da legislação se justifica em razão de algum objetivo legislativo racional"*.[52]

No direito alemão, embora o texto da Lei Fundamental só proscreva explicitamente a retroatividade no campo penal (artigo 103, alínea 2), a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal extraiu, do princípio do Estado de Direito, uma cláusula implícita de irretroatividade da lei, à qual, no entanto, também não foi atribuído um peso absoluto.[53] Com efeito, a Corte alemã rejeita, em princípio, a constitucionalidade das leis retroativas, em nome da proteção à certeza jurídica e à confiança do cidadão. Mas ressalta que esta proteção deixa de prevalecer quando inexistir, no caso, uma confiança do cidadão que seja digna de proteção, ou ainda quando *"razões forçosas do bem-estar comum, superiores ao preceito da certeza jurídica, possam justificar uma disposição com retroatividade."*[54]

Por outro lado, a Corte germânica traçou uma diferença entre a retroatividade em sentido próprio, existente quando a lei atinge fatos consumados no passado, e a retroatividade em sentido impróprio, que se dá quando a norma incide sobre o futuro, mas implica em desvalorização de posições jurídicas consolidadas antes do seu advento. Em ambos os casos, ela recorre a uma ponderação para avaliar a validade da norma, mas no caso da retroatividade em sentido próprio, exige-se a apresentação de argumentação constitucional mais forte para justificação da legitimidade constitucional da prescrição retrooperante.

Já em Portugal existe proibição constitucional explícita para a retroatividade apenas em relação às leis penais (art. 29, nºs 1, 2, 3 e 4), restritivas de direitos, liberdades e garantias (art. 18, nº 3), e tributárias (art. 103, nº 3).[55] Sem embargo, nos outros casos, a jurisprudência, partir dos princípios da segurança jurídica e da confiança, vem estabelecendo restrições à retroatividade das normas, que, todavia, também não se revestem de caráter absoluto. Conforme decidiu o Tribunal Constitucional no Acórdão nº 173/01, afora os domínios acima mencionados, uma lei retroativa *"só será inconstitucional, se violar princípios ou disposições constitucionais autônomos, que é o*

---

[52] 467 U.S. 717 apud NOVAK, John E.& ROTUNDA, Ronald D.. Op. cit., p. 420.

[53] Cf. HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 186-192.

[54] BverfGE 13, 261 (272) apud HECK, Luís Afonso, op. cit., p. 190.
Em outra decisão importante, proferida em 1981 e reproduzida em KOMMERS, Donald P. *The Constitucional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany.*2nd. ed. Durham: Duke University Press, 1997, ressaltou-se que *"o Tribunal Constitucional Federal já decidiu repetidamente que o legislador não é confrontado com a alternativa de preservar antigas posições jurídicas ou retirá-las mediante compensação cada vez que uma área legal é de novo regulamentada. Dentro da moldura do artigo 14 (1) o legislador pode reestruturar posições legais individuais editando regras de transição apropriadas e razoáveis sempre que o interesse público mereça precedência em relação a alguma confiança justificada – protegida pela garantia de continuidade na manutenção de um direito adquirido."* (p. 261)

[55] A proibição de leis retroativas no campo tributário não figurava no texto originário da Constituição portuguesa de 1976, tendo sido incluída na revisão constitucional realizada em 1997.

que sucede quando ela afeta, de forma inadmissível, arbitrária ou demasiado onerosa direitos ou expectativas legitimamente fundadas dos cidadãos".[56]

De acordo com o magistério de Canotilho, um elemento relevante para reconhecimento, ou não, da inconstitucionalidade da norma retroativa no direito português, diz respeito à forma como incide sobre o passado. Embora as decisões sempre envolvam ponderações, é possível afirmar que nos casos de retroatividade autêntica, em que a norma se volta efetivamente para o passado, a suspeita de inconstitucionalidade é maior, sendo também maior, por corolário, o ônus argumentativo na demonstração da sua validade. Já nas hipóteses de retroatividade apenas "aparente", em que a norma atinge os efeitos no futuro de fatos passados, a proteção da confiança do cidadão é menos intensa. Ademais, em algumas circunstâncias, a proteção da confiança exigirá a formulação de regras transitórias, pois, como destacou o citado mestre lusitano, *"no plano do direito constitucional, o princípio da proteção da confiança justificará que o Tribunal Constitucional controle a conformidade constitucional de uma lei, analisando se era ou não necessária e indispensável uma disciplina transitória, ou se esta regulou, de forma justa, adequada e proporcionada, os problemas resultantes da conexão de efeitos jurídicos da lei a novos pressupostos — posições, relações, situações — anteriores e subsistentes no momento de sua entrada em vigor."*[57]

Portanto, o que se verifica é que em outros sistemas em que se atribuiu estatura constitucional à proteção do cidadão contra a retroatividade da lei, ela não assumiu contornos absolutos. Será que só no Brasil deve ser diferente? Será que aqui, onde a desigualdade social é muito mais profunda e acentuada, se afigura razoável congelar no tempo todos os direitos que já foram distribuídos no passado, tornando-os pétreos e intangíveis?

4 - O CONSTITUINTE DERIVADO ESTÁ OBRIGADO A RESPEITAR DIREITOS ADQUIRIDOS?

Firmados os pressupostos em que queríamos assentar nosso raciocínio, cabe agora enfrentar a questão central a que nos propomos desde o início deste estudo: as emendas constitucionais estão inexoravelmente vinculadas a todos os direitos adquiridos?

A discussão, em termos estritamente jurídico-positivos, envolve a compreensão do sentido da palavra "lei", empregada no art. 5º, inciso XXXVI, pelo texto magno ("a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"). Se entendermos "lei" no sentido amplo, as emendas constitucionais teriam de observar o limite talhado pelo texto magno em prol da segurança jurídica. Mas se, ao contrário, considerarmos que ao aludir à "lei", a Constituição buscou apenas limitar o legislador infraconstitucional, o constituinte derivado não ficaria condicionado ao respeito

[56] Apud TOLEDO, Cláudia. Op. cit., p. 236.
[57] *Direito Constitucional.* Op. cit., p. 384.

dos direitos adquiridos.[58] Nesta segunda hipótese, considerando que o art. 5º, inciso XXXVI, insere-se no rol das cláusulas pétreas, ter-se-ia apenas a proibição de que uma emenda constitucional abrisse as comportas para que futuras leis infraconstitucionais violassem direitos adquiridos. Em outras palavras, o constituinte derivado não poderia suprimir o núcleo essencial da garantia estampada no art. 5º, XXXVI, eliminando ou comprometendo seriamente a proteção do cidadão contra os efeitos retroativos das leis; mas ele — poder reformador — não estaria vinculado pelo respeito aos direitos adquiridos.

É importante destacar que a questão da vinculação do constituinte derivado ao direito adquirido não chegou a ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro depois do advento da Constituição de 1988.[59] Antes dela, porém, o STF chegou a se manifestar expressamente sobre o tema, afirmando que *"não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do Poder Constituinte originário ou do Poder Constituinte derivado".*[60] Contudo, no regime constitucional então vigente, os direitos individuais não figuravam no elenco das cláusulas pétreas explícitas, o que altera significativamente os contornos da discussão.

Consoante destacamos no início deste estudo, a doutrina nacional é praticamente unânime na afirmação de que as emendas constitucionais estão adstritas ao irrestrito respeito dos direitos adquiridos. Após a Constituição de 1988, dentre as poucas vozes dissonantes podemos citar Celso Bastos, segundo o qual a emenda constitucional *"pela força de que está revestida de norma constitucional, cabe cassar direitos adquiridos",*[61] Paulo Modesto, que destacou que "o direito adquirido não é garantia dirigida ao poder constituinte originário ou reformador. É garantia do cidadão frente ao legislador infraconstitucional, e utilizável apenas para conter a eficácia derrogatória da lei nova para situações constituídas no passado",[62] além do Ministro Joaquim Barbosa, no voto já citado neste estudo.

---

[58] É óbvio, no entanto, que, por uma interpretação lógica da Constituição, se a lei não pode desrespeitar o direito adquirido, por maioria de razões os atos normativos infralegais – decretos, portarias, resoluções, etc. – tampouco podem fazê-lo.

[59] A questão foi ventilada no julgamento da ADIN 3.105-8-DF, relativa à contribuição previdenciária dos servidores inativos, no voto do Ministro Joaquim Barbosa, já em parte reproduzido neste ensaio. Mas, ao final, a constitucionalidade da contribuição acabou sendo reconhecida sem a análise da questão da vinculação do constituinte derivado ao direito adquirido, pois a maioria dos Ministros do STF entendeu que, sendo a contribuição em causa um autêntico tributo, não caberia falar em direito adquirido à não incidência de nova exação fiscal sobre fatos geradores futuros.

[60] O acórdão foi proferido pelo Plenário do STF no REext. 94.4141-SP, sendo relator o Ministro Moreira Alves e se encontra publicado em *RTJ* 114:243-244. Discutia-se, naquele caso, a existência de suposto direito adquirido de magistrado em face da EC nº 07/67, que proibira aos membros do Poder Judiciário o exercício de mais de uma atividade no magistério superior.

[61] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 191.

[62] A Reforma Administrativa e o Direito Adquirido ao Regime da Função Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, 1996, p. 237.

A nosso ver, o correto equacionamento da questão exige que analisemos, além do sentido das cláusulas pétreas e dos limites e fundamentos da proteção do direito adquirido – temas de que nos ocupamos nos itens precedentes –, ao que se propõe, em linhas gerais, a Constituição de 1988. Qual é, em suma, a essência do projeto constitucional que ela encerra, e que tipo de postura hermenêutica uma constituição com esta índole demanda?

E a Carta de 1988 é, sem nenhuma dúvida, uma Constituição que tem os olhos postos no futuro — embora ela não deixe de conter também um acerto de contas com o passado. Trata-se de uma ordem constitucional que se propõe a ambiciosa empreitada de reconstruir o Estado e a sociedade brasileira sobre bases mais justas e eqüânimes; de refundar a República a partir de um projeto solidário e inclusivo. Basta ler o art. 3º do texto magno, cuja localização bem ilustra a sua importância no sistema constitucional, e que identifica os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, para que se tenha a dimensão da grandiosidade da proposta: *"construir uma sociedade livre, justa e igualitária"*, *"garantir o desenvolvimento nacional"*, *"erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais"*, *"promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação"*. Não é pouco. É, sem dúvida, uma Constituição dirigente,[63] programática, que se propôs a operar um verdadeiro "giro copernicano" na res

[63] Rios de tinta vêm correndo sobre a crise da idéia de Constituição dirigente, sobretudo depois que Canotilho — que divulgara a aperfeiçoara no início da década de 80 o conceito formulado originariamente na Alemanha por Peter Lerche —, alterou seus posicionamentos anteriores, e, contaminado por um certo "pessimismo pós-moderno", chegou a atestar que a Constituição dirigente morrera, em decorrência de diversos fatores, como a globalização econômica, o advento dos blocos regionais, a crise do Estado do Bem-Estar Social e a desconfiança contemporânea diante das "metanarrativas"(Lyotard) emancipatórias.

Porém, goste-se disto ou não, o fato é que a Constituição de 1988 é uma constituição dirigente, na medida em que traça rumos e objetivos, e pretende vincular os poderes políticos na sua prossecução. Como não pretendemos aqui "tapar o sol com a peneira", não negamos que a erosão da soberania do Estado, decorrente da globalização econômica, a desconfiança diante dos excessos de "insinceridade normativa" (Barroso) da Constituição, o fortalecimento do Direito Internacional, dentre tantos outros fatores, vêm enfraquecendo a crença — subjacente à filosofia da Constituição dirigente – de que a partir da norma constitucional é possível redefinir os destinos de uma Nação.

Sem embargo, entendemos que se o dirigismo constitucional for calibrado com uma certa dose de realismo, e se ele voltar-se não para a definição de todos os caminhos e alternativas possíveis para o futuro – o que seria profundamente desrespeitoso em relação ao direito moral das próximas gerações de se autodeterminarem — mas sim para a construção dos pressupostos básicos de uma democracia civilizada, como redução da desigualdade social, inclusão das minorias, etc., entendemos que permanece, na sua essência, legítima e atual, sobretudo na periferia capitalista, a crença na constituição dirigente. Veja-se, a propósito do conceito de Constituição dirigente e de toda a polêmica que ele hoje envolve, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.* 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1996 (especialmente o prefácio à 2. ed., p. V-XXX); Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 15, p. 7-17; COUTINHO. Jacinto Nelson Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003; BERCOVICI, Gilberto. A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas considerações sobre o Caso Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 142, 1999, p. 35-41; STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.* Op. cit., p. 95-145; e SARMENTO, Daniel. Constituição, Globalização e Direitos Sociais: Limites Ético-Jurídicos para o Realinhamento Constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 223, 2001, p. 153-168.

publica brasileira, visando assegurar as bases necessárias para a construção de uma democracia inclusiva, em cujo vértice axiológico situe-se a pessoa humana, com suas necessidades reais, suas carências e suas fraquezas. É uma Constituição que não cerrou os seus olhos para a opressão que provêm da alienação dos mais fracos numa ordem social injusta, em que o Estado, apropriado pelos interesses da elite econômica e do estamento burocrático, alimenta e perpetua o ciclo da exclusão. É, enfim, uma Constituição em cujas entrelinhas se pode desvelar uma autêntica "opção preferencial" pelos pobres, pelos que estão fora do contrato social, alijados das benesses da cidadania; pelos sem-comida, os sem-teto, os sem-Previdência...

É claro que não basta a afirmação constitucional do projeto emancipatório para torná-lo realidade. É evidente que, entre a promessa constitucional e a realidade, medeia um espaço às vezes grande demais, que não será transposto apenas pelo voluntarismo do intérprete. Não se nega aqui que a exacerbação da dimensão utópica da Constituição encerra riscos que não podem ser negligenciados, dentre os quais a própria erosão da sua força normativa. Não se questiona, em suma, o fato de que a complexidade e a gravidade dos problemas brasileiros não comportam bravatas, pois é de seriedade e não de Quixotes constitucionais que carecemos.

Mas uma coisa é reconhecer que a Constituição sujeita-se aos limites do possível, e outra bem diferente é adotar esquemas hermenêuticos que comprimam ainda mais estes limites, amesquinhando as virtualidades transformadoras do nosso pacto fundamental. Na nossa opinião, é isso o que ocorre quando se grava com o selo da eternidade todos os direitos já adquiridos no passado. Para uma Constituição muito mais voltada para o **transformar** do que para o **conservar**, esta limitação vai longe demais na garantia do status quo.[64]

Podemos assim conjugar (a) a percepção sobre a reverência devida ao constituinte derivado, como expressão do direito democrático à

[64] Neste sentido, parece interessante recordar a distinção, feita por Tércio Sampaio Ferraz, entre os chamados "procedimentos interpretativos de bloqueio", mais próprios ao Estado Liberal e às suas constituições estatutárias e limitadas, e os "procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais", que se afiguram essenciais para a viabilização das constituições sociais da contemporaneidade, e que importariam na idéia de que *"certas aspirações se tornariam metas privilegiadas até mesmo acima ou para além de uma conformidade constitucional estritamente formal. Elas fariam parte, por assim dizer, da pretensão de realização inerente à Constituição".* (A Interpretação Constitucional na Atualidade. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson. *Constituição de 1988*: Legitmidade, Vigência e Eficácia, Supremacia. São Paulo: Atlas, 1898, p. 11).

Não estamos defendendo aqui a tese da incompatibilidade entre o Estado Social e Estado de Direito – tão ao gosto de autores conservadores, tanto liberais como autoritários, de Hayek à Carl Schmitt. O que estamos sustentando é apenas que se torna necessário calibrar alguns princípios do Estado Liberal que encerravam limitações aos poderes políticos, não por força de "razões de Estado" invocadas *ex parte principis*, mas em função da necessidade de atendimento de imperativos éticos e jurídicos relevantíssimos, que exigem um ativismo estatal mais intenso no atendimento de certas demandas sociais constitucionalmente tuteladas. Para um maior desenvolvimento destas idéias, veja-se o Capítulo I de nossa obra *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 17-67.

autodeterminação das gerações presentes e futuras — o que enseja uma interpretação não maximizadora das cláusulas pétreas —; com (b) a visão de que o direito adquirido configura uma garantia constitucional importante, mas que não foi posto pelo constituinte num pedestal, acima dos demais direitos fundamentais e interesses constitucionais; e ainda com (c) a noção de que a Constituição de 1988 propõe-se, essencialmente, a modificar as estruturas sociais e não a conservá-las.

O resultado surge então sem maiores dificuldades: os direitos adquiridos não são, nem aqui nem em nenhum outro país do mundo inteiro, um limite para o constituinte derivado. Sujeitar as emendas à Constituição ao acatamento incondicionado de todos os direitos adquiridos no passado é, na nossa opinião, fazer pouco do direito de cada geração de construir seu próprio caminho, mas é também, e acima de tudo, eternizar um status quo rebelde às dimensões transformadoras que, por imperativo constitucional, devem estar presentes no direito brasileiro.

Portanto, entendemos, na contramão da doutrina amplamente dominante, que a palavra "lei" empregada pelo constituinte na redação do art. 5º, inciso XXXVI, do texto fundamental, não abrange as emendas à Constituição. Isto significa que embora o constituinte derivado não possa suprimir ou desnaturar a garantia do indivíduo contra a irretroatividade desfavorável da lei infraconstitucional, ele pode, sim, desconstituir direitos que tiverem sido adquiridos no passado. Isto não significa, é óbvio, que tais atos do poder constituinte derivado fiquem imunes ao controle, pois será sempre possível verificar se outros princípios constitucionais condicionantes do poder de reforma foram atingidos, dentre os quais os direitos fundamentais individuais, políticos, sociais e coletivos, no seu núcleo essencial.

O próprio princípio da segurança jurídica, previsto no caput do art. 5º do texto magno — que nutre axiologicamente a proteção ao direito adquirido e está também subjacente a diversos outros direitos fundamentais, como o princípio da legalidade (art. 5º, inciso II) —, poderá ser tomado, ao nosso ver, como parâmetro material para a aferição da validade das emendas à Constituição. Mas não se tratará, aqui, de uma análise de lógica formal, pautada pela lógica do "tudo ou nada", à moda das subsunções. Para afastar uma emenda, por ofensa à segurança jurídica, será necessário demonstrar não apenas que se trata de um atentado gravíssimo contra o núcleo essencial deste princípio, mas também que, numa argumentação jurídica aberta aos valores, esta restrição não tem como ser racionalmente justificada por uma necessidade impostergável de proteção ou promoção de algum outro interesse constitucional igualmente digno de tutela.

Sem embargo, ainda que se entenda que a palavra "lei", utilizada no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, alcança também as emendas à Constituição, daí não se extrai, necessariamente, que qualquer restrição contra direito adquirido operada pelo constituinte derivado seja sempre inconstitucional. Isto porque, como já destacamos anteriormente, as cláusulas pétreas não impedem mudanças, nem restrições aos direitos e princípios que

protegem, mas apenas aquelas alterações que atentem contra o seu núcleo essencial destes direitos e princípios. Isto se pode inferir da própria redação do art. 60, §4º, do texto magno, que não proibiu qualquer mudança que atingisse os princípios e institutos ali enumerados, mas apenas aquelas que tendessem à sua abolição. Conforme destacou, com inteira propriedade, Ingo Wolfgang Sarlet,

> *(...) é possível comungar o entendimento de que a proteção imprimida pelas "cláusulas pétreas" não implica a absoluta intangibilidade do bem constitucional protegido, pelo menos não no sentido de impedir todo e qualquer tipo de restrição. Não se pode negligenciar, neste contexto, que os direitos e garantias fundamentais (a despeito de constituírem limites materiais a reforma) podem ser objeto de restrição até mesmo pelo legislador infraconstitucional, desde que preservadas as exigências da reserva legal (quando for o caso) bem como salvaguardado o núcleo essencial do direito restringido e observados os ditames da proporcionalidade, de tal sorte que não nos parece aceitável a tese de que o poder reformador (ainda que limitado) possa menos que o legislador ordinário.*[65]

O conceito do núcleo essencial de direito fundamental é bastante controvertido, havendo várias correntes na doutrina européia a propósito do significado deste instituto, e não seria esta a sede propícia para penetrar nesta difícil e interminável polêmica.[66] De qualquer sorte, é possível destacar que o núcleo essencial, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, *"destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionadas"*.[67] É certo, assim, que o núcleo essencial opera como uma espécie de "limite dos limites",[68] na medida em que veda as restrições que possam atingir o "coração" de cada direito fundamental, os seus elementos mais basilares, sem os quais ele se desnaturaria. Já os elementos mais periféricos ou acidentais do direito fundamental, por situarem-se na zona externa ao seu núcleo essencial, sujeitar-se-iam às restrições operadas pelo legislador — e, a fortiori, também pelo constituinte derivado —,

---

[65] A Problemática do Fundamentais Sociais como Limites Materiais ao Poder de Reforma da Constituição. Op. cit., p. 381.

[66] Para um estudo exaustivo desta questão, veja-se GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

[67] Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 243.

[68] De acordo com Ignacio de Otto y Pardo, *"la garantia del contenido esencial es límite de los límites porque limita la posibilidad de limita, porque señala un límite más alla del cula no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales".* (La Regulacion del Ejercio de los Derechos y Libertades: La Garantia de su Contenido Esencial en el Artículo 53.1 de la Constitucion. In: MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo; OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos Fundamentales y Constitución.* Madrid: Civitas, 1988, p. 126).

desde que observados outros pressupostos constitucionais, dentre os quais o acatamento ao princípio da proporcionalidade.[69]

Sem nenhuma pretensão de profundidade — até porque a nossa tese é no sentido de que o constituinte derivado não está vinculado aos direitos adquiridos, e não a de que ele só esteja adstrito ao respeito do seu núcleo essencial —, entendemos que talvez seja possível identificar o núcleo essencial da garantia do direito adquirido com a vedação às chamadas retroatividade máxima e média da lei, deixando do seu lado de fora a retroatividade mínima. Isto porque, é apenas na retroatividade máxima e média que se verifica a incidência da norma sobre fatos situados no passado, inteiramente, no primeiro caso, ou em parte, no segundo. Na retroatividade mínima, o que ocorre, na verdade, não é propriamente uma eficácia retrooperante da norma, mas sim o seu efeito imediato, atingindo projeções futuras de algum ato ou relação jurídica que teve a sua gênese no passado. Assim, embora a garantia contra a retroatividade mínima da lei integre também o "âmbito de proteção"[70] da cláusula constitucional que salvaguarda o direito adquirido, parece-nos razoável postular que ela se localiza na zona externa ao seu núcleo essencial. De fato, do ponto de vista da segurança jurídica e da proteção à confiança do cidadão, justifica-se plenamente que se confira uma garantia muito mais rígida contra a retroatividade máxima e média do que em relação à retroatividade mínima da lei, como aliás foi reconhecido na jurisprudência constitucional alemã e portuguesa, acima referidas.

Enfim, parece-nos que, seja pelo primeiro caminho que delineamos, que exonera o constituinte derivado do respeito ao direito adquirido, seja pelo segundo, que limita a sua vinculação ao núcleo essencial daquela garantia constitucional, uma conclusão afigura-se necessária: numa ordem jurídica que tem em seu vértice uma Constituição como a de 88, cujos olhos esperançosos estão voltados para o futuro, e que traz impresso em seu coração um profundo compromisso com a democracia e com a transformação do status quo, não é correto postular que todo e qualquer direito subjetivo, independentemente do seu substrato ético, uma vez concedido no passado, jamais possa ser retirado pelas gerações futuras.

5 - ENCERRAMENTO

É conhecida a crítica marxista contra o discurso dos direitos humanos. De acordo com o jovem Marx, de A Questão Judaica, os direitos do homem, proclamados nas cartas de direitos e nas constituições liberais, seriam apenas mais um artifício criado para legitimar a dominação econômica exercida pela

[69] Veja-se, a propósito, a obra de BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis restritivas de Direitos Fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

[70] O âmbito de proteção identifica as hipóteses, fatos e situações que são tuteladas pelo direito fundamental. Graficamente, poderíamos representar o âmbito de proteção e o núcleo essencial dos direitos fundamentais como dois círculos concêntricos, sendo o primeiro o de maior raio.

classe dominante sobre o proletariado. De nossa parte, não subscrevemos esta crítica, que menospreza as potencialidades emancipatórias dos direitos humanos, sobretudo na sua visão contemporânea, que proclama a complementariedade e a interdependência entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e culturais, todos eles indispensáveis para a garantia da vida humana com dignidade. De toda forma, em alguns contextos específicos, o diagnóstico de Marx parece preciso, cruelmente preciso...

Se não quisermos dar razão ao jovem Marx; se considerarmos que os direitos humanos são instrumentos de emancipação e não de conservação a todo custo do status quo, mascarados pela linguagem grandiloqüente das constituições, não podemos aceitar teorias que fossilizem até a eternidade todos os direitos já distribuídos e partilhados no passado, sem levar em consideração se são justos ou não, se são legítimos ou não. E é esta a hora de decidir o que entendemos por direitos fundamentais...

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SARMENTO, Daniel. DIREITO ADQUIRIDO, EMENDA CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E JUSTIÇA SOCIAL. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br

4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa:
Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Ano 3, n. 09, abr./jun. 2005. Belo Horizonte: Fórum, 2005. Trimestral. ISSN: 1678-7072. 1 – Direito Público – I. Fórum. CDD: 342. CDU: 34.