

JOSÉ ARTHUR CASTILLO DE MACEDO

**REFORMA DA CONSTITUIÇÃO E O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: UMA LEITURA SOB UMA PERSPECTIVA EMANCIPATÓRIA**

Monografia apresentada como requisito parcial à
conclusão do Curso de Direito do Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Clèmerson Merlin Clève

CURITIBA

2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JOSÉ ARTHUR CASTILLO DE MACEDO

**REFORMA CONSTITUCIONAL E O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: UMA LEITURA SOB UMA PERSPECTIVA EMANCIPATÓRIA**

CURITIBA

2008

AGRADECIMENTOS

Não se faz obra alguma sem a colaboração de outras pessoas, afinal, como diria Oswaldo Montenegro, metade de mim é lembrança do que fui, e a outra metade não sei. É com muito amor e carinho que eu gostaria de agradecer as pessoas que ajudaram, de algum modo, a realização deste trabalho, desde logo, devo deixar claro que qualquer erro, imprecisão ou falta de clareza são de minha responsabilidade.

Devo agradecer simplesmente pelo fato de estar vivo e com saúde. À minha família devo agradecer por simplesmente me agüentarem todos os dias, o que com certeza é uma tarefa árdua. Aos meus pais devo quase tudo, o jeito de ser, as preocupações políticas e sociais, o jeito agitado (da minha Mãe), o gosto pelo conhecimento, pesquisa e discussões teóricas (do meu Pai), aliás, a ele devo agradecer também pelos “empréstimos” de alguns cd’s do Stan Getz, essenciais para a elaboração do presente trabalho. Devo gratidão pelo fato de não me deixarem fazer vestibular para filosofia, com certeza foi fundamental para que hoje eu estudasse direito constitucional. Ao meu irmão, meu amigo desde sempre (na verdade desde 05/05/1989), que além de – quase – sempre estar de bom humor, é um excelente companheiro para todo tipo de empreitadas (as inúmeras viagens, as bagunças feitas juntas, as festas quando nossos pais viajavam, e, atualmente as discussões da antropologia, sociologia, ciência política, e sobre música e poesia). Aos meus avós ao Abuelo e Abuela, com quem convivi pouco e ao Nonno e a Nonna, com quem pude passar inúmeros momentos, agradeço pelas histórias, pelas momentos alegres, pelo incentivo (sempre), pelo amor. Aos meus tios, padrinhos e primos, pelos momentos de descontração e de aprendizado.

Aos meus amigos, devo agradecer principalmente por me lembrarem de largar os livros, de ver o dia nascer, de simplesmente ver o dia passar, jogando conversa fora, ouvindo música, etc. Em ordem cronológica, agradeço ao Victor (de novo, afinal nunca é demais), ao Ger(mano), ao Deko, amigos há mais de 13 anos, pelo que temos em comum, e pelo que nos separa. Do Santa Maria, a “galera” do 3º B, alguns remanescentes do Pro Álcool, a Rê, o Chico (e toda a família Han), o Cintra, o Gasparin, Fer Bandeira, Luísa, Flavinha, Mo, Guetter, Fusco. Cada um do

seu jeito me fazem ser melhor. Aos amigos da Faculdade por tudo, na Economia (da UFPR) ao Fabitão, Maurício, Nas, Herman e Fabian; na Curitiba: ao Kike (querido amigo/irmão), ao Fer, Cão, Madjer, Judas (Jr.), etc...; na UFPR devo agradecer aos amigos (não só colegas) do grupo PET da velha e da nova geração: Alfredo, Fabi, Marina, Miguelito, Rei, Wallace, Eriston, Ju, Saulo, Murilo, Leandro, Felipe, Maurício, Vitor, Frank, Larissa, Luis, Leo, Mozart, Luciana – espero não ter esquecido ninguém!, mas se sinta incluído no agradecimento; aos companheiros de lutas, alegrias e decepções no movimento estudantil da faculdade e fora dela: Dêja, Bruno Meiguinho, Michael, Rei, Eriston, Tiago Predador, Marília, Cacá, Camila, Miguelito (e a família Godoy, Gabriel e Rafael), Nana, Bochnie, a família Giamberardino (André, Pedro e Isa), Yuri, dentre outros. Aos meus veteranos “putativos”, agradeço por sempre me acolherem com a cabeça e os braços abertos, sempre querendo ajudar, ao Thiago (Breus), Itinho, Samir, Maurício, Helo Kroll e o Aloísio. As mestrandas e doutorandas do prof. Clèmerson, pelas discussões, pelo auxílio sempre em todos os momentos sem esperar alguma coisa em troca (Cláudia, Ucha e Helo), muito obrigado! A Helo Kroll devo agradecer quantas vezes for possível, pois ela me auxiliou muito nesta caminhada constitucional, sempre solicita, tentando ajudar este humilde aprendiz, obrigado Helo! As Helôs Câmara e Caggiano, companheiras na empreitada (monitoria de Direito Constitucional A) neste ano, a Helô Caggiano, em especial pelas infundáveis discussões sobre direito constitucional, pelo auxílio na compreensão das idéias do Nino e por sua vontade de constituição. Ao Michel, meu querido calouro com quem sempre tenho algum tema instigante para discutir. Aos amigos que me fazem lembrar que o importante é viver e ser feliz e que não sabem e nem querem saber coisa alguma sobre direito, vai meu agradecimento.

Devo fazer um agradecimento especial a uma pessoa cuja colaboração foi imprescindível para a realização deste trabalho, e além de ser essencial para enfrentar os inúmeros desafios dos últimos dois anos: a Camila, pelo amor, carinho, mas também pelas inúmeras aulas de português, correções e discussões. Sei que elas me ajudaram a ser melhor; mas as palavras sempre dizem pouco quando se tratam de sentimentos, por isso só posso dizer muito obrigado.

Por fim, gostaria de agradecer a alguns professores que se tornaram essenciais na minha formação e não coadunaram com o pacto da mediocridade. Ao professor Krachinski, no já longínquo ano de 2004, pelas inúmeras lições sobre o pensamento econômico, mas principalmente por nos fazer levar a sério a faculdade.

Ao Lincoln Schroeder meu primeiro professor de direito constitucional positivo, pelas excelentes aulas e pela disposição em ajudar. Ao Prof. Abili por sempre estimular a pesquisa e a extensão, pela sua dedicação à Universidade e em especial ao Grupo PET. Aos meus ex-chefes Prof. Sérgio Cruz Arenhart – apesar de nossas divergências ideológicas (e à Ana e ao Carlos, de quem levo lições para a vida); e à Profª. Ângela Costaldello, por me ensinarem inúmeras coisas, inclusive algumas sobre direito, hehe (brincadeira!). À Profª. Clara por tudo e por me fazer gostar de processo penal; ao (mestre) Prof. José Roberto Vieira, pela dedicação à Universidade, pelo compromisso com o aprendizado dos estudantes, e pelo respeito dispensado aos seus alunos. Ainda, resta um agradecimento especial a dois professores com quem tive um convívio maior este ano, à Profª. Vera Karam de Chueiri, pelo carinho, pela seriedade, pela sua dedicação ao direito constitucional, por ser do jeito que é (e é por isso que eu a admiro e respeito); e ao prof. Clèmerson Merlin Clève, pelas inúmeras conversas sobre direito constitucional, história, política, estética, epistemologia (a lista seguiria); por sempre saber me provocar/instigar, e em alguns momentos por me fazer ir além dos limites dos meus limites, este trabalho não seria possível sem sua orientação, fica, assim, a gratidão por tudo.

Este trabalho é dedicado aos meus avós, mas em especial ao meu avô o Nonno – José Valdomiro de Macedo (*in memoriam*), que sabia (antes de eu me dar conta) que eu seria jurista, com quem também discuti uma emenda à constituição (EC 41) e o “direito adquirido”; além disso, descubro hoje que sou muito mais parecido com ele do que poderia imaginar, pela magreza, pela sede de conhecimento, pelo jeito falante e o gosto pela docência. Essa é para você Nonno!

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	iii
DEDICATÓRIA	v
1. INTRODUÇÃO	8
2. REFORMA DA CONSTITUIÇÃO	12
2.1 BREVE NOTA SOBRE O PODER CONSTITUINTE	12
2.2 A REFORMA DA CONSTITUIÇÃO – O CAMINHO	15
2.2.1 Fundamentos da Reforma Constitucional	17
2.2.2 Formas de mudança da Constituição.....	25
2.2.3 Legitimados para propositura da Reforma e seu procedimento no Direito Brasileiro	27
2.2.4 Os limites à Reforma.....	28
2.2.4.1 Limites materiais.....	29
2.2.4.2 Limites implícitos	30
3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E REFORMA CONSTITUCIONAL	35
3.1 A INDETERMINAÇÃO RADICAL DO TEXTO E CONTEXTO : O ENUNCIADO DO INCISO IV, DO PARÁGRAFO 4º, DO ART. 60 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	35
3.1.1 A Identidade da Constituição	40
3.2 EXTENSÃO DA PROTEÇÃO	45
3.3 AS TEORIAS SOBRE RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	47
3.3.1. Questão de Ordem e noção geral sobre restrições	48
3.3.2 Teorias interna e externa.....	51
3.3.3 Teorias sobre o conteúdo essencial: absolutas e relativas	55
4. REFORMA CONSTITUCIONAL E O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	58
4.1 A QUESTÃO NA DOCTRINA	58
4.1.1 O posicionamento de Virgílio Afonso da Silva	58
4.1.2 Os posicionamentos de Luís Roberto Barroso, Juarez Freitas e Ingo Sarlet....	61
4.2 A QUESTÃO NO STF	64
4.3 A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO E O PODER REFORMADOR	67
4.4 O PROBLEMA DO DIREITO ADQUIRIDO.....	70
4.5 ALGUMAS QUESTÕES INCONCLUSAS.....	74
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	78
REFERÊNCIAS	82

1. INTRODUÇÃO

“No meio do caminho tinha uma pedra
tinha uma pedra no meio do caminho”¹

Nos últimos vinte anos, a mudança tem sido a palavra de ordem. Ocorreram inúmeras mudanças sociais, políticas, econômicas e tecnológicas. Há 20 anos, ainda havia o Muro de Berlim (e a Guerra Fria), o Brasil acabava de sair de uma ditadura, havia a hiperinflação, e não se cogitava falar em internet, telefones celulares, clonagem, aquecimento global, globalização², etc.

Hoje, não há mais Guerra Fria, hiperinflação, etc., e o Brasil já passou por algumas eleições com alternâncias no poder (com alguns escândalos de corrupção, é verdade), mas mesmo assim, não se cogitou um golpe de estado para “retornar à ordem estabelecida”. Vive-se em um momento de crise financeira, fala-se com o outro lado do mundo em tempo real pela internet e as linhas de telefones fixos não são mais bens materiais tão importantes como automóveis e imóveis.

A sociedade brasileira, em que pese suas (ainda) aberrantes desigualdades, é, também, outra. Aliás, temos, hoje, eleições dotadas de notável celeridade e lisura na apuração dos votos, sendo exemplo para democracias maduras, como os Estados Unidos da América do Norte.

Não obstante, nos últimos vinte anos, todas as mudanças relatadas (no Brasil) ocorreram dentro de certos limites jurídicos, respeitando um marco normativo: a Constituição Federal de 1988.

Mas a Constituição de 1988 não passou todo este período incólume, muito pelo contrário, tem hoje cinquenta e seis emendas (mais as seis emendas da revisão) – um verdadeiro recorde, apesar de este não ser um recorde muito positivo, mas digno de registro.

A partir dessas circunstâncias, a presente investigação aborda exatamente a questão da reforma da constituição, da qual as emendas são uma espécie, e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

¹ ANDRADE, Carlos Drummond de. **Antologia Poética**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1990, p.196.

² Sobre a globalização, ver: LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização Econômica Política e Direito: Análise das Mazelas Causadas no Plano Político Jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis, 2002.

Desse modo, pretende-se analisar a reforma da constituição, seus limites e possibilidades frente aos direitos fundamentais, levando em conta seu conteúdo essencial, sendo que, para tanto, estará subjacente a relação entre constitucionalismo (como noção de poder político limitado e garantia de direitos) e democracia (como regra da maioria e como autodeterminação popular), bem como os reflexos desta relação, e, assim, pretende-se perquirir se os limites à reforma constitucional seriam uma verdadeira pedra no meio do caminho da democracia.

A razão de ser desta investigação não se dá – somente – em virtude da quantidade de emendas já promulgadas sobre a égide da Constituição de 1988. A tal motivação é acrescida a idéia de que é necessário pensar as relações entre estática e dinâmica do Direito e do Ordenamento Jurídico, sendo que a reforma da constituição tem como finalidade precípua a atualização do texto constitucional frente à realidade cambiante.

No entanto, a realidade social é complexa e aquele que teoriza (o jurista, no caso) tem que estar ciente de que não poderá abarcar sua totalidade, pois sempre haverá imprevistos, sempre haverá espaço para uma surpresa que não constava em um modelo teórico³. Além disso, deve-se lembrar que todo conhecimento é provisório, e, muitas vezes, sua principal função não é dar respostas às perguntas, mas sim, fazer as perguntas, problematizar algo que está ali na realidade, algo que é quase natural porque ainda não foi questionado.

O marco trazida pela Constituição de 1988 levou a inúmeras mudanças, seja na teoria, seja na prática. Antes, as constituições brasileiras não eram levadas a sério, e eram os códigos, sobretudo o Código Civil, que desempenhavam o papel central no Ordenamento Jurídico Brasileiro⁴. Ademais, o Direito Constitucional resumia-se ao estudo da organização do Estado. Hoje, este ramo do Direito

³ MORIN, Edgar. Epistemologia da Complexidade. In: SCNITMAN, Dora Fried. (org.). **Novos Paradigmas, Cultura e Subjetividade**. Porto Alegre: Artmed, 1996, p. 274-286. Á p. 274: "Pode-se dizer que há complexidade onde quer que se produza um emaranhamento de ações, de interações, de retroações. E esse emaranhamento é tal que nem um computador poderia captar todos os processos em curso. Mas há também outra complexidade que provém da existência de fenômenos aleatórios (que não podem ser determinados e que, empiricamente, agregam incertezas ao pensamento). Pode-se dizer, no que concerne à complexidade, que há um pólo empírico e um pólo lógico e que a complexidade aparece quando há simultaneamente dificuldades empíricas e dificuldades lógicas."

⁴ Sobre o assunto, cf.: BARROSO, Luis Roberto. **A doutrina brasileira da efetividade**. In: Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; e: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração. In: **Constituição e Democracia: Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho**. BONAVIDES, PAULO, et. al. (org.). Malheiros: São Paulo, 2006.

preocupa-se com os direitos fundamentais, com a construção do Estado Democrático de Direito, com a criação de uma sociedade livre justa e solidária, e a Constituição é o centro do Ordenamento Jurídico⁵, sendo possível falar em retorno à razão prática, em pós-positivismo, em teoria dos princípios, em neoconstitucionalismo⁶, etc.

Para a Constituição de 1988 ter força normativa⁷, foi necessário superar inúmeros percalços, sobretudo, políticos, e foi através de uma luta política que se afirmou a normatividade do texto constitucional.

Tendo em vista estas conquistas e as circunstâncias sociais e políticas, é que se pretende analisar a reforma constitucional e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Abordar-se-á, no primeiro capítulo, a reforma da constituição, no que ela se distingue do poder constituinte originário, qual o seu fundamento, quais as formas de mudança da constituição, quem são os legitimados para propor a reforma, o seu procedimento no Direito Brasileiro, e, ainda, os limites à reforma constitucional.

No segundo capítulo, serão analisadas, em um primeiro momento, algumas questões decorrentes do enunciado do inciso IV, do parágrafo 4º, do art. 60 da Constituição Federal, a identidade da constituição e a extensão da proteção outorgada pelo constituinte aos direitos fundamentais. Em um segundo momento, investigar-se-á questões referentes às teorias das restrições dos direitos fundamentais, e propor-se-á um caminho a ser seguido para avaliar as questões decorrentes da reforma e do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Serão apresentadas, também, as teorias acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

⁵ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissa para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-16.

⁶ Sobre a razão prática na Filosofia, em geral, e no Direito, em particular, respectivamente: ATIENZA, Manuel, **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 19-48.; JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. 3ª ed. **Dicionário Básico de Filosofia**. Verbetes: razão. Rio de Janeiro: Jorge Zahar: Rio de Janeiro, 2001, p. 229-230; quanto ao pós-positivismo: CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa**, nº 21, 1998, p. 209-220; já quanto a distinção entre princípios e regras, ver, sobretudo: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, e, ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; sobre o neoconstitucionalismo, CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madri: Trotta, 2003, p.9-11.

⁷ Sobre a força normativa da constituição deve-se fazer referência à obra clássica de Konrad Hesse, cf.: HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

Por fim, no terceiro capítulo, analisar-se-á alguns posicionamentos dos teóricos da dogmática constitucional brasileira contemporânea, bem como o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, acerca da reforma constitucional e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais⁸. Também enfrentar-se-ão dois problemas decorrentes da reforma constitucional e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais: a questão da proibição de retrocesso e o problema do direito adquirido, sendo que serão feitas algumas considerações sobre questões inconclusas acerca desses assuntos.

⁸ De acordo com a divisão proposta pela semiótica da divisão em três planos para a análise da linguagem em: sintática, semântica e pragmática; pode-se afirmar que o segundo capítulo e o terceiro são, respectivamente, análises semânticas e pragmáticas do discurso jurídico, ainda que o enfoque do trabalho não seja exclusivamente uma análise semiótica do(s) discurso(s) jurídico em geral, e constitucional em particular. Para mais detalhes menciona-se sobre o tema a obra de Luis Alberto Warat, *o Direito e sua Linguagem*, sobretudo às p. 38-52. Cf.: WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2ª ed. aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

2. REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

2.1 BREVE NOTA SOBRE O PODER CONSTITUINTE

De acordo com Paulo Bonavides, sempre houve Poder Constituinte nas sociedades políticas⁹, porém, é no século de XVIII que surge a Teoria do Poder Constituinte como uma teoria da legitimidade do poder¹⁰. Essa teoria conjugava influências do iluminismo francês (racionalista, mecanicista), com as teorias do Contrato Social e do Direito Natural e tem como marco fundador, a obra de Sieyès¹¹ e, na prática, o processo de criação da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte.

A idéia fundamental (implícita) quando se fala em Poder Constituinte é que ele criará uma constituição. Há divergências doutrinárias sobre se o Poder Constituinte é vontade/decisão¹², ou se corresponde a uma nova idéia de direito¹³, ou, ainda, se é legitimidade¹⁴, etc. Todavia, neste trabalho, entende-se que o Poder Constituinte, ao produzir sua obra (a Constituição), consubstancia os princípios fundamentais de uma sociedade (que refletirão determinada concepção de direito). É por isso que se adotam as teorizações de Bonavides, as quais se aproximam muito da proposta feita por Antonio Negri, pois para aquele a teoria do Poder Constituinte é uma teoria da legitimidade do poder, e para este “falar de poder constituinte é falar de democracia”¹⁵.

Adotar tal ponto de vista implica em duas conseqüências: i) compreender o fenômeno do poder constituinte como um fenômeno essencialmente político, como potência, portanto, *extrajurídico*; ii) atinar ao fato de que o poder político deve ser legítimo. Sendo que, legítimo para esta investigação, é o poder que emana do povo

⁹ O Poder Constituinte que se faz referência aqui é o que Jorge Miranda denominou de Poder Constituinte Material. O Poder Constituinte Material é o triunfo de certa concepção (idéia) de Direito, é a opção política fundamental; já o Poder Constituinte Formal é a formalização dessa idéia de direito, é aquele que coloca a Constituição Formal (escrita), para mais detalhes, ver: MIRANDA, Jorge. Poder constituinte. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 80, out./dez. 1986, p. 15-17.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 141.

¹¹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: que é o terceiro estado?* Tradução Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, também: PINTO, Luzia Marques da Silva. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 11.

¹² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad.: Francisco Ayala. Madri: Alianza, 1992, p.93-94.

¹³ MIRANDA, Jorge. Ob. cit., p. 15-16.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo, Ob. cit., p. 141.

¹⁵ NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaios sobre as alternativas da modernidade*. Tradução: Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 7.

e que pode ser exercido direta e indiretamente (parágrafo único, do art. 1º, da Constituição Federal)¹⁶. O que quer se ressaltar aqui, é que não seria legítimo, a partir de tais teorizações, que o “poder constituinte” fosse apropriado por determinada oligarquia, política, econômica ou militar, como ocorrera ao longo da história institucional do Brasil¹⁷.

A partir de tais considerações, entende-se, também, que não há necessidade de se falar em limites ao Poder Constituinte “Originário”¹⁸, como concebem alguns autores tais como Jorge Miranda, Jellinek, dentre outros¹⁹; já que:

Essa energia inicial, a potência, evidentemente não tem limites jurídicos, embora possa ter limites metajurídicos, bem seja, derivados das crenças, das ideologias, com respeito aos valores, ou por acatamento a certa realidade social subjacente como diria Heller. Poderíamos chamar estes condicionamentos de limitações provenientes da realidade.

Desse modo, cabe anotar que, quando determinada sociedade pretender criar uma constituição, ela será influenciada pelas crenças, valores professados por seus cidadãos, pelo sistema econômico (capitalista ou não), pela história institucional do

¹⁶ Porém não se exclui de toda a concepção de Carl Schmitt, mas apenas quando ela for incompatível com a perspectiva apresentada. Para este autor o Poder Constituinte é a vontade política cuja força e autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e a forma da própria existência da unidade política, porquanto em seu conceito Schmitt também concebe o Poder Constituinte como essencialmente político, ver: SCHMITT, Carl. Ob. cit., p.93-94. Aliás, a referência à legitimidade se faz necessária uma vez que muitos autores fazem menção às constituições resultantes de golpes de estado e verdadeiras usurpações do poder, ou seja, constituições outorgadas como legítimas.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular: (Estudos Sobre a Constituição)**. Malheiros: São Paulo, 2002, p. 82-113. Para José Afonso da Silva, o Poder Constituinte foi usurpado, para começar, quando o Imperador outorgou a Constituição do Império; teve titularidade autocrática em 1937 e também em 1964, quando da união da oligarquia militar com a oligarquia tecnocrática. Porém, além desses processos diretos de usurpação, houve meios indiretos de deformação da vontade popular por procedimentos convocatórios e eleitorais fraudulentos.

¹⁸ As aspas se justificam por dois argumentos. O primeiro é que consoante a concepção adotada, todo Poder Constituinte irá constituir, ou seja, dará **origem** a uma nova ordem, ou um novo paradigma de Direito, o que implicaria em um pleonismo desnecessário. O segundo é que, para a maioria da Doutrina, é possível classificar o Poder Constituinte de diversas formas, por exemplo, Poder Constituinte Originário, Derivado, Decorrente; terminologia que será criticada adiante, respaldando, também, o uso das aspas.

¹⁹ Tais autores apresentam vários “limites” ao Poder Constituinte “Originário”, como: limites **autônomos** – que derivam da própria regulamentação da constituinte, limites **heterônomos** – que provêm de normas anteriores que de alguma maneira estão limitando o Poder Constituinte. JELLINEK, Georg, *apud*, VANOSSI, Jorge Reinaldo. Uma visão atualizada do poder constituinte. In: **Revista de direito constitucional e ciência política**, Rio de Janeiro, n. 01, p. 11-25, jul. 1983. Já Jorge Miranda trás três limites materiais ao poder constituinte: **transcedentes** – que se dirigem ao poder constituinte material e formal; **imanentes** – se dirigem ao poder constituinte formal; **heterônomos** – que se adstringem tanto Poder Constituinte Formal quanto ao Poder Constituinte Material, ver: MIRANDA, Jorge. Ob. cit., p. 20.

Estado, etc²⁰. Tais limites influenciam as pré-compreensões e as visões de mundo de determinado povo, contudo, caso esse povo queira, poderá romper a qualquer momento com tais valores, pois tem o “direito” a se autodeterminar²¹. É o que ocorreu, por exemplo, com aqueles Estados que após muitos anos de autoritarismo, romperam com o passado instaurando governos democráticos²². Assim, se entende que não é necessária a classificação de limites materiais ao Poder Constituinte, porque tais limites, muitas vezes, seriam retóricos, já que a sociedade pode romper com eles a qualquer tempo, porque ela só se vincula a sua própria vontade²³.

Outra classificação utilizada recorrentemente por muitos autores²⁴, é aquela que caracteriza o Poder Constituinte como Originário, Derivado e Decorrente. O uso do adjetivo “originário” serviria (para aqueles que acham necessária a distinção), para distingui-lo das outras duas formas de Poder Constituinte: o Poder Constituinte Decorrente e o Poder Constituinte Derivado. O Poder Constituinte Decorrente seria

²⁰ Sobre a noção de direito como fenômeno histórico, como verdadeira “história viva”, ver: GROSSI, Paolo. **Primeira Lição Sobre o Direito**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 67 e ss.; já sobre a idéia de que o direito é influenciado pelo modo de produção subjacente, ver: GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 19 e ss.

²¹ O direito de cada Nação de se autodeterminar, ou de se auto-governar, é reconhecido por autores liberais desde o século XVIII, destacam-se dentre eles Sieyès, (para esse autor a Nação não pode se impor à proibição à mudança – ao direito de mudar) SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: que é o terceiro estado?** Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, p. 119; seguindo essa posição também Thomas Jefferson: “Não podemos, seguramente, negar a qualquer nação esse direito em que se funda nosso próprio governo, que todos podem governar a si mesmos de acordo com qualquer forma que lhes apraz e mudá-la a seu bel-prazer; e que poderão transacionar com nações estrangeiras através de qualquer órgão que julguem adequado, seja rei, convenção, assembleia, comitê, presidente ou tudo o mais que possam escolher. A vontade da nação é a única coisa essencial que se tem de considerar.” JEFFERSON, Thomas. **Escritos políticos**. In: WEFFORT, Francisco (Org). **Os pensadores**. Trad.: Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p.24.

²² Brasil, Argentina e Chile, para citar somente alguns Estados da América do Sul que tiveram governos autoritários durante vários períodos ao longo de sua história e agora têm governos democráticos. Em muitos casos ocorreu o que Jorge Miranda denominou “*transição constitucional*”, pois transitaram de um regime autoritário (de uma determinada configuração constitucional, a outra) a um regime democrático, sobre o tema ver: MIRANDA, Jorge. Ob. cit., p. 19.

²³ Outra coisa é discutir-se a Legitimidade Material da Constituição. Como ocorrera em Portugal, pois a legitimidade do Poder Constituinte que fez a Constituição Portuguesa de 1976 fora questionada. Sobre o tema ver a obra: PINTO, Luzia Marques da Silva. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. Nessa obra a autora se propõe a investigar a legitimidade material da Constituição Portuguesa de 1976, tendo em vista às críticas que foram feitas ao seu modo de elaboração (como, v.g., um possível exagero do Poder Constituinte). Para a autora os Direitos Fundamentais seriam o(s) fundamentos(s) da Legitimidade Material da Constituição Portuguesa. Tal questionamento também ocorreu no Brasil, sobre o caso Brasileiro ver *supra*.

²⁴ Para citar apenas alguns autores (rol meramente exemplificativo), ainda que muitos deles critiquem tal classificação: TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998; TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

outorgado pela Constituição Federal aos Estados-Membros, nos estados federados, para que criassem a suas Constituições Estaduais. Já o Poder Constituinte Derivado seria o Poder “Constituinte” concedido pela Assembléia Constituinte ao Congresso Nacional para que este faça a reforma constitucional²⁵.

Consoante a noção de Poder Constituinte utilizada no presente trabalho não é possível concordar com tais distinções/terminologias, pois elas atribuem o nome de Poder Constituinte a coisas que não o são. Segue-se, pois, a corrente que compreende tanto o “poder constituinte decorrente”, quanto o “poder constituinte derivado” como competências²⁶, porquanto ambos sejam poderes constituídos, limitados, pois atribuídos pelo Poder Constituinte (que é corolário da soberania popular, verdadeira potência que não se esgota no momento da promulgação do texto constitucional) e a ele estão subordinados.

2.2 A REFORMA DA CONSTITUIÇÃO – O CAMINHO

A reforma da constituição torna-se mais complexa na medida em que se soma às questões do Poder Constituinte, outras atinentes à democracia (ou, à Teoria Democrática). Pois, a Constituição, enquanto obra do Poder Constituinte, poderá se chocar com a potência democrática, do povo, que, buscando sua autodeterminação, poderá, mediante determinada deliberação, colidir com algumas disposições do texto constitucional.

Desse modo, a relação entre democracia e constitucionalismo não é tranqüila²⁷, pelo contrário, ela é a resultante de uma série de tensões, que vão e vem em um movimento dialético. De um lado, aceitar a idéia de que uma sociedade se submeterá a uma Constituição é aceitar, desde logo, que ela está limitando seu

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 107 e ss.

²⁶ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 34-35 e p. 90. Sobre o “Poder Constituinte Derivado” retornar-se-á adiante no item referente a Reforma da Constituição, desde já adianta-se que tal concepção é sustentada também por Carl Schmitt na sua Teoria da Constituição, para mais detalhes ver: SCHMITT, Carl. *Ob. cit.*, p. 118-119.

²⁷ CHUEIRI, Vera Karam. O discurso do constitucionalismo: governo das leis *versus* governo do povo. In: **Direito e Discurso: Discursos do Direito**. Ricardo Marcelo Fonseca (org.), Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p.161-172, para essa autora não é possível conciliar a tensão entre constitucionalismo e democracia; já para Luís Roberto Barroso é possível tal conciliação, ver: BARROSO, Luís Roberto. **As Transformações do Direito Constitucional Contemporâneo: Revisão dos conceitos fundamentais e elementos do novo modelo**. 389 p. Tese de Doutorado – UERJ – Setor de Ciências Jurídicas, Rio de Janeiro: 2008, p. 30-35. Enquanto que para Carlos Santiago Nino essa é uma relação cheia de tensões. NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Trad. Roberto P. Saba. Gedisa: Barcelona, 1997.

espaço de deliberação (o espaço para a deliberação democrática), ou até seu resultado. Por outro lado, as Constituições, mormente as democráticas, estabelecem direitos e deveres, tanto para os cidadãos, quanto para o Estado. Tais direitos e deveres, muita vezes, asseguram as condições (ainda que mínimas), para que haja democracia. Por exemplo, seria difícil discordar que as diversas feições da liberdade (de expressão, de movimento, de associação), bem como da igualdade (formal, política, substancial), não são necessárias para assegurar um mínimo de democracia. Mas poderá se afirmar que há um conflito entre o princípio majoritário (que tende a expansão) e a noção de limitação de poderes, de limites ao poder político em geral (cara ao constitucionalismo).

Ora, mas tal olhar vislumbra essas tensões somente do ponto de vista externo à Teoria e Dogmática do Direito Constitucional. Do ponto de vista interno podem ser suscitadas questões referentes à estática e a dinâmica do Direito. Pois, se a ordem jurídica em geral e a constituição em particular, pretendem ensejar a segurança jurídica dos cidadãos, dar estabilidade às relações jurídicas e às expectativas, e dar força normativa (eficácia e efetividade) ao texto constitucional bloquear, ou dificultar a possibilidade de mudanças pode ser salutar. Contudo, esse bloqueio ou a imposição de dificuldades à mudança do texto constitucional, poderá ensejar, também, a perda da força normativa²⁸, poderá ser um verdadeiro convite à revolução²⁹, ou uma pedra no meio do caminho, da caminhada democrática de determinado povo.

Portanto, ao analisarmos a reforma constitucional, há que se levar em conta todas estas questões, tentando não reduzi-las a preto ou branco, mas tentando vislumbrar os diversos nuances que esse tema pode ensejar. Nesse sentido, é feliz a metáfora proposta por Carlos Santiago Nino, que ao analisar tais questões, se referiu à Democracia Constitucional como um “matrimônio feliz”³⁰, e, como todo matrimônio, cheio de tensões, de idas e vindas, de sístoles e diástoles.

Para analisar esse matrimônio, principalmente no que tange à reforma constitucional, explicitar-se-á algumas categorias analisando seus limites e suas possibilidades, à luz da concepção adotada neste trabalho. Antes, porém, faz-se necessária a fundamentação da Reforma Constitucional, nas atuais circunstâncias, a

²⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

²⁹ VANOSSI, Jorge Reinaldo. Ob. cit. p. 12-14.

³⁰ NINO, Carlos Santiago. Ob. Cit., p. 13.

partir da tensão entre constitucionalismo e democracia bem como a distinção da reforma frente a outros processos de mudança da constituição, e, dentro da reforma, a distinção entre revisão e emenda constitucional.

2.2.1 Fundamentos da Reforma Constitucional

Como já exposto, para muitos autores, a relação entre constitucionalismo e democracia é uma relação tranqüila, enquanto que para outros essa relação é inquieta e não há maneira de acomodá-la. Não obstante tais posicionamentos, é necessário que se analise com uma maior proximidade essa relação tanto de um ponto de vista chamado “externo”, como por um ponto de vista “interno”, pois aquele que mira com uma certa distância poderá ter a impressão de que, nos fios da História, tais noções se acomodam e as tensões inexistem, uma vez que a malha histórica é uma só. Entretanto, ao tentar vislumbrar de que modo cada fio se conecta, se entrelaça com o outro, poder-se-á enxergar os pontos de contato e de distanciamento e, assim, poderá se compreender a dialética constitutiva da democracia constitucional, sem, no entanto, apaziguar as tensões em um possível afã triunfalista ou ingênuo.

Dependendo do conceito adotado para os termos constitucionalismo e democracia será possível, ou não, avistar alguma tensão entre estas noções, pois de acordo com a Epistemologia Contemporânea, o cientista (e dir-se-ia no caso do Direito, o intérprete) constrói o seu objeto, porque ele não é dado pela realidade, ele é construído na interlocução cientista-objeto³¹. Isto é, o Direito é construído – e desconstruído, a todo momento, porquanto o Direito (assim, como a democracia) não é um objeto palpável, material ambos são noções lingüísticas, consensos semânticos (às vezes, nem tão consensuais assim), que são construídos e reconstruídos, nas sociedades³². Por isso que se faz o necessário enquadramento dessa reflexão em determinado tempo e local, porque se o que se escreve é um

³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos**: Elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 35-38.

³² Parece que se está se referindo ao “óbvio ululante”, todavia, este óbvio nem sempre é tão óbvio como se pressupõe. Estas noções são, muitas vezes, naturalizadas propositadamente para justificar determinado *status quo*. Além disso, fora a manipulação do uso lingüístico da noção de Direito para fins de dominação ou ideológicos, se verá adiante que tais noções (de que o intérprete constrói o objeto de interpretação, que não está dado de antemão) são caras e importantíssimas para as formulações pós-positivistas. Além do fato de que a noção de direito varia nas diversas sociedades, durante o desenrolar da história. Sobre o assunto, dentre tantos, ver: FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

ponto de vista (ou seja, a vista a partir de um referencial), esse referencial deve nos ajudar a trabalhar com estas noções (conceitos, ressalte-se, nem sempre consensos) lingüísticas que são o Direito e a Democracia. Tais noções estão, evidentemente, sobrecarregadas de pré-compreensões, de pré-conceitos, o que o que torna necessário delimitar o sentido e o alcance de tais expressões, pois, as premissas poderão delimitar, de antemão, o alcance da reflexão.

Esclarecidas tais questões, é possível, ainda que em poucas páginas, tratar do constitucionalismo e da democracia.

O Constitucionalismo foi um movimento que se iniciou na Inglaterra, notadamente com a Magna Carta³³. Mas foi, sobretudo, a partir da Revolução Americana e Francesa que o Constitucionalismo se afirmou enquanto movimento político e jurídico. Como também já se salientou, este movimento tinha como projeto a instauração de um ideário, o ideário do liberalismo político³⁴. O liberalismo político tem como principais pautas a limitação do poder e atribuição de certos direitos (daí a importância das declarações de direitos, nominadas no Direito Anglo-Americano de "*Bills of Rights*"). Assim, o liberalismo advoga a limitação do poder político (principalmente o estatal) e a existência de alguns direitos básicos (geralmente, vida, liberdade e propriedade; estes direitos eram defendidos desde o liberalismo clássico, por autores como John Locke³⁵).

Portanto, para um autor liberal (ou para um cidadão que acredita no, e pratica o, liberalismo político) é necessário que o Estado, bem como os outros cidadãos respeitem uma esfera de liberdade que ele tem frente a eles. Mas ele, cidadão, também terá que respeitar a esfera de liberdade alheia. Além disso, destaca-se que, para um liberal, não será problemático se seu direito se opuser a uma deliberação que goze de amplo respaldo (de muita legitimidade) democrático, porquanto seu direito é inviolável, ganhando quase um verdadeiro status sagrado, não podendo ser violado nem pelo Estado (enquanto representante da coletividade, do interesse

³³ Sobre a Magna Carta, dentre muitos, ver: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 151 e ss. sobre a idéia de constituições pactistas (como resultado de um pacto entre um poder –em regra o monarca- e o parlamento), ver BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do poder constituinte. **Revista brasileira de estudos políticos**. Belo Horizonte, n. 52, p. 07-58, jan. 1981.

³⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 104.; e KROLL, Heloísa da Silva. **Reforma Constitucional: Fundamentos e limites no cenário democrático-constitucional**. 157 p. Dissertação de Mestrado – UFPR, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2007, p. 59.

³⁵ BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 187 e ss.

público) nem por outros particulares³⁶. Tal posicionamento é duramente criticado por autores de diversas correntes filosóficas como o utilitarismo e o republicanismo. Todavia, um liberal diria que essa é uma concepção robusta de direitos, e os direitos devem ter justamente essa função forte, devem ser verdadeiras garantias da pessoa frente ao Estado e a terceiros, em tais casos os direitos terão verdadeira função contra majoritária³⁷.

Ora, o Constitucionalismo tem em seu “código genético” os genes do liberalismo, uma vez que ao enunciar (e principalmente, efetivar) direitos, ao atribuir competências, limita-se a esfera de deliberação, de disposição, na arena política de alguns bens considerados pela comunidade como essenciais. Esse gene é aquele que foi mencionado acima como sendo “caro ao Constitucionalismo”, a limitação dos poderes, em especial, do poder político³⁸.

De fato, determinado direito pode obstar uma deliberação democrática legítima e justa (e, querendo ou não, este é um risco que se corre em um Estado Constitucional não populista), o que é, em si, algo ruim, é uma faceta conservadora do direito. Porém, este mesmo direito, ou outro qualquer, em um momento diverso, poderá consubstanciar em verdadeira forma de emancipação daquela pessoa (ou daquele grupo de pessoas) frente ao arbítrio da vontade da maioria e dos poderes estatais. Portanto, como já se afirmou, a questão não é simples. Serão citados alguns exemplos adiante para esclarecer tal questão.

Existem inúmeras teorizações acerca da Democracia, algumas delas elitistas, outras, agonísticas, poliárquicas, etc³⁹; contudo adotar-se-á a concepção de Carlos Santiago Nino, exposta na obra *Constituição da Democracia Deliberativa*, uma vez

³⁶ Para Nino, por exemplo, leis perfeccionistas (que tentam impor um ideal de vida pessoal, por exemplo), não poderiam estar de acordo com a idéia de autonomia – ou liberdade de escolha-, pois interfeririam na esfera de escolha de cada indivíduo, violando sua inviolabilidade, o que não está de acordo com a concepção liberal de sociedade, ver: NINO, Carlos Santiago. Ob. cit. 137-142.

³⁷ Sobre uma concepção “robusta” de direitos sobre a perspectiva do liberalismo, ver: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, para este autor os direitos fundamentais são verdadeiros “trunfos políticos”; sobre uma concepção robusta de constitucionalismo, ver: NINO, Carlos Santiago. Ob. Cit. cap. 3.

³⁸ Podemos notar tal “gene”, na segunda dimensão do Conceito de Constituição Complexa articulado por Nino, pois – para esse autor-, essa é a dimensão dos direitos que são baseados em princípios morais que buscam criar condições para a cooperação democrática, para mais detalhes, ver: NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**, p. 70-100.

³⁹ Sobre o modelo elitista de democracia ver: SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Trad. Sergio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984, p. 336 e ss.; sobre o modelo agonístico ver: MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, n. 25, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php>. Acesso em: 18 de março de 2008; já sobre o modelo poliárquico ver: DAHL, Robert. A. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora UNB, 2001.

que Nino tenta criar uma teoria de Democracia Constitucional que não visa a eliminação de tensões, pelo contrário tenta trabalhá-las sem extirpá-las⁴⁰.

Cabe ressaltar que Nino articula as três dimensões do constitucionalismo, para construir sua idéia de Democracia Deliberativa, que seria um ideal a ser alcançado. O constitucionalista argentino sustenta que é necessário dar continuidade à Constituição enquanto prática social e não só como texto (dimensão da constituição histórica) mas também devem ser assegurados direitos que são condições (a priori) para a participação na construção da decisão coletiva, tais direitos devem ser baseados em princípio morais que garantam a cooperação entre as pessoas (são três princípios: autonomia, inviolabilidade da pessoa e dignidade da pessoa humana). As duas dimensões anteriores se articulam com uma terceira, que é a dimensão “democrática”, a qual se justifica na medida em que a Democracia tende a ser a melhor forma de se tomar conhecimento das decisões moralmente imparciais, aqui reside o que o autor denomina de “valor epistêmico” da democracia⁴¹.

De acordo com tal teoria, o constitucionalismo e a democracia estão articulados, não sendo possível conceber um sem o outro, mormente se se pretende defender um Estado Constitucional.

Em que pese toda a teoria construída por Nino, a própria democracia poderá ter (ainda que respeitadas as condições e os postulados colocados pelo autor) uma face emancipatória – que poderá corresponder à decisão moral correta/imparcial, consoante os postulados da democracia deliberativa; e poderá, também, ter uma face conservadora.

Assim, nota-se que há um “dúplice caráter” da democracia e do constitucionalismo, já que a democracia e o constitucionalismo estão articulados (e é necessário que estejam em um Estado Constitucional) em uma relação dialética, de idas e vindas, de tensionamentos e distensões, e, talvez, não seja possível falar de um sem o outro.

⁴⁰ A concepção de Nino é muito rica e complexa e não é o objetivo desse trabalho expor toda a construção e justificação apresentada em defesa do seu modelo de Democracia Deliberativa, pois “somente” tal desígnio exigiria um trabalho à parte. Cabe aqui destacar que Nino articula a noção de constituição complexa, que seria formada por três dimensões: a constituição histórica; a constituição dos direitos (ideal) e a dimensão democrática, sendo que cada uma dessas três dimensões é articulada para formar a Constituição de uma Democracia Deliberativa.

⁴¹Nino, Carlos Santiago. Ob. cit., p. 161.

Esse dúplice caráter é composto, de um lado, pelo o caráter emancipatório, e, do outro lado o caráter conservador, predominando ora um, ora outro. Além da relação interna (caráter conservador-emancipatório) destes conceitos, eles se relacionam externamente, interagindo, portanto, a democracia com o constitucionalismo, a todo momento, em uma relação dialética.

Mas afinal, no que consiste esse dúplice caráter da democracia e do constitucionalismo?

O caráter emancipatório do constitucionalismo (e a título de exemplo, dos direitos fundamentais), poderá se manifestar quando determinados direitos fundamentais protejam garantias que pretendem ser violadas por uma deliberação democrática, por exemplo: se se pretende aprovar uma lei discriminatória, que, entretanto, goza de ampla legitimidade popular, porém viola direitos de determinadas minorias (uma lei perfeccionista que viole autonomia, seguindo as idéias de Nino); o caráter emancipatório dos constitucionalismo/direitos fundamentais nesse caso é justamente o bloqueio que será oposto a tal lei, porquanto inconstitucional, que não poderá se manter incólume no sistema jurídico. Todavia, esse mesmo constitucionalismo poderá ter um caráter conservador quando, no afã de proteger/tutelar determinados direitos ou garantias, bloquear uma deliberação democrática legítima e constitucional, consubstanciando um bloqueio a mudança, ou conforme a afirmação de Nino, uma ditadura do status quo (da minoria, que poderá conservar a situação como está)⁴².

Já o caráter emancipatório da democracia ocorrerá quando a próprio caminhar da marcha democrática se chocar com o direito (com as pedras no meio do caminho e decidir removê-las), nesses casos a democracia (e a mudança democrática) poderá se projetar contra o Direito, e, às vezes, até contra alguns direitos, pois a mudança será o mais legítimo⁴³. Contudo, haverá um caráter conservador da democracia, quando através dela, tentar-se ou suprimir direitos

⁴² NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos*. 2ª ed. Astrea: Buenos Aires, 2007, p. 392. Neste item Nino expõe porque a democracia é uma decorrência do discurso moral e, em particular, analisa a ditadura do status quo, pois se se tenta obter a unanimidade em uma deliberação, uma pessoa pode barrar a vontade de todos (ensejando uma verdadeira ditadura do status quo), portanto, o princípio majoritário é uma aproximação do ideal da unanimidade nas democracias.

⁴³ Quiçá Carlos Santiago Nino não concordasse com tal leitura, porquanto para ele é necessário que se preserve a constituição histórica (o texto e as práticas constitucionais), assim, não seria possível, talvez uma ruptura. Todavia, a partir da noção de jurídico como espaço de luta, se crê que isso seria possível.

(fundamentais, principalmente) ou quando tentar-se aprovar determinado dispositivo discriminatório, que atente contra a dignidade de determinadas pessoas ou grupos⁴⁴.

Esse é o dúplice caráter (emancipatório e conservador) que tanto o constitucionalismo quanto a democracia têm. Quando estas duas grandes construções da modernidade interagem, elas estarão a todo momento dando mais expressão a uma ou outra dimensão desse caráter.

Ora, mas a análise feita sobre o Constitucionalismo e a Democracia, deu ênfase a questões externas ao direito. Faz-se necessária a abordagem de questões internas ao Direito, sobretudo a questão da estática e da dinâmica no Direito Constitucional.

A idéia de que o Direito poderia ser imutável, não por ter sido criado por uma autoridade divina, mas por ser obra da razão, foi uma das teses sustentadas por uma corrente do Jusnaturalismo. Para essa corrente, partindo dessa premissa racionalista, não haveria necessidade de mudá-lo conforme as circunstâncias exigissem; podendo, inclusive, vincular gerações futuras⁴⁵. Tal concepção fora criticada durante os processos revolucionários franceses e norte-americanos. Esta ordem de idéias foi muito criticada por Thomas Jefferson e Thomas Paine, pois para estes autores não é possível que uma geração limite às escolhas da geração seguinte⁴⁶.

Contudo, talvez até em decorrência de uma herança moderna (que acredita na capacidade do Direito de fornecer segurança), não se refuta a necessidade de certa permanência do Direito e da Constituição, pelo contrário, a estabilidade de determinado ordenamento jurídico é freqüentemente utilizado como sinônimo de

⁴⁴ Deve-se ressaltar que ao se falar em um “caráter conservador” da democracia se faz menção à regra da maioria, ou “princípio majoritário”, pois a partir de certa visão desta regra é que se pode falar em “caráter conservador” da maioria, no qual a maioria poderia – através da democracia, oprimir uma minoria, incidindo em verdadeira ditadura da maioria. Contudo, é diversa a posição adotada, por exemplo, por Ronald Dworkin na defesa de sua leitura moral da constituição, para mais detalhes, Cf. : DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad.: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 23 e ss.

⁴⁵ Sobre o Jusnaturalismo ver: BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004; LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 79-92; SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 49-54, já sobre o conceito de constituições imutáveis, fixas, etc. ver: SAMPAIO, Nelson de Souza. **O Poder de Reforma Constitucional**. Salvador: Livraria Progresso, 1954, p. 45-62, e; KROLL, Heloisa da Silva. Ob. cit., p.

⁴⁶ Tal debate não será aprofundado aqui por não ser o escopo do presente trabalho, todavia, indica-se a dissertação de Heloisa Kroll, na qual são abordadas tais questões, ver: KROLL, Heloisa da Silva. **Reforma Constitucional: Fundamentos e limites no cenário democrático-constitucional**. 157 p. Dissertação de Mestrado – UFPR, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2007, p. 46-57.

evolução, de civilidade de determinada sociedade⁴⁷. Desse modo, o fato de determinada Constituição ter muitos anos de vigência (ou até séculos, como é o caso da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte), é visto como um sinônimo de estabilidade e, portanto, de segurança jurídica.

A constituição promove, também, o fundamento de validade do sistema jurídico e se ela é estável, também o será o sistema. Desse modo, a permanência da constituição teria duas “espécies” já assinaladas, a permanência do texto constitucional e a permanência do próprio ordenamento.

A permanência, por sua vez, teria duas vantagens⁴⁸: i) a proteção da segurança jurídica e, ii) (possibilitaria uma) maior eficácia e efetividade da Constituição. Quanto à segurança jurídica é necessário ressaltar que a permanência do texto constitucional possibilita o maior conhecimento de todos os destinatários da norma, que podem conhecê-la e agir de acordo com o que ela prescreve. Já a eficácia e a efetividade da constituição estão atreladas a essa concepção de segurança jurídica, pois a estabilidade das relações gera uma expectativa (no presente) que se projeta ao futuro de que os destinatários de determinada norma agirão conforme o disposto por ela, se no passado agiram de acordo com suas prescrições⁴⁹.

Não obstante tais vantagens (algumas delas inegáveis, para alguns entusiastas da Modernidade), o Direito não pode ser imutável, porque, desde Heráclito, é sabido que tudo muda, o tempo todo. Tais considerações são relevantes nesse início de século XXI, que surge após o “breve século XX”, que trouxe o maior

⁴⁷ “Com efeito, o patamar de civilização de uma dada sociedade pode ser aferido por intermédio do grau de consagração da segurança no seu sistema jurídico. É a conclusão, de toda procedência, de GERALDO ATALIBA: “Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada”.

VIEIRA, José Roberto. Medidas Provisórias Tributárias e Segurança Jurídica: A Insólita Opção Estatal pelo “Viver Perigosamente”. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). **Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito**. São Paulo: Noeses, 2005, p. 318.

⁴⁸ SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 54-69.

⁴⁹ São relevantes as considerações que Konrad Hesse sobre o assunto, pois para o autor: “Igualmente perigosa para força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a freqüente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui, são, por isso, particularmente preocupantes. A freqüência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental de eficácia da Constituição.”, HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 22.

número de transformações em menor tempo para humanidade⁵⁰. Além disso, são inegáveis as inúmeras perplexidades pelas quais passam hoje as pessoas do século XXI, de um lado o exagero, a expansão do outro o recato⁵¹; fora o fato de que, com a evolução das telecomunicações acelerou-se o tempo, e os seres humanos atônitos ainda tentam compreender estas transformações e de alguma maneira interagir com elas.

Tais mudanças atingem o Direito como um raio e interpelam o jurista para dar respostas adequadas às novas circunstâncias. Pois, pensar a dinâmica do Direito, em geral, e do Direito Constitucional, em particular, se complexifica sobremaneira nesse novo cenário.

Argui-se que a dinâmica e a mudança da constituição são necessárias para que o texto constitucional não perca eficácia/efetividade e, que não se torne um texto ilegítimo, desconexo da realidade, verdadeira roupa que não veste bem ao manequim e só será colocada quando o corpo nacional – manequim - tiver crescido (a Constituição Nominal de Loewestein)⁵². Assim, a Constituição estaria integrada à realidade, acompanhando suas mudanças, legitimando-as e por elas sendo legitimada em uma relação dialética.

No entanto, consoante ao que foi afirmado acima, sabe-se que as mudanças podem ser benéficas à manutenção do texto e da ordem constitucional vigente, todavia, podem, também, servir para suprimir a ordem constitucional, erodindo toda a estrutura jurídica até então vigente⁵³. Por conseguinte, tais questões não podem ser vistas como “tudo ou nada”, preto ou branco, porquanto tais relações interagirão proporcionando idas e vindas.

Por um lado, é necessária a mudança do texto constitucional, para que quando ele mude acompanhe as mudanças da realidade que pretende regulamentar. De outro lado, essas mudanças não podem ser feitas a todo tempo e

⁵⁰ HOBBSBAWN, Eric. **Era dos Extremos**: O breve século XX 1914-1991. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 22 e ss.

⁵¹ LIPOVESTKY, Gilles. Gilles Lipovetsky: “As Marcas se Tornaram o Sentido da Vida das Pessoas”. **Cult.** São Paulo, n. 120, dez. 2007, p. 10-17. Entrevista.

⁵² LOWESTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel 1983, p. 218; sobre a necessidade da dinâmica para importância da integração entre norma e realidade, ver: SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁵³ Carl Schmitt propõe conceitos derivados do conceito de Constituição, seriam eles: a destruição; a reforma; a suspensão, a supressão e a quebra da constituição. Sobre a supressão, diz ele: “Supressão da Constituição: Supressão da Constituição existente, mas conservando o Poder Constituinte em que se baseava (mudança de constituição, golpe de Estado)”, tradução livre. SCHMITT, Carl. Ob. cit, p. 115.

de qualquer modo, frustrando as expectativas da população, gerando insegurança e correndo o risco de destruir a ordem que devem proteger.

Desse modo, para realizar a caminhada desse “matrimônio feliz”, como queria Nino, é necessário estar ciente de tais questões, pois, segundo o poeta espanhol Antonio Machado, “*el camino se hace al andar*”, e não será possível dizer de antemão qual é a resposta certa (se a mudança ou a permanência).

Tendo em vista estas considerações, é que se passará a analisar doravante, as técnicas jurídicas de mudanças da constituição e seus limites.

2.2.2 Formas de mudança da Constituição

As constituições podem ser mudadas de diversas formas. A doutrina convencionou os termos constituições flexíveis e constituições rígidas para diferenciar as diversas constituições quanto ao seu modo de mudança. Consoante tal classificação, são constituições flexíveis aquelas cujo processo de alteração não exige maiores dificuldades se comparado com o processo para alteração ou aprovação de uma lei ordinária, ou seja, o procedimento (quorum, discussão, deliberação, etc.) de aprovação de uma reforma ao texto constitucional não é mais agravado - não têm dificuldades maiores, do que aqueles feitos a qualquer lei. Já as constituições rígidas são aquelas que exigem um processo mais dificultoso para a aprovação de mudanças ao seu texto⁵⁴.

O processo agravado para mudanças formais da Constituição, seria justificável pois o texto posto nas constituições representaria os princípios, regras e demais decisões fundamentais de uma nação, não podendo qualquer maioria eventual mudá-lo ao seu bel prazer. Ou, em virtude de alguma crise, uma maioria

⁵⁴ Cabe ressaltar que as constituições flexíveis são as exceções no constitucionalismo mundial contemporâneo, sendo seu maior exemplo a Inglaterra, enquanto que as constituições rígidas são “a regra”, sendo a de mais longa vigência a Constituição dos Estados Unidos da América, promulgada em 1787 e até hoje vigente. Sobre o assunto, classificação das constituições, há muito bibliografia, sendo que praticamente todos cursos ou manuais de Direito Constitucional tratam do assunto, todavia, menciona-se apenas algumas obras, principalmente pela importância, sem pretender, contudo, enunciar um rol taxativo, ver: SAMPAIO, Nelson de Souza. **O Poder de Reforma Constitucional**. Salvador: Livraria Progresso, 1954, p. 62-72; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2.ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980, p. 35-48; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999; TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 88-166; VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999, p.116-125.

afetada por fortes emoções/paixões poderia se deixar levar pelo irracionalismo e poderia querer romper com a Constituição e com o paradigma de Direito por ela instituído⁵⁵.

Assim, os teóricos distinguem diversas formas de mudança do texto constitucional. As mudanças ao texto podem ser informais e formais. As mudanças informais seriam o que se convencionou chamar de mutação constitucional⁵⁶. A mutação é a mudança da interpretação do texto constitucional ao longo do seu tempo, seja pelos tribunais, seja pela sociedade, seja através do estabelecimento de novos costumes. Assim, através da mutação constitucional, a norma (que é diferente do texto, do enunciado da norma/normativo) poderia cambiar de sentido e de alcance na medida em que a sociedade fosse mudando, e não haveria a necessidade de alterar “as letras da lei” para cambiar sua interpretação pelo contrário, se a norma é resultado da interpretação e se é o intérprete que a constrói, ele (intérprete) poderá atualizar a norma de modo que ela acompanhe as mudanças sociais (evidentemente que na medida das possibilidades que o texto lhe fornece).

Além das mudanças informais da constituição, existem as mudanças formais. As mudanças formais se singularizam pelo fato de concretizarem alterações à forma **(ao texto)** da Constituição, o que a mutação não faz⁵⁷. A doutrina Brasileira diferencia duas espécies de mudanças formais (talvez sob influência do texto constitucional de 1934, que fazia tal diferença): as revisões constitucionais e as emendas⁵⁸. As revisões constitucionais são hipóteses excepcionais, outorgadas pelo constituinte ao legislador para, em determinada(s) época(s) revisar as normas constitucionais. As revisões podem ocorrer diversas vezes, podendo ser periódicas (como é o caso da atual Constituição Portuguesa de 1976), ou podem ocorrer uma

⁵⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 20-27.

⁵⁶ O tema da mutação constitucional incomodava os autores positivistas, pois para o Positivismo Jurídico, o ser e dever-ser estavam separados, entre a norma e o fato havia um verdadeiro fosso. Tal tema tem sido retomado por autores com pretensões pós-positivistas. Sobre o tema: BARROSO, Luís Roberto. **As Transformações do Direito Constitucional Contemporâneo**: Revisão dos conceitos fundamentais e elementos do novo modelo. 389 p. Tese de Doutorado – UERJ – Setor de Ciências Jurídicas, Rio de Janeiro: 2008, p. 66-84.

⁵⁷ LOWESTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel 1983, p. 175-176.

⁵⁸ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 132; SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 61-62; Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 1934), art. 178: “A Constituição poderá ser emendada, quando as alterações propostas não modificarem a estrutura política do Estado (artigos 1º a 14, 17 a 21); a organização ou a competência dos poderes da soberania (capítulos II, III e IV do Título I); o capítulo V, do Título I; o Título II; o Título II; e os artigos 175, 177, 181 e este mesmo art. 178; e revista, no caso contrário.”

vez só, como é o caso da Constituição Brasileira de 1988, que, uma vez realizada não poderá retornar a ocorrer⁵⁹. Destarte, as prescrições da Constituição de 1988 que disciplinam a revisão que ocorreu em 1993 podem ser chamadas de normas de eficácia exaurida, não surtindo mais efeitos.

Em alguns países, as constituições prevêm limitações ao processo de reforma, principalmente às emendas, estabelecendo, inclusive, limites circunstanciais, temporais e materiais. Retornar-se-á adiante ao tema das limitações, à competência de reforma da constituição (às emendas constitucionais), já que não é possível, diante da atual ordem constitucional, uma nova revisão constitucional.

2.2.3 Legitimados para propositura da Reforma e seu procedimento no Direito Brasileiro

A questão da titularidade do Poder de Reforma é menos complexa se comparada com a questão da titularidade do Poder Constituinte. Segundo o enunciado do art. 60 da Constituição Federal de 1988, poderão propor emendas à Constituição, no mínimo, um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, o Presidente da República, e mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação (se cada uma delas se manifestar pela maioria relativa dos seus membros)⁶⁰. José Afonso da Silva reconhece a possibilidade de iniciativa popular de Emenda à Constituição através de uma

⁵⁹ “A Constituição manteve, como princípio permanente, a técnica da constituição revogada, mencionando apenas as *emendas*, agora como único sistema de mudança formal da Constituição, já que a revisão constitucional, prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, já se realizou, não sendo mais possível outra revisão nos termos ali previstos, simplesmente porque, como norma transitória, foi aplicada, esgotando-se em definitivo. Portanto, qualquer mudança formal na Constituição só deve ser feita legitimamente com base no seu art. 60, ou seja, pelo procedimento das emendas com os limites dali decorrentes.”, SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 62.

⁶⁰ “Na Constituição de 1824, o processo de alteração das cláusulas materialmente constitucionais deveria ser iniciado no Legislativo. A Constituição de 1891 atribuiu a iniciativa ao Congresso Nacional e as Assembléias dos Estados. A Constituição de 1934 conferiu a iniciativa para as emendas constitucionais e revisão constitucional a uma quarta parte, pelo menos, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e a mais de metade dos Estados, no decurso de dois anos, manifestando-se cada uma das unidades federativas pela maioria da Assembléia respectiva. A Constituição de 1937 atribui a iniciativa do processo de emendas ao Presidente da República e a Câmara dos Deputados. Na Constituição de 1946 a legitimidade foi conferida a uma quarta parte, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou a mais da metade das Assembléias Legislativas dos Estados. A Constituição de 1967 poderia ser emendada por proposta dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República e de Assembléias Legislativas dos Estados. Já com a Emenda n.01/69 ou, mais propriamente, da Constituição de 1969, a proposta de emenda cabia apenas aos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e ao Presidente da República.”, KROLL, Heloísa da Silva. Ob. Cit. p. 50.

interpretação sistemática da Constituição, devendo ser respeitadas as prescrições do § 2º, do art. 61⁶¹.

A proposta de emenda será discutida e votada em cada Casa do Congresso, em dois turnos, sendo necessário o voto de três quintos dos membros de cada casa para a sua aprovação, (parágrafo 2º, do art. 60, da Constituição de 1988).

Se aprovada a proposta será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal com o respectivo número de ordem (art. 60, §3º, CF. 1988). Todavia, se rejeitada ou prejudicada, não poderá ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (art. 60, § 5º, CF. 1988).

2.2.4 Os limites à Reforma

Por ser um poder constituído, portanto, uma competência constitucionalmente regulamentada que deve observar os preceitos constitucionais, a competência reformadora, ou o poder de reforma – como preferem alguns autores, deve observar alguns limites⁶². Tais limites são classificados pela Doutrina como temporais; circunstanciais e materiais (implícitos e explícitos ou expressos)⁶³.

As limitações temporais vedam reformas à Constituição durante determinado período, já as limitações circunstanciais vedam a reforma da Constituição em determinadas circunstâncias (situações), e as limitações materiais serão objeto dos itens seguintes.

⁶¹Art. 61, § 2º: “A iniciativa popular pode ser exercida pela representação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.”, para mais detalhes ver: SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 61.

⁶² Cabe destacar que para alguns autores, os limites da reforma constitucional seriam desnecessários, cita-se Loewestein, para quem: “Em geral, convém assinalar que as disposições de intangibilidade incorporada a uma constituição podem presumir em tempos normais uma luz vermelha útil frente a maiorias parlamentares desejosas de emendas constitucionais – e segundo a experiência tampouco existe para isto uma garantia completa-, mas com ela em absoluto se pode dizer que ditos preceitos se acham imunizados contra toda revisão. Em um desenvolvimento normal da dinâmica política pode ser que até certo ponto se mantenham firmes, mas em épocas de crise serão tão só pedaços de papel varridos pelo vento da realidade política. Quando na Iberoamérica (sic) um presidente quer se tornar ditador, anula simplesmente, por um golpe de Estado, a constituição que lhe proíbe a reeleição e prescreve uma nova que lhe transmite ‘legalmente’ o poder ilimitado.”, LOWESTEIN, Karl. Ob. cit., p. 192. Em que pese o embasamento em fatos históricos desta visão ultra-realista, concorda-se com Oscar Vilhena Vieira, pois: “Este tipo de argumento, no entanto, questiona não apenas a utilidade das cláusulas pétreas, mas da própria Constituição e do Direito em geral, pois, a princípio, nenhum mecanismo, por si, garante a eficácia do direito constitucional. Esta decorre de uma construção da sociedade e de sua própria legitimidade.” VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. cit., p. 24

⁶³ SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 66-67; BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 198-204.

As limitações temporais não são comuns na história constitucional brasileira. Somente a Constituição do Império previa que só após quatro anos poderia ser emendada a Constituição⁶⁴.

Desde a Constituição Brasileira de 1934, tem sido comum elencar a vigência do estado de sítio como limite circunstancial à reforma constitucional. A Constituição de 1988 inovou nessa matéria, vedando o exercício da competência reformadora na vigência do estado de sítio, ou de estado de defesa, ou de intervenção federal nos estados, que não era prevista anteriormente (art. 60, § 1º, da CF)⁶⁵.

2.2.4.1 Limites materiais

A partir das considerações feitas acerca das tensões entre constitucionalismo e democracia, e da dialética interna ao próprio constitucionalismo (entre a estática e a dinâmica), sabe-se que tais questões referentes a limites à deliberação democrática não são simples, pelo contrário. Quando as constituições estabelecem limites materiais, ou seja, limites ao objeto da reforma, tais questões se complexificam, pois as constituições (principalmente as constituições rígidas) seriam verdadeiros mecanismos contra majoritários.

Os limites materiais demarcam a margem de atuação e estabelecem vedações quanto ao objeto da reforma constitucional, ou seja, impõem a proteção a determinados dispositivos do texto constitucional. A Doutrina classifica-os em limites expressos e implícitos.

Os limites expressos são também conhecidos no Direito Brasileiro pela denominação cláusulas pétreas⁶⁶. Estariam indicadas nos quatro incisos do § 4º, do

⁶⁴ Art. 174, Constituição Política do Império do Brasil, 1824: “Se, passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brasil, se reconhecer que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escrito, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados e ser apoiada pela terça parte deles.”

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 65-67.

⁶⁶ Nessa investigação adota-se a terminologia utilizada por autores brasileiros: cláusulas pétreas, mas em outros países são utilizados outros termos para designar conteúdo semelhante (limitações materiais expressas ao poder de reforma), conforme nos ensina Oscar Vilhena Vieira: “Tradicionalmente a doutrina brasileira utiliza a expressão ‘cláusula pétrea’ para se referir às limitações materiais ao poder de reforma da Constituição; esses dispositivos também são conhecidas como cláusulas ‘intangíveis’ ou de ‘eternidade’ pela doutrina alemã (v. Klaus Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, p. 342) ou, ainda, cláusulas constitucionais ‘entrancheiradas’ ou ‘cravadas na pedra’, pelos americanos.”; ver: VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 21; na Doutrina Brasileira, utilizando-se do termo “garantias de eternidade”, ver: MENDES, Gilmar. *Limites da Revisão: Cláusulas Pétreas ou Garantias de*

art. 60, da atual Constituição Federal; são eles: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais.

Serão objeto de análise deste trabalho, (no próximo capítulo), o enunciado do inciso IV, do § 4º, do art. 60, qual seu sentido e alcance; qual seriam os limites dos limites, dentre outras questões, contudo, antes, cabe uma nota acerca dos chamados limites implícitos.

2.2.4.2 Limites implícitos

Além dos limites expressos, a doutrina costuma apontar os chamados limites implícitos. Implícitos pois não estão expressamente (textualmente) colocados no texto constitucional, seriam, assim, decorrência dos próprios limites adotados (corolário dos limites), ou como consequência do sistema adotado pela Constituição⁶⁷. São elencados três exemplos de limites implícitos: os direitos sociais (serão tratados no próximo capítulo); a República e a tese da Dupla Revisão.

Afirma-se que a República seria um exemplo de limite implícito ao atual texto constitucional, porquanto à exceção das constituições republicanas anteriores (pois, a república não poderia ser a forma de governo da Constituição Monárquica de 1824), o constituinte não previu a República como cláusula pétrea⁶⁸. Alguns doutrinadores afirmam que essa previsão não ocorreu em decorrência do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que previa um plebiscito sobre a forma de governo a ser adotada no Brasil, pois à época, o povo poderia escolher a forma de governo monárquica. Resultou que o titular do Poder Constituinte Originário se manifestou, naquela consulta, pela continuidade da forma republicana de governo, o que a elevaria à cláusula pétrea implícita, já que o titular do Poder Constituinte (o povo) decidiu pela manutenção dessa forma de governo.

Além disso, acrescenta-se outro argumento de caráter positivo (baseado em um prescrição constitucional). O constituinte previu, no art. 34 da Constituição

Eternidade Possibilidades Jurídicas de sua Superação. *Ajuris*. Porto Alegre, n. 60, p. 246-254, março 1994.

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 66-67

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 66-67; ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 39.

Federal de 1988, as hipóteses excepcionais nas quais seriam cabíveis a intervenção federal da União Federal nos estados-membros, e dos estados-membros nos Municípios. Um dos princípios tutelados pela intervenção federal é justamente a República (a forma republicana, sistema representativo e regime democrático, alínea “a”, VII, art. 34, da Constituição Federal), portanto tal preceito tem caráter fundamental para ordem constitucional (e para o ordenamento jurídico brasileiro), constituindo a identidade do texto constitucional, sendo cominada verdadeira sanção (a intervenção federal), caso se descumpra tal preceito. Tendo em vista que o constituinte prescreveu tal enunciado e o titular do Poder Constituinte ratificou a forma de governo republicana, pode-se (a partir de uma leitura sistemática de tais preceitos) elevar a república à condição de cláusula pétrea implícita⁶⁹.

Além da República, a Doutrina aponta como um limite implícito o próprio processo de reforma da constituição, sendo que alguns doutrinadores o consideram quase uma questão óbvia (dedutível a partir do enunciado constitucional)⁷⁰. Contudo, alguns doutrinadores liderados pelo professor português Jorge Miranda apresentam a chamada tese da dupla Revisão que questiona tal “obviedade”.

Jorge Miranda parte da premissa de que o Poder Constituinte “Originário” e o Poder de Revisão estariam equiparados na medida em que ambos criam normas constitucionais porém acredita que há a prevalência do primeiro sobre o segundo, mas esta prevalência não é intransponível, só sendo necessário que se faça um processo em duas etapas – sucessivas, para mudar os limites (materiais) impostos pelo poder constituinte “originário”⁷¹.

Na primeira etapa, é reformado o preceito constitucional que estabelece o procedimento para se realizar a revisão, por exemplo: se reduz o quorum exigido para aprovação da revisão; já em um segundo momento, poder-se-ia alterar o próprio conteúdo dos preceitos que eram protegidos até então como limites expressos.

⁶⁹ Ver nota anterior, ambos autores, às páginas citadas.

⁷⁰ Ver, por exemplo, SAMPAIO, Nelson de Souza. **O Poder de Reforma Constitucional**. Salvador: Livraria Progresso, 1954, p.92-103, que defende tal posicionamento desde 1954.

⁷¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. 2. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 221-223. Cabe ressaltar, também, que, para esse autor, os limites expressos ao Poder de Revisão são declarativos e não constitutivos, pois os limites materiais decorreriam da coerência dos princípios constitucionais, ver à p. 223, da obra supra citada.

Não obstante a importância do doutrinador português, parece que tal idéia não resiste a algumas críticas, tanto de caráter lógico-jurídico, quanto de caráter político.

A crítica de caráter político centra-se em dois aspectos: i) o autor se baseia no dispositivo do art. 82, § 2º., da Constituição Portuguesa de 1911, que previa a possibilidade do que se convencionou chamar “dupla revisão”. Entretanto, o texto da Constituição de 1976 não prevê tal possibilidade, e o autor não justifica por que deveria prevê-la ou porque o dispositivo da Constituição Portuguesa de 1911 pode ou deve ser retomado para se analisar as revisões constitucionais mais recentes; ii) a Constituição Portuguesa de 1976 pretendia ser o documento jurídico da transição de uma democracia (na qual vigia um sistema capitalista), para um modelo socialista, todavia, tais aspirações foram frustradas, como o próprio autor reconhece. Assim o extenso rol do art. 288 da Constituição Portuguesa (que era o art. 290 antes da 2ª revisão), previa inúmeras limitações expressas que só se justificavam a luz de um projeto de transição de uma democracia capitalista para uma democracia socialista, frustrado o projeto não haveria mais razão de ser destas cláusulas⁷².

Ademais, cabe anotar que, apesar de não ter sido criada uma nova constituição, ao extrapolar as competências para a revisão e modificar o rol dos limites expressos, houve verdadeira transição constitucional de um regime que pretendia rumar ao socialismo, para a manutenção de uma democracia capitalista⁷³.

Algumas críticas de caráter lógico-jurídicas serão desenvolvidas adiante, porém cabe salientar desde já, que conforme a concepção adotada nesse trabalho de que o poder de reformar a Constituição é uma competência, não seria possível à revisão (ou seja, um poder constituído, outorgado pelo constituinte) alterar suas próprias faculdades. “Ora, se um poder é outorgado por alguém, parece lógico que os limites desse poder só podem ser modificados pelo outorgante, *nunca pelo próprio outorgado*.”⁷⁴

⁷² Segundo o autor, a Dupla Revisão ocorreu na segunda revisão à Constituição Portuguesa, alteraram-se as alíneas “f”, “g” e “j” do art. 288, da Constituição Portuguesa, ver. MIRANDA, Jorge, Ob. cit., p. 212-213.

⁷³ Sobre a transição constitucional, conceito de Jorge Miranda, ver: MIRANDA, Jorge. Poder constituinte. **Revista de Direito Público**. São Paulo, n. 80, out./dez. 1986, p. 19-20.

⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no *quorum* de 3/5 para aprovação de emendas. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 226, p. 11-32 out./dez. 2001, p. 17.

No Brasil tal teoria foi recepcionada (em parte) e exposta em um afamado artigo do então Professor Titular de Direito Constitucional da USP Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Significação e alcance das cláusulas pétreas”⁷⁵.

Porém, coube ao atual Professor Titular de Direito Constitucional daquela Universidade não só a crítica àquele artigo, mas também a sintetização dos argumentos expostos pelo professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho em dois silogismos.⁷⁶

O primeiro que é o cerne da argumentação do prof. Ferreira Filho pode ser resumido assim⁷⁷:

- Somente fazem parte do núcleo imutável da constituição aquelas matérias *expressamente* protegidas pelo poder constituinte, isto é, as quatro matérias arroladas nos incisos do § 4º do art. 60;
- O próprio artigo que regulamenta o poder de reforma constitucional (art. 60) não está incluído entre as matérias imutáveis;
- O art. 60 pode ser emendado.

Além deste silogismo há um argumento paralelo que é desenvolvido, que pode ser sintetizado, por outro silogismo:

- O que o poder constituinte derivado modifica, em uma constituição, pode ser posteriormente modificado pelo mesmo poder derivado;
- A Constituição de 1988 é obra do poder constituinte derivado;
- A Constituição de 1988 pode ser alterada pelo constituinte derivado⁷⁸.

Em que pese, a coerência lógica da argumentação desenvolvida pelo Prof. Ferreira Filho, tal raciocínio ainda apresenta algumas deficiências, como destaca Virgílio Afonso da Silva:

Do ponto de vista interno, ambos os silogismos são irrefutáveis, já que as conclusões decorrem logicamente das premissas. O problema a ser discutido mais adiante é o referente à justificação externa, que diz respeito à veracidade das premissas. É nesse ponto que a argumentação é a falha.⁷⁹

Ora, conforme já afirmado, é ilógico que um outorgante possa alterar um poder que lhe é outorgado, pois o outorgante não tem tal poder (v.g., uma fonte de

⁷⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das cláusulas pétreas. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 202, p. 11-17, out./dez. 1995.

⁷⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit.

⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit., p. 13.

⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit., p. 13.

⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit., p. 14.

Direito não pode dispor do seu próprio regime jurídico). Além disso, o Prof. Virgílio se utiliza da linha de raciocínio estabelecida por Von Wright em sua crítica à Alf Ross, para afirmar que a autoridade que promulgou a constituição de 1988 extrapolou sua competência (na convocação da Constituinte mediante a Emenda 26/85 à Constituição de 1969), havendo, com isso, a ruptura da ordem vigente, uma “usurpação revolucionária do poder”⁸⁰.

Igualmente, corroborando o argumento de caráter lógico, deve-se asseverar o argumento de cunho político, pois a opinião do Prof. Ferreira Filho, quanto ao caráter de Poder Constituinte Derivado (como criador da Constituição de 1988), não é isolada, sendo defendida também por outros doutrinadores⁸¹. Ainda que se reconheça todas as falhas do “Congresso Constituinte de 1987/1988”, consoante já se afirmou, que em 1988, houve verdadeira “transição constitucional”, eis que não houve uma revolução. Todavia, tal transição (pacífica) não descaracteriza o caráter de rompimento com o regime autoritário anterior à promulgação da Constituição de 1988, pelo contrário, tal afirmativa pode ser corroborada pelo fato de que a Constituição de 1988 foi a que gozou de maior participação popular durante sua elaboração, configurando o que Bruce Ackerman denominou “momento constitucional”⁸², verdadeiro momento de ruptura (uma mudança de paradigmas, de idéia de direito) com o regime anterior⁸³. Além disso, cabe ressaltar, com José Afonso da Silva, que muitos doutrinadores que questionaram a legitimidade da constituição de 1988, não questionaram o processo de elaboração da Constituição de 1946, a qual não gozou de tanta participação popular como ocorrera em 1988 tais críticas têm, portanto, um caráter político⁸⁴, e não meramente jurídico – corroborando aqui a noção de jurídico como espaço de luta.

⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit., p. 28-29.

⁸¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001; FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

⁸² ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Tradução: Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁸³ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 12-14.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular: (Estudos Sobre a Constituição)**. Malheiros: São Paulo, 2002, à p. 80, afirma: “O que é curioso é que esses constitucionalistas, que agora dizem que a Constituição foi feita por um poder constituinte derivado, jamais argüíram qualquer defeito de formação da Constituição de 1946. Ao contrário até, pois na sua idéia a nova República proposta por Tancredo Neves tinha por objetivo “restabelecer os princípios inspiradores da Constituição de 1946 e do cerne da Constituição de 1934? Certamente: os princípios do liberalismo. Como a Constituição de 1988 não atendeu, inteiramente, a essa ideologia, ela passa a ser desqualificada. Digo “inteiramente” porque do ponto de vista da ordem econômica ela não fugiu muito ao figurino liberal, pois instaurou uma ordem essencialmente capitalista.”

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E REFORMA CONSTITUCIONAL

3.1 A INDETERMINAÇÃO RADICAL DO TEXTO E CONTEXTO : O ENUNCIADO DO INCISO IV, DO PARÁGRAFO 4º, DO ART. 60 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Como se sabe, a maioria dos enunciados normativos são textos escritos⁸⁵. Diante de tal fato uma das grandes dificuldades dos juristas é, justamente, interpretar e aplicar tais textos à realidade subjacente. Essas dificuldades decorrem de inúmeros fatores (para facilitar a análise se excluirá, de antemão, problemas relacionados ao intérprete), **sendo, talvez, os dois principais deles:** a textura aberta da linguagem e os problemas decorrentes das ambigüidades.

Consciente de tais dificuldades, Carlos Santiago Nino apresenta uma proposta para superar o que ele denomina indeterminação radical do texto da constituição histórica (esta é uma das dimensões da constituição complexa, para o autor). Nino parte de dois paradoxos aparentes com que se depara a falta de observância da constituição histórica: a indeterminação radical do texto e a superfluidade do texto para justificar ações ou decisões que deveriam ser regulados por ela.⁸⁶

O autor propõe um método em cinco passos para converter os textos (da constituição) em premissas para o raciocínio justificatório (de ações). Em primeiro lugar deve-se atribuir sentido aos atos lingüísticos, esse passo é controvertido⁸⁷; em

⁸⁵ A referência aos textos "escritos" parece, em um primeiro momento, pleonástica, contudo, não o é. Faz se tal referência, pois alguns autores consideram também textos enunciados que não se expressam através de palavras, como, por exemplo, pinturas. Ademais, deve-se ressaltar que existem enunciados normativos que não são textos (ou seja, textos escritos), mas signos gráficos, cromáticos ou até sonoros. Os melhores exemplos de tais formas de enunciados são as regras de trânsito, as diversas placas, sinais luminosos (sinaleiros) ou até os silvos dos guardas de trânsito, são, todos eles, enunciados normativos que, apesar de não serem vinculados através de palavras, geram normas jurídicas. Para uma referência no mesmo sentido, fazendo menção às normas de trânsito, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, p. 607-630, jan./jun.2003. Sobre a diferença entre texto e norma, ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 7ª ed. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1201 e ss; GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a: Interpretação/Aplicação do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 63 e ss.

⁸⁶ NINO, Carlos Santiago. Ob. Cit., pp. 30-69.

⁸⁷ É controvertido porque nesse ponto Nino remete-se aos debates entre subjetivistas e objetivistas de um lado, e, do outro, entre originalistas e construtivistas (debate norte-americano). Os subjetivistas levam em conta a intenção do autor do texto, do agente lingüístico e dos participantes da prática, já os objetivistas tomam o uso corrente dessas expressões usados em certas convenções, mas independente das intenções. Os originalistas, por sua vez, que pretendem utilizar-se das crenças e atitudes dos "founding fathers" para definir o sentido da expressão, ou seja, buscam qual era a "intenção" ou a "vontade" do constituinte. Por fim, os construtivistas favorecem uma interpretação

um segundo momento deve ser aplicado ao texto jurídico específico o critério escolhido no passo anterior, em tal etapa se revela o caráter vago e ambíguo que a linguagem possui; em seguida, tendo em vista tal caráter da linguagem, deve-se enfrentar as indeterminações semânticas e sintáticas bem como as possíveis ambigüidades, mas este processo de transformar textos em juízos para ações exigirá - ressalta Nino - considerações valorativas; em um quarto passo cabe ao intérprete extrair das normas identificadas nas etapas anteriores suas conseqüências lógicas (resolver eventuais conflitos normativos, contradições, lacunas), nesse momento, também haverá juízos valorativos; por fim, deve-se estabelecer os contornos fáticos para aplicá-lo ao caso⁸⁸.

progressiva e levam em conta o significado objetivo dos termos no momento de sua aplicação. Ao final deste item, Nino assevera, corroborando com Ross, que tais posicionamentos dependem mais do contexto, sendo que os primeiros dão mais importância ao "contexto" de elaboração da norma, enquanto que os segundos dão mais importância ao "contexto" de aplicação. As aspas se justificam pelo fato de que, nesse trabalho, a palavra contexto é utilizada com outro sentido, como se verá adiante. Sobre o debate entre originalistas e construtivistas, ver: ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 18-19; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 112-115; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 7ª ed. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1195-1198.

⁸⁸ Ainda que não seja objeto do presente trabalho a obra *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, destaca-se que, para resolver o caráter supérfluo da constituição para se inferir juízos morais, Nino utiliza-se de idéia da constituição enquanto convenção e a metáfora da catedral (essa será retomada no próximo item quando se tratar da identidade da constituição). A concepção do autor sobre a democracia deliberativa foi abordada em outro trabalho, toma-se a liberdade de citar-lhe um trecho para que fiquem claros os cinco passos propostos por Nino: "Num primeiro momento, é necessário selecionar um critério para atribuir sentido aos atos lingüísticos que compõem o texto constitucional. O intérprete define se confere maior relevância ao contexto em que a norma foi editada ou àquele em que está sendo aplicada.

Selecionado um destes critérios procede-se a sua aplicação, cabendo ao intérprete investigar a intenção do autor ou o uso comum da linguagem empregada – conforme o critério adotado. Esta segunda etapa revela as dificuldades do uso de atos lingüísticos, suas indeterminações semânticas e sintáticas causadas – sobretudo - pelo caráter vago e ambíguo que possuem.

É preciso, portanto, superar tais indeterminações. A terceira etapa, assim, consiste em recorrer inevitavelmente a considerações valorativas para selecionar, por exemplo, um entre dois ou mais significados atribuíveis aos termos analisados.

No quarto passo, cabe ao intérprete extrair das normas identificadas através das etapas anteriores suas conseqüências lógicas. Neste momento, podem ser identificadas lacunas (quando o texto não aborda certa matéria ou situação) e contradições no documento constitucional (caso em que diferentes normas do texto conduzem a conclusões incompatíveis). Para Nino, também neste momento a solução envolve o uso de juízos valorativos. Argumenta o autor que até mesmo as regras *lex superior*, *lex posterior* e *lex specialis*, ao fim, recorrem aqueles, já que muitas vezes entram elas mesmas em contradição.

Por fim, estabelecido o conteúdo da norma e previstas todas as suas conseqüências lógicas, cabe ao intérprete definir os contornos fáticos do caso para, em seguida, extrair da norma que regula tal situação as conseqüências aplicáveis estritamente ao caso em questão. NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa...*, p. 34 – 41., CAGGIANO, Heloísa Conrado; MACEDO, José Arthur Castillo de. O Julgamento da Adin 3510: Reflexões a partir de Carlos Santiago Nino. In: **Anais da X Jornada de Iniciação Científica da Faculdade de Direito da UFPR**. n.º 3, Curitiba, p. 61.

Ainda, destaca-se que para Nino:

A constituição histórica, que é relevante para o raciocínio prático, não é um mero texto ou documento, mas ao contrário está constituída pela regularidade das condutas, atitudes e expectativas de sucessivas legislaturas, funcionários de governo e gerações de cidadãos geradas a partir da sanção daquele texto⁸⁹.

Ora, a exposição dessa teorização se justifica por dois motivos. O primeiro deles é que ela demonstra a dificuldade de se interpretar textos jurídicos, pelas dificuldades que a própria linguagem impõe; e pelas dificuldades que a História do texto e da Nação que são regulada por ela trazem, sobretudo, no caso de constituições que são interpretadas por várias gerações e foram criadas nos séculos XVIII e XIX⁹⁰. O segundo motivo é que Nino apresenta um método complexo para se interpretar dispositivos constitucionais que leva as dificuldades da linguagem e não exclui o componente valorativo da interpretação.

Todavia Nino utiliza-se da expressão contexto em sentido diverso do adotado na presente investigação. Pois o sentido do substantivo por ele empregado é o de um “ambiente, situação ou conjunto de circunstâncias que acompanham um acontecimento ou uma palavra do texto”⁹¹, pressupondo-se que este é o sentido primeiro (talvez o primeiro que nos venha à mente) na Linguagem Natural do substantivo contexto. Contudo, não é o que ocorre.

Ao examinar as objeções feitas ao “contexto” por Orlando da Silva Leite Jr., que, a partir da Lingüística Textual, dá mais ênfase ao texto, José Roberto Vieira vai em busca do sentido e do alcance do substantivo contexto na Linguagem Natural⁹² e

⁸⁹ NINO, Carlos Santiago. Ob. Cit., p. 55.

⁹⁰ Poder-se-ia opor a esta exposição a idéia de que a indeterminação radical do texto se refere principalmente às constituições longevas, como a dos Estados Unidos da América do Norte ou a da Argentina, ou ainda, às constituições sintéticas. Compreende-se que a questão referente à extensão do texto nada diz sobre a utilidade dessas teorizações para interpretar as cláusulas pétreas. Entretanto, a oposição atinente à longevidade da constituição pode ser procedente, mormente, no caso de constituições mais jovens como é o caso da Constituição Brasileira.

⁹¹VIEIRA, José Roberto. **A regra-matriz de incidência do IPI: Texto e contexto**. Curitiba: Juruá, 1993, p. 47.

⁹² “Principiemos por um passeio desprezioso pela **Linguagem Natural**, com toda sua riqueza de nível pragmático; e examinemos o **substantivo contexto** bem como **seu correlato contextura**, tal como utilizado na linguagem do quotidiano. Compulsados vinte léxicos da língua portuguesa, deparamos as seguintes significações de maior incidência, seguidas de percentuais que indicam a proporção em que tais significações foram acolhidas por aquelas obras: encadeamento ou concatenação do discurso ou de um escrito (73%); ligação, junção ou entrelaçamento das partes de um corpo ou de um todo (64%); conjunto, reunião ou o todo das idéias de um escrito (55%); argumento (55%); e arranjo, enredo, trama, estrutura de um todo, de um discurso ou de uma composição literária (50%). Mencione-se, ainda, esta outra significação: “ambiente, situação ou

na Linguagem Científica⁹³. Após minuciosa pesquisa (que se toma a liberdade de apresentar, ao menos, o resultado) demonstra que nem sempre o que se parece é o que se demonstra⁹⁴. Ou seja, contexto não significa, na maioria das vezes, segundo os léxicos compulsados, circunstâncias que acompanham um acontecimento. O autor lança mão de tal pesquisa para concluir que: “o prisma pelo qual se vê a noção de *contexto* na seara do Direito é o conjunto lingüístico do ordenamento, onde **interpretação contextual equivale a interpretação sistemática**. Tanto aqui quanto fora.⁹⁵”

Portanto, o que aqui quer se demonstrar é que a interpretação que será levada a cabo será uma interpretação contextual, ou seja, sistemática⁹⁶, pois, afinal, “não se interpreta a constituição em tiras”⁹⁷.

Assim, neste momento será analisado o enunciado do inciso IV, do § 4º, do art. 60.

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

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

Omissis

IV – os direitos e garantias individuais.”

conjunto de circunstâncias que acompanham um acontecimento ou uma palavra do texto (14%).” VIEIRA, José Roberto. Ob. Cit., idem.

⁹³ “É verdade, entretanto, que o uso comum da linguagem diz pouco com sua utilização nos quadrantes da ciência. Avancemos, então, a pesquisa, para um segundo estágio: o da **Linguagem Científica**, com todo seu rigor dos níveis sintático e semântico. E fiquemos naquelas fontes em que maior se presume a objetividade científica no particular: os **Dicionários de Lingüística**. Percorridos quatro desses dicionários, em todos eles (100%) encontramos a noção de contexto verbal, no sentido de unidades que precedem ou seguem aquela que é posta em foco, sendo que em três como primeira significação (75%) e em um deles como segunda (25%). Em três dicionários (75%) verificamos a noção de contexto situacional, no sentido extralingüístico de condições sociais, sendo que em um como primeira significação (25%) e em dois deles como segunda (50%).” VIEIRA, José Roberto. Ob. Cit., p. 48.

⁹⁴ Novamente, para concluir, VIEIRA, José Roberto, Ob. Cit.: “A linguagem natural, como visto, não privilegia a noção de contexto como quadro de situações externas ao texto, com exceção de pequena monta (14%)”. E, “Também a Linguagem Científica não privilegia, com visos de predomínio, a noção de contexto como reunião de situações extralingüísticas.”, ambos à p. 48.

⁹⁵ VIEIRA, José Roberto. Ob. Cit., p. 48. É interessante anotar que logo em seguida dessa afirmação, José Roberto Vieira cita Carlos Santiago Nino para respaldar sua afirmação.

⁹⁶ Sobre a interpretação sistemática, no direito brasileiro, por todos, ver: FREITAS, Juarez. A Melhor Interpretação Constitucional Versus a Única Resposta Correta. In: **Interpretação Constitucional**. SILVA, Virgílio Afonso da (org.), São Paulo: Malheiros, 2005. p. 317-357.

⁹⁷ A expressão é de Eros Grau, em: GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 166.

Aplicando os 5 passos propostos por Carlos Santiago Nino, expostos acima, opta-se: i) em um primeiro momento deve-se atribuir sentido ao ato lingüístico, para tanto, levar-se-á em conta as circunstâncias de aplicação do texto e não o momento de sua elaboração⁹⁸; ii) em seguida, aplica-se tal critério ao enunciado acima, dele depreende-se que há uma vedação “**não será objeto de deliberação a proposta de emenda**”, contudo, resta esclarecer o que será tendente a abolir, ou seja, deve-se estabelecer qual o sentido e o alcance desta “tendência a abolir”, o que será feito no item seguinte; iii) para superar a indeterminação semântica da tendência a abolir, foram consultados alguns dicionários para esclarecer qual o sentido que se extrai de tal expressão⁹⁹, constata-se que a partir de tal análise que o primeiro sentido do verbo transitivo abolir é: acabar, extinguir, revogar¹⁰⁰; iv) o quarto passo consiste em extrair da norma suas conseqüências lógicas e a última v) consiste na utilização da construção feita para se interpretar as circunstâncias fáticas e sua aplicação ao caso.

Ora, para aplicar os dois últimos passos há que se levar em conta o contexto (normativo) bem como as circunstâncias fáticas, tal operação será feita nós próximos

⁹⁸ Aqui se refuta o denominado “originalismo”, por conseguinte, opta-se pelo construtivismo, tal opção será justificada no próximo item.

⁹⁹ Pois, como se sabe a assembléia constituinte (ou, *rectius* o congresso constituinte) pode utilizar de termos jurídicos, ou expressões conforme a Linguagem Natural, cabendo ao operador do direito e a dogmática, trabalhar com tais possíveis equívocos.

¹⁰⁰ 1-Abolir, v.t. **Acabar; extinguir; revogar**; pôr fora de uso; suprimir. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda; LUZ, José Baptista da. **Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972, p. 7.; 2. Abolir, v. t. **Acabar; extinguir; revogar**; pôr fora de uso; suprimir. In: BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário Silveira Bueno da Língua Portuguesa**. 6ª ed. São Paulo: Lisa S/A., 1992, p. 7. 3. Abolir. V. t. d. 1. **Acabar** com; **revogar**, extinguir. 2 Fazer desaparecer; extinguir, eliminar, suprimir. 3. Pôr fora de uso. T. d. e i. 4. Eliminar, banir, suprimir. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *et. all.*. **Novo dicionário básico da língua portuguesa Folha/ Aurélio**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995, p. 4; verbo transitivo direto, 1 fazer cessar; tornar extinto; **revogar**, anular, ab-rogar Ex.: <a. a escravatura> <a. leis injustas> bitransitivo; 2 afastar (alguém ou algo) de; banir, tirar Ex.: aboliu o cigarro de sua vida transitivo direto; 3 Derivação: por extensão de sentido. pôr fora de uso; suprimir (hábito, costume etc.) Ex.: a moda aboliu o uso de anáguas transitivo direto; 4 Rubrica: termo jurídico. Diacronismo: antigo. anular (um delito); dar (um delito) como não cometido; anistiar; **Etimologia**: lat. *abolèo, es, évi, itum, ére* 'impedir que cresça, que se desenvolva, daí: fazer desaparecer, destruir, aniquilar, apagar, riscar, abolir', com mudança de conj. devido à infl. do lat. *abolitio, ónis*; ver *abol-*; **Sinônimos** *ab-rogar, cancelar, revogar*, ver tb. sinonímia de *assolar* e *elimina*. In: **DICIONÁRIO HOUAISS**. Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=abolir&stype=k>, acesso em: 03/09/2008; (lat *abolere*) vtd 1 Anular, suprimir, **revogar**; ab-rogar: "Abolindo o direito da palavra pública, o trono abole a constituição, que o legitima, e decreta o estado selvagem" (Rui Barbosa). 2 Afastar, pôr fora de uso, suprimir: Aboliram essa moda. Conjugação: é defectivo. Não se emprega nas formas em que ao l do radical se seguiria a ou o. Portanto não tem a 1.ª pessoa do sing do pres indic e todo o pres subj, nem o imper neg. **Dicionário MICHAELIS**. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?palavra=abolir>, acesso em> 03/09/2008.

itens, iniciando-se pela análise da identidade da Constituição e a extensão da proteção dada pelo inciso IV, do § 4º, art. 60, da Constituição Federal.

3.1.1 A Identidade da Constituição

No item 2.2.4 foram analisados os limites à reforma constitucional, principalmente, os limites materiais implícitos e explícitos. As cláusulas pétreas compõem os chamados limites explícitos, fazendo parte do que a Doutrina convencionou chamar de identidade da constituição. Nesse item, pretende-se explicar o que seria a “Identidade da Constituição” Brasileira, sua importância para as questões referentes à reforma constitucional, bem como suas implicações às cláusulas pétreas, sobretudo, ao enunciado do inciso IV, do § 4º, do art. 60, da CF.

Destarte, a importância de investigar a identidade da Constituição, se dá segundo Ingo Sarlet porque:

Neste contexto, com base na clássica e multicitada doutrina de Carl Schmitt, sustenta-se, no âmbito da doutrina pátria, que uma reforma constitucional não poderá jamais ameaçar a identidade e continuidade da Constituição, de tal sorte que a existência de limites materiais expressos exerce função de cunho protetivo, obstaculizando não apenas a destruição da ordem constitucional, mas, para além disso, vedando a reforma de seus elementos essenciais.¹⁰¹

De fato a clássica lição do jurista alemão sobrevive aos tempos, portanto, faz-se necessária a citação do autor, para que fique clara a relação por ele estabelecida entre reforma da constituição e a sua identidade:

Os limites da faculdade de reformar a Constituição resultam do bem entendido conceito de reforma constitucional. Uma faculdade de ‘reformar a Constituição’, atribuída por uma normação legal-constitucional, significa que uma ou várias regulamentações legal-constitucionais podem ser substituídas por outras regulamentações legal-constitucionais, **mas**

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 412-413. Cabe aqui ressaltar que a expressão empregada por Sarlet “elementos essenciais” faz referência (ainda que implicitamente) às teorizações de Rawls que apesar de serem, neste particular, bem próximas as de Schmitt, em geral se distanciam das concepções deste e muito. No Brasil, tais concepções foram adotadas por Oscar Vilhena Vieira, que ao trazer a idéia de uma reserva de justiça refere-se justamente aos “elementos essenciais” que não se identificariam necessariamente com aqueles elementos objetos de proteção das cláusulas pétreas brasileiras. Ingo Sarlet, na mesma obra, discorda de tal concepção. Para mais detalhes ver: VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 222-247; e: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 1140-1141.

somente na hipótese de que fiquem garantidas a identidade e continuidade da Constituição considerada como um todo. A faculdade de reformar a Constituição contém, pois, tão somente a faculdade de praticar, nas prescrições legais-constitucionais, **reformas, adições, reduções, supressões**, etc.; **mas mantendo a Constituição**; não a faculdade de dar uma nova Constituição, nem tampouco a de reformar, alargar ou substituir por outro o próprio fundamento desta competência de revisão constitucional. (grifo nosso)¹⁰²

Seguindo a mesma linha de raciocínio, problematizando a reforma da constituição e a sua identidade, assevera Rosenfeld:

Um outro problema atinente à relação da Constituição com ela mesma, é o **da relação das emendas constitucionais com a identidade constitucional**. Dado que algumas constituições explicitamente restringem o âmbito de emendas válidas e outras não o fazem, e uma vez que a facilidade com que uma Constituição pode ser emendada varia de país para país, **em que ponto as emendas à Constituição ameaçam destruir a identidade constitucional?** Em casos extremos, como o da Hungria no curso de sua recente transição do socialismo para a democracia, o processo de emenda foi empregado para realizar uma revisão total da Constituição, negando assim qualquer identidade da Constituição anterior com a resultante do processo de emenda. Mas o que dizer de casos menos extremos, como o dos Estados Unidos antes e depois das emendas resultantes da Guerra Civil? A transição do reconhecimento constitucional da legalidade da escravidão para o explícito banimento constitucional, subverte ou reforça a identidade constitucional americana? O confronto entre a identidade constitucional e outras identidades relevantes, tais como a nacional, as étnicas, religiosas ou culturais, torna-se inevitável pela tensão entre o pluralismo inerente ao capitalismo contemporâneo.¹⁰³

Assim, tendo em vista este breve panorama, questiona-se: afinal, o que consubstancia a identidade da Constituição Brasileira? Quais seriam estes elementos que a Doutrina designa como essenciais ao texto constitucional? Será que a reforma (no caso brasileiro vide: a emenda) deve respeitar tal identidade, ou pode subjugá-la?

¹⁰² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução: Francisco Ayala. Madri: Alianza, 1992. p. 119; em sentido convergente, cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 87, referindo-se a EC 26/85: "Em verdade, a EC n. 26, de 27/11/85, ao convocar a Assembléia Nacional Constituinte, constitui, nesse aspecto, um ato político. Se convocava a Constituinte para elaborar Constituição nova que substituiria a que estava em vigor, **por certo não tem natureza de emenda constitucional, pois esta tem precisamente sentido de manter a Constituição emendada**. Se visava destruir esta, não pode ser tida como emenda, mas como ato político". (grifo nosso).

¹⁰³ ROSENFELD, Michael. Ob. cit., pp. 20-21. Não será utilizado todo o desenvolvimento feito pelo autor nessa obra, por não ser objeto da presente investigação a identidade do sujeito constitucional, além da própria complexidade que a obra enseja (para mais detalhes cf. capítulos 2, 3, 4 da obra citada).

Levando em conta não só o texto mas também o contexto¹⁰⁴, a Doutrina tem feito alusão a alguns elementos, tais como: os princípios fundamentais, os direitos fundamentais, as cláusulas pétreas e os princípios sensíveis¹⁰⁵.

Os princípios fundamentais da República Brasileira estão inscritos do 1º ao 4º artigo da Constituição, consubstanciando o Título I. neles estão compreendidos: a forma de governo (República) e a distribuição espacial do poder (Federação), ambos no *caput* do art. 1º; a legitimação popular – democrática – do poder (o que José Afonso da Silva chamou de Poder Popular), no parágrafo único, do art. 1º; o princípio da tripartição dos poderes (art. 2º); os objetivos **fundamentais** da República Federativa do Brasil (art. 3º) e os princípios pelos quais ela reger-se-á nas relações internacionais (art. 4º). A designação para tais artigos de “princípios fundamentais” foi feita pelo próprio constituinte. Constata-se que tais princípios são fundamentais, no sentido de que são os alicerces do Estado Brasileiro.

As cláusulas pétreas, por sua vez, estabelecem limites à reforma constitucional, portanto se impõe ao poder reformador, de modo a limitar a competência de reforma da constituição¹⁰⁶. Já, os denominados “princípios sensíveis” correspondem às alíneas (a; b; c; d; e) do inciso VII, do art. 34, da Constituição, visam sobretudo a proteção do Princípio Federativo, da forma de governo, do regime democrático, e dos direitos da pessoa humana. A violação de tais princípios justificaria o procedimento da intervenção federal, que é uma exceção à autonomia dos estados (no caso desses preceitos; uma exceção a autonomia dos municípios, nos casos dos incisos de I a V, do art. 35).

Por fim, os direitos fundamentais constituem-se como parte da identidade da constituição, não só porque são reconhecidos como cláusulas pétreas (a extensão

¹⁰⁴ Cf. ponto 3.1, ressalte-se, novamente, que contexto pode ser entendido como interpretação sistemática.

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso da; CLÉVE, Clèmerson Merlin. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Interpretação Conforme à Constituição de Dispositivos do Código Penal. Declaração de Inconstitucionalidade da Incidência sobre a Hipótese de Antecipação de Parto de Feto Comprovadamente Anencefálico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 241, p. 323-365, Jul./Set. 2005, à p. 325: “Não é qualquer regra ou princípio, mas tão somente aquele fundamental, ou seja, essencial, basilar ao Estado Democrático de Direito, que aponta para a identidade da Constituição. Encontra-se aí os princípios fundamentais da República (arts. 1º a 4º, da Constituição), as cláusulas pétreas (art. 60, § 4, da Constituição) e os direitos e garantias fundamentais (Título II da Constituição), entre outros.” A concepção sustentada neste trabalho é um pouco mais ampla do que a defendida pelos professores, como será demonstrado adiante.

¹⁰⁶ Cf. *supra* 2.3.1; 2.3.4; 2.3.4.1.

da proteção dos direitos fundamentais pelas cláusulas pétreas será discutida nos próximos itens), mas também por sua fundamentalidade formal e material¹⁰⁷.

Desse modo, pode-se vislumbrar que os princípios sensíveis, os direitos fundamentais, as cláusulas pétreas e os princípios fundamentais da República Brasileira correspondem efetivamente à decisão política fundamental sobre o modo e a existência política da sociedade, verdadeira manifestação do Poder Constituinte, como o concebia Carl Schmitt¹⁰⁸. Com efeito, a identidade constitucional brasileira é corporificada nos enunciados que trazem tais textos, plasmados em nossa Constituição.

No entanto, sabe-se que a Constituição não é mais – como queriam os positivistas – um sistema fechado, pelo contrário, como um texto que é, ela forma um sistema aberto de regras e princípios¹⁰⁹.

E, como bem ressalta Rosenfeld, em seu estudo sobre a identidade do sujeito constitucional:

Um texto constitucional escrito é inexoravelmente **incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis**. Ele é incompleto não somente porque não recobre todas as matérias que ele deveria idealmente contemplar, mas porque, além do mais, ele não é capaz de abordar exaustivamente todas as questões concebíveis que podem ser levantadas a partir das matérias que ele acolhe. Mas ainda, precisamente em razão da incompletude do texto constitucional, **as constituições devem permanecer abertas à interpretação; e isso, no mais das vezes, significa estarem abertas às interpretações conflitantes que pareçam igualmente defensáveis**¹¹⁰. (grifos nossos)

Um dos fatores que justifica a noção de jurídico como espaço de luta é o fato de que a Constituição esta aberta a interpretações conflitantes. Pois, após o encerramento do processo constituinte, a luta não é travada para inserir dispositivos

¹⁰⁷ Cf. *infra* 3.2.1

¹⁰⁸ Faz-se referência ao conceito de Poder Constituinte proposto por Schmitt, sobre o assunto ver: SCHMITT, Carl. Ob. cit., p. 93-94. Em tais páginas, Schmitt define que: “Poder Constituinte é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão do conjunto sobre o modo e forma da própria existência política, determinando, assim a existência da unidade política como um todo.” Tradução livre.

¹⁰⁹ CANOTILHO, Ob. cit., p. 1159, diz o autor: “Este ponto de partida carece de ‘descodificação’: (1) é um *sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica* (Caliess), traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’; (3) é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de *normas*; (4) é um *sistema de regras e princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a sua forma de *regras*.”

¹¹⁰ ROSENFELD, Michael. Ob. cit., pp. 18-19.

no texto constitucional, agora os conflitos se dão na interpretação dos dispositivos constitucionais.

Logo, reconhece-se que, apesar das inúmeras mazelas sociais de que padece o Brasil contemporâneo, a sociedade brasileira é uma sociedade aberta (pois não tem um regime político autoritário) e plural (porque reconhece a diferença, apesar dos inúmeros avanços a serem feitos). A sociedade brasileira é uma comunidade aberta aos intérpretes da constituição¹¹¹, pois todo intérprete que vive a norma constitucional é um intérprete – legítimo – dela¹¹².

Assim, sob uma perspectiva emancipatória (em uma democracia deliberativa), o jurídico é um espaço de luta discursiva, no qual os diversos intérpretes da constituição “lutam” (porque a interpretação é jurídica, mas o intérprete sustenta também uma idéia política subjacente, às vezes implícita) para consagrar a sua interpretação da Constituição Brasileira, para que a sua prática (seu discurso) seja reconhecida no seio da comunidade; seja pelos diversos poderes públicos, seja pelos particulares¹¹³.

Por conseguinte, tenta-se fechar o sistema constitucional, no momento de sua aplicação. Aliás, tal pretensão de completude é típica da Modernidade, que foi incorporada ao Direito, mormente, com a noção de fechamento do sistema jurídico. Todavia, o sistema poderá se fechar em determinado momento, mas em seguida, poder-se-á exigir-lhe novamente sua abertura, uma vez que a identidade do sujeito constitucional tem um caráter fragmentário, aberto¹¹⁴.

¹¹¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

¹¹² Diz Häberle, à p. 15: “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico.” Para mais detalhes, cf. HÄBERLE, Peter. Ob. cit., p. 15 e ss. Ao se fazer tal afirmativa, leva-se em conta que uma pretensão pode ser afirmada com base em alguma leitura baseada expressa ou implicitamente na Constituição, entretanto não se aborda a idéia de inchaço de reivindicações fundamentadas na constituição. Pelo contrário, o que se sublinha é que a maioria das reivindicações que são feitas hoje leva em conta alguma leitura da Constituição, o que significa dizer, levam a Constituição a sério e tentam basear sua pretensão nela.

¹¹³ A partir de tais considerações é que se pode falar em uma “luta pelo reconhecimento” moral dos indivíduos, como postula Axel Honneth. Assim, segundo essa teorização não basta distribuir bens é necessário igualmente que as pessoas sejam reconhecidas (em sua dignidade) no seio da comunidade. Cf. HONNETH, Axel. Reconhecimento ou redistribuição? A mudança de perspectiva na ordem moral da sociedade. In: **Teoria crítica no século XXI**. SOUZA, Jessé; MATTOS, Patricia (org.), São Paulo: Annablume, 2007, p. 79 e ss.

¹¹⁴ ROSENFELD, Michael. Ob. cit., p. 26: “Em outros termos, a própria questão do sujeito e da matéria constitucionais é estimulante porque encontramos um hiato, um vazio, no lugar em que buscamos uma fonte última de legitimidade e autoridade para a ordem constitucional. Além do mais,

Levando em conta tais questões é que se entende como inadequada a interpretação “originalista” que busca perquirir a “intenção do constituinte”, já que o texto constitucional não tem a pretensão de completude, e, ainda que a tivesse, não lhe é possível reger e normatizar toda a vida, pois esta é mais complexa e escapa das amarras das teorizações. Por isso é que, ao se interpretar as cláusulas pétreas e os outros dispositivos constitucionais, não se buscará a intenção do constituinte, mas sim o contexto (normativo e fático). Além disso, como destaca Rosenfeld: “E, dado que a intenção dos constituintes sempre poderá ser apreendida em diversos níveis de abstração, sempre haverá a possibilidade de a identidade constitucional ser reinterpretada e reconstruída.”¹¹⁵. Desse modo, passa-se a análise da extensão da proteção outorgada pelo constituinte ao inciso IV, do § 4º do art. 60 da Constituição Federal.

3.2 EXTENSÃO DA PROTEÇÃO

O enunciado do inciso IV, do § 4º, do art. 60, dispõe que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir “os direitos e garantias individuais”.

Tal dispositivo ensejou inúmeras controvérsias doutrinárias, sobretudo no que concerne a delimitação do sentido e do alcance da extensão da proteção dada pelo constituinte a esta cláusula pétrea em especial.

Aqueles que sustentam uma interpretação restritiva do dispositivo inferem dele que a proteção conferida pelo constituinte cingia-se aos direitos e garantias individuais constantes do art. 5º da Constituição Federal; e há, também, aqueles que vislumbram que a proteção se estende aos direitos constantes no catálogo

o sujeito constitucional deve ser considerado como um hiato ou uma ausência em pelo menos dois sentidos distintos: primeiramente, a ausência do sujeito constitucional não nega o seu caráter indispensável, daí a necessidade de sua reconstrução; e, em segundo lugar, o sujeito constitucional encontra-se constantemente carente de reconstrução jamais pode se tornar definitiva ou completa.”

¹¹⁵ ROSENFELD, Michael. Ob. cit., p. 18. Esta idéia de que intenção do constituinte não está dada e de que a interpretação constitucional é permanentemente reconstruída, vai ao encontro com a “metáfora da catedral” formulada por Carlos Santiago Nino, que cria tal metáfora como modo de conceber a constituição como prática social coletiva e de levá-la a sério, para mais detalhes, cf.: NINO, Carlos Santiago. Ob. cit., p. 51-54. Em outro trabalho Nino reconhece que tal concepção se aproxima muito da idéia de “*chain of law*” de Ronald Dworkin, cf.: NINO, Carlos. **Fundamentos de Derecho Constitucional**. 3ª reimpressão. Astrea: Buenos Aires, 2005, p. 65.

(inseridos no Título II da Constituição, que compreende do art. 5º ao art. 17)¹¹⁶.

Ora, contra a primeira concepção restritiva, pode-se opor a idéia de que não se reduz a interpretação da constituição a uma interpretação literal, muito menos de um dispositivo isolado, descontextualizadamente, já que “não se interpreta a constituição em tiras”. Ingo Sarlet demonstra muito bem tal equívoco, ao expor que segundo tal concepção (a primeira concepção que pretende limitar a proteção aos direitos inscritos no rol do art. 5º da Constituição), estariam excluídos da proteção em face ao poder reformador os direitos sociais (art. 6º a 11), os direitos de nacionalidade (arts. 12 e 13) e os direitos políticos (arts. 14 a 17). Por uma questão de coerência os direitos de expressão coletiva também não mereceriam tal proteção. Só tal constatação já teria o condão de demonstrar que esta interpretação não pode prevalecer¹¹⁷.

Já a segunda concepção restritiva pode ser refutada, uma vez que não se coaduna (nesta investigação) com uma idéia de fundamentalidade meramente formal, mas, também, com uma noção de fundamentalidade material. De acordo com aquela concepção possuem fundamentalidade formal os direitos inscritos no

¹¹⁶ Para conferir os diversos doutrinadores que sustentam tal posicionamento, cf.: SARLET, Ingo. Ob. cit., pp. 422-428. Apesar de entender que o constituinte de 1988 criou um número exagerado de direitos fundamentais, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, afirma sobre a interpretação das cláusulas pétreas: “O segundo ponto é mais delicado, sobretudo para juristas que usam apenas e tão-somente do método dito “gramatical” de interpretação e assim se apegam à letra dos textos. (...) Em face do exposto, é forte o argumento de que, na tradição brasileira, ‘direitos e garantias individuais’ é expressão que abrange somente as liberdades clássicas. Esses direitos não poderiam ser abolidos por revisão. O mesmo não ocorreria com os direitos sociais. Entretanto, não é despropositado afirmar ser a expressão ‘direitos e garantias individuais’ equivalente a “direitos e garantias fundamentais”. Ora, esta última designa todo o título e abrange os direitos sociais, que assim não poderiam ser eliminados. Certamente, esta última interpretação parece mais condizente com o espírito da Constituição em vigor, incontestavelmente uma ‘constituição social’. Ademais, ubi eadem ratio eadem dispositio. Se os direitos sociais, como as liberdades clássicas, são reconhecidos como direitos fundamentais, por que somente estes seriam intocáveis? E, se aí se incluem os direitos sociais, vale lembrar serem estes, de acordo com o art. 6º, “a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. São distintos, no sistema Constituição, dos ‘direitos dos trabalhadores urbanos e rurais’ enumerados no art. 7º...” (grifo nosso). FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os direitos fundamentais: problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 203, p. 1-10, jan.- mar., 1996, pp. 8-9.

¹¹⁷ SARLET, Ingo. Ob. cit., p. 423, prossegue o autor, se referindo a interpretação restritiva desta cláusula pétrea: “Caso assim fosse, os direitos essenciais de participação política (art. 14), a liberdade sindical (art. 8º) e o direito de greve (art. 9º), apenas para citar alguns exemplos, encontravam-se em condição inferior à dos demais direitos fundamentais, não compartilhando o mesmo regime jurídico reforçado, ao menos não na sua plenitude. (...) Neste contexto, sustentou-se que a expressão ‘direitos e garantias individuais’, utilizada no art. 60, § 4º, inc. IV, da CF não se encontra reproduzida em nenhum outro dispositivo da Constituição, razão pela qual mesmo com base numa interpretação literal não se poderia confundir estes direitos individuais com os direitos individuais e coletivos do art. 5º da nossa Lei Fundamental.”

texto constitucional, ou seja, aqueles direitos que estão positivados na constituição formal – constituição escrita. Já, consoante a idéia de fundamentalidade material, sustenta-se que os direitos fundamentais têm uma característica material (um conteúdo) que os distinguem de outros direitos, por exemplo, pela sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, por serem fundamentais para a vida em sociedade, etc. No presente trabalho, adota-se ambos os critérios acerca da fundamentalidade (formal e material) para se interpretar o enunciado acima exposto. Assim, segundo esta concepção, todos os direitos fundamentais estão abarcados pela proteção contra o poder constituinte reformador¹¹⁸.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal reconheceu posicionamento muito próximo ao aqui sustentado, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939/93, que tinha como objeto a violação dos princípios da imunidade recíproca e da anterioridade pelo IPMF¹¹⁹. Neste julgamento, o Relator Ministro Sydney Sanches reconheceu que as garantias tributárias do contribuinte que não constam do catálogo do Título II da Constituição, são, também, abarcadas pela proteção das cláusulas pétreas¹²⁰. Destarte, a partir deste julgamento o Supremo Tribunal Federal reconheceu a proteção frente ao poder reformador a direitos que não estejam no catálogo, bem como aceitou a abertura a novos direitos, sem fechar a interpretação sob a matéria; de acordo, igualmente, com o que foi sustentado no item anterior¹²¹.

3.3 AS TEORIAS SOBRE RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Aparentemente, falar em restrições aos direitos fundamentais demonstraria uma impropriedade técnica, uma falta de cuidado terminológico. No entanto, não é o que ocorre. O termo restrições a direitos fundamentais deve ser empregado para o fenômeno que ocorre, sobretudo quando o legislador vai exercer sua liberdade de

¹¹⁸ Inclui-se também a cláusula de abertura (§ 2º, do art. 5º, da Constituição), que possibilita a adoção de outros direitos em decorrência dos tratados que a República Brasileira é signatária, bem como dos princípios decorrentes do nosso sistema constitucional. Cabe ressaltar também que não se procede aqui a distinção entre direitos sociais (prestacionais em sentido estrito) e liberdades públicas – denominação clássica para os direitos de defesa. Pois, conforme o marco teórico adotado (a Teoria dos Princípios de Robert Alexy) não há diferenças estruturais entre as diversas “espécies” de direitos fundamentais, já que elas podem ser prescritas através de regras ou princípios (ambos normas jurídicas).

¹¹⁹ Para mais detalhes, ver: VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. Cit., p. 160-169.

¹²⁰ Para ter acesso à íntegra do voto, conferir no “site” do Supremo Tribunal Federal, disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10/06/2008.

¹²¹ O Supremo Tribunal Federal reconheceu, assim, que tais direitos fundamentais podem ser utilizados como parâmetros para a fiscalização da constitucionalidade de emendas constitucionais.

conformação, que pode ser utilizada para conformar (densificar, desenvolver) ou para restringir direitos fundamentais, sendo que tais restrições podem ser expressamente autorizadas ou não¹²².

Todavia, a Doutrina pátria não distingue o fenômeno de restrição que ocorre por meio de legislação e o que ocorre quando é exercido o poder (competência) de reforma da constituição. Entretanto, como a Doutrina não faz tal distinção, pelo contrário, equipara a reforma constitucional às restrições infraconstitucionais¹²³, seguir-se-á tal caminho para que se verifique, justamente, a sua (in)adequação à Ordem Constitucional Brasileira.

3.3.1. Questão de Ordem e noção geral sobre restrições

Assim, como corolário do item anterior, deve-se fazer uma questão de ordem, pois, afinal, se o fenômeno das restrições à direitos fundamentais diz respeito somente ao exercício da liberdade de conformação do legislador, será que a analogia acima exposta, entre exercício do poder reformador e exercício da liberdade de conformação é válida? Como ficaria, de um lado, a reserva da constituição, e a vinculação do legislador aos direitos fundamentais, e, do outro lado, a sua

¹²² Sobre as restrições não expressamente autorizadas, cf.: NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas Pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Ora, como bem destaca Virgílio Afonso da Silva, referindo-se principalmente à idéia de conteúdo essencial (que está vinculado ao debate das restrições) “trabalhos mais extensos sobre a questão são quase inexistentes no Brasil”, SILVA, Virgílio Afonso da. **O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais**. 370 p. Tese (para o concurso de cargo de Professor Titular de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, pp. 21-22. Cabe destacar, também, a diferenciação levada a cabo por Jorge Reis Novais entre a terminologia alemã e a terminologia mais utilizada em português. Na Alemanha, fala-se em “restrições aos direitos fundamentais *sem reserva*” (voberhaltlos Grunrechte), para designar o que autor denomina “restrições não expressamente autorizadas”. Tais denominações como a noção de direitos fundamentais “*sob reserva*” ou providos de “*reserva*”, se distinguem da *reserva de lei* ou *reserva de lei parlamentar*, que designa o espaço reservado ao legislador no sentido de excluir os demais poderes de quaisquer intervenções, cf.: NOVAIS, Jorge Reis Novais. Ob. cit., pp. 161-19. Para ver o uso da terminologia alemã acima referida, cf.: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 123-135 e pp. 285-295. A idéia de direitos “*sob reserva*” já foi absorvida pelo direito brasileiro pela classificação de José Afonso da Silva de normas constitucionais, mormente, as normas de eficácia plena e contida. Não obstante, a intenção do autor tenha sido dar maior efetividade aos direitos fundamentais, sobretudo os sociais – como ele afirma na obra – tal classificação é utilizada na maioria das vezes para restringir direitos fundamentais sem a devida fundamentação (violam o ônus argumentativo). Ver: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 103-166, sobre a intenção do autor ver, na mesma obra, páginas 267-270.

¹²³ Ver, a título de exemplo: PESSANHA, Rodrigo Brandão Viveiros. Emendas Constitucionais e Restrições aos Direitos Fundamentais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, nº 6, p. 109-144, abr/jun 2007.

liberdade de conformação? Ainda, para aprofundar tais dúvidas, como ficam a liberdade de conformação (ou, desenvolvimento) do legislador, que não pode, em tese, contrariar o que está prescrito nas normas constitucionais e o exercício da competência reformadora, já que esta não pode abolir os direitos fundamentais, entretanto, como ressalta a doutrina, pode mudar sua configuração, por exemplo, expandido-os ou restringindo?

Cita-se somente dois autores a título de exemplo:

Esta norma sucita dois grandes problemas. Um o de seu alcance. Outro o de seu conteúdo. Quanto ao primeiro, neste trabalho que não visa discutir as limitações ao poder constituinte, basta sublinhar que o texto é claro: proibem-se propostas tendentes a *abolir*....Sublinhe-se *abolir*, o que significa eliminar, nulificar, extinguir. **Assim, a emenda não poderá abolir as instituições enunciadas nos incisos do art. 60, § 4º da Constituição. Mas, evidentemente, pode reequacioná-los, modificá-los, alterar suas condições ou efeitos, pois isto não é vedado pelo texto constitucional.**¹²⁴ (grifo nosso).

Mera modificação no enunciado do dispositivo não conduz, portanto, necessariamente a uma inconstitucionalidade, desde que preservado o sentido do preceito e não afetada a essência do princípio objeto da proteção. De qualquer modo, é possível comungar o entendimento de que a proteção imprimida pelas “cláusulas pétreas” **não implica a absoluta intangibilidade do bem constitucional protegido.**¹²⁵ (grifo nosso).

Tais questionamentos parecem ser banais, mas não o são, uma vez que, em um Estado Democrático de Direito, as restrições e eventuais configurações a direitos fundamentais devem ser justificadas com argumentos fortes. Ora, geralmente não se levantam objeções ao acréscimo de direitos ao catálogo da Constituição, por exemplo, como ocorreu com a Emenda nº 26 que adicionou o direito a moradia ao art. 6º. No entanto, questiona-se como ficaria, v.g., a chamada contribuição dos inativos (em que pese o STF já ter se pronunciado sobre o tema). Ademais, será que poderiam ser “restringidos” ou “regulamentados” via emenda a quantidade (em termos pecuniários) de gastos que o Estado poderia dispender com cada cidadão em matéria de direitos à educação, saúde, etc? Poder-se-ia, por fim, “regulamentar”

¹²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os direitos fundamentais: problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 203, p. 1-10, jan.- mar., 1996, p. 8.

¹²⁵ SARLET, Ingo. Ob. cit., p. 420. Segue tal posicionamento Flávio Novelli: “Para resumir: a dita *inviolabilidade* dos direitos fundamentais ou a dos princípios estruturais do Estado, não significa, desenganadamente, pura e simples *imodificabilidade*, isto é, *inemendabilidade*.”, ver: NOVELLI, Flávio Bauer. Norma constitucional inconstitucional? A propósito do art. 2º, § 2º, da EC n. 3/93. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: v. 330, p. 63-89, abr./jun. 1995, p. 81.

a liberdade de expressão, o direito à intimidade e à privacidade e o sigilo das comunicações?

Observa-se que tais questões não são simples. Muitas delas, inclusive, atingem concepções de fundo, sendo necessário evidenciar quais as premissas que são utilizadas para que não se escamoteiem preconceitos e prejulgamentos ideológicos, que, travestidos de uma pretensa neutralidade “científica”, escondem seus verdadeiros objetivos.

Desse modo, cabe uma breve apresentação sobre a idéia de restrições a direitos fundamentais.

Como se verá no próximo item, a idéia de restrições é cara à “teoria externa” dos direitos fundamentais, já que consoante as construções da teoria interna não seria possível falar em uma restrição a um direito fundamental, só em “limites”.

A partir das teorizações levadas a cabo pela dogmática alemã, alguns constitucionalistas portugueses criaram a distinção entre restrição e intervenção em um direito fundamental. É neste sentido que Jorge Reis Novais vai definir a restrição a um direito fundamental:

Partimos de um conceito abrangente de restrição, ou seja, entendida como acção ou omissão estatal que, eliminando, reduzindo, comprimindo ou dificultando as possibilidades de acesso ao bem jusfundamental protegido e a sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental ou enfraquecendo os deveres e obrigações, em sentido lato, que dele resultam para o Estado, afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental¹²⁶.

Diferenciando as restrições e as intervenções aos direitos fundamentais, Gomes Canotilho diz:

Os direitos fundamentais não são apenas restringidos por actos legislativos (“leis restritivas”). A intervenção agressiva no âmbito de protecção de um direito pode ser feita através de um acto jurídico (“intervenção restritiva”) concreta e imediatamente incidente sobre um direito, liberdade e garantia. Dois exemplos bastarão para clarificar a distinção entre **leis restritivas** e **intervenções restritivas**. A lei que estabelece a pena de prisão para o crime de homicídio (cfr. Código Penal, art. 131.º) é uma *lei restritiva* da liberdade; a decisão judicial que decreta a prisão preventiva e a decisão judicial que condene, em termos definitivos, o acusado por um crime de homicídio, são *intervenções restritivas*. A lei que proíbe manifestações a menos de cinquenta metros de uma embaixada é uma lei restritiva da liberdade de manifestação; a ordem proibitiva ou de dissolução de uma manifestação contra a lei é uma intervenção restritiva¹²⁷.

¹²⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Ob. cit., p. 247.

¹²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 1265. Jorge Reis Novais, faz distinção bastante próxima só que com o conceito (gênero) Restrições em sentido lato, do qual as intervenções

Note-se que a doutrina lusitana não faz distinção entre restrições e intervenções no que concerne à reforma da constituição, pelo contrário, partem justamente da idéia de que só pode se falar em restrições em direitos fundamentais, quando se fala na atuação do legislador *infraconstitucional*. Rodrigo Pessanha, ao abordar em seu artigo a idéia de restrição via emenda, trabalha justamente com estes autores (mormente, Jorge Reis Novais), porém cogita o uso de tais teorias para a “restrição” via emenda. A possibilidade de uso de tal hipótese será verificada nos próximos itens, bem como no próximo capítulo. Para tanto, devem ser analisadas as teorias internas e externas das restrições, bem como a idéia de conteúdo essencial absoluto e relativo.

3.3.2 Teorias interna e externa

Tornou-se ordinária a afirmação de que os direitos fundamentais não são absolutos. Com isto quer-se dizer que os direitos fundamentais podem sofrer restrições. Mas, se os direitos fundamentais são restringíveis, ou, ao menos, não absolutos, é oportuno o questionamento: como eles são restringidos? Por que eles não podem ser absolutos?

As teorias internas e externas tentam, justamente, responder a estas e a outras perguntas.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, a idéia central da teoria interna poderia ser assim resumida: “à máxima freqüentemente utilizada no direito francês, sobretudo a partir de Planiol e Ripert, segundo a qual ‘o direito cessa onde o abuso começa’”¹²⁸. É por isso que, de acordo com a teoria interna, não há que se falar em uma restrição a um direito fundamental, pois, só há um direito com determinado conteúdo, e não um direito e sua restrição¹²⁹.

e as restrições em sentido estrito seriam espécies, para mais detalhes, cf.: NOVAIS, Jorge Reis. Ob. cit., pp. 172-286.

¹²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit., p. 165. Virgílio Afonso da Silva aborda em sua tese duas formulações da teoria interna, uma que ficou conhecida como teoria institucional dos direitos fundamentais, cujo expoente é o constitucionalista alemão Peter Häberle (que, em virtude do espaço, ou, pela falta dele, e por não ser o objeto desta investigação, não será abordada neste trabalho), e a outra, que ficou conhecida como teoria dos limites imanentes que será analisada adiante; sobre o tema na doutrina pátria, cf.: STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 43-69.

¹²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 277.

A teoria externa, por sua vez, vislumbra duas coisas distintas: o direito em si e a sua restrição. Assim, estabelece-se uma relação externa ao direito (a relação de restrição) que, ao final, resultará no direito restringido, justificando, pois, sua designação de teoria externa¹³⁰.

Com efeito, deve ser levada em conta a afirmação de Virgílio Afonso da Silva, de que:

Do analisado até aqui, é possível que se imagine que não há diferença nenhuma entre a dicotomia *suporte fático restrito vs. suporte fático amplo* e a contraposição *teoria interna vs. teoria externa*. Defender um suporte fático restrito seria, então, a mesma coisa que aceitar uma teoria interna, enquanto que o suporte fático amplo seria um reflexo da teoria externa. Essa não é, contudo, uma ligação nem necessária nem frequente.

Não é uma ligação necessária porque, metodologicamente, falar em extensão do suporte fático não implica falar na forma de relação entre o direito e suas restrições.¹³¹

Destarte, faz-se necessário traçar, ainda que brevemente, algumas distinções entre as teorias que sustentam um suporte fático amplo e as teorias que sustentam um suporte fático restrito, pois os autores que serão analisados adiante (tanto da teoria interna, quanto da externa) vinculam de um lado teoria interna e suporte fático restrito, e, do outro, teoria externa e suporte fático amplo.

Um conceito fundamental para a compreensão destas teorias é a idéia de âmbito de proteção, que seria, segundo Gomes Canotilho:

As normas consagradoras de direitos fundamentais protegem determinados "bens" ou "domínios existenciais" (ex.: a vida, o domicílio, a religião, a criação artística). Estes "âmbitos" ou "domínios" protegidos pelas normas garantidoras de direitos fundamentais são designados de várias formas: "âmbito de proteção" ("*Schutzbereich*"), "domínio normativo" ("*Normbereich*"), "presupostos de facto dos direitos fundamentais" ("*Grundrechtstatbestände*"). De acordo com a terminologia anteriormente referida, preferimos falar aqui em "âmbito normativo", para recortar, precisamente, aquelas "realidades da vida" que as normas consagradoras de direitos captam como "objecto de proteção"¹³².

¹³⁰ Ib. idem.

¹³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit., pp. 206-207.

¹³² Ob. Cit., p. 1262.; no mesmo sentido na doutrina brasileira, porém com outras referências: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 284-286. Robert Alexy, também ressalta a diversidade terminológica, cf.: ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 302.

Esta noção é fundamental, pois para aqueles que aderem ao suporte fático restrito, como Friedrich Müller¹³³ e José Carlos Vieira de Andrade¹³⁴, o âmbito de proteção coincide com o suporte fático. Já para os adeptos da teoria ampla do suporte fático como Alexy¹³⁵ e Borowski¹³⁶, o conceito de suporte fático é mais amplo que o conceito de âmbito de proteção. Para estes autores o suporte fático amplo é composto pelo suporte fático restrito (o que corresponderia ao âmbito de proteção) e pelas eventuais restrições (cláusula de restrição).

A noção de suporte fático restrito se singulariza pelo fato de que pressupõe que a norma de direito fundamental não protege – não garante – certas ações, estados e posições jurídicas, que poderiam ser subsumidas (em abstrato) ao âmbito de proteção destas normas¹³⁷. Já de acordo com a idéia de suporte fático amplo, deve-se fazer a seguinte pergunta: “o que é protegido *prima facie* por esse direito?”¹³⁸, a resposta deverá afirmar que é protegido pelo direito toda ação, estado ou posição jurídica que “possua alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do ‘âmbito temático’ de um determinado direito fundamental, deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, *independentemente da consideração de outras variáveis.*”¹³⁹

Ora, e qual é a conexão entre tais conceitos e as teorias interna e externa? A conexão se dá porque os autores acima mencionados defendem, de um lado, uma

¹³³ Explicado por: ALEXY, Robert. Ob. cit., pp. 309-321.

¹³⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 285-287. O autor, afirma que não segue a proposta de Alexy que parte de uma premissa de “hipótese normativa alargada”. E, apesar de negar “um modelo ‘pré-formativo’, que sustente a recondução à hipótese normativa constitucional de todas as limitações possíveis, acima referenciadas (nos termos da chamada ‘teoria interna’), deve admitir-se uma interpretação das normas constitucionais que permita restringir à *partida* o âmbito de proteção da norma que prevê o direito fundamental, excluindo os conteúdos que possam considerar-se *de plano* constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando não estão expressamente ressaltados na definição textual do direito.”, p. 287.

¹³⁵ ALEXY, Robert. Ob. cit., pp. 321-332.

¹³⁶ BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, pp.133-143, e, 175-180. Apesar de Virgílio Afonso da Silva também adotar uma teoria ampla do suporte fático, ele não foi incluído neste rol pois apresenta algumas modificações ao modelo “padrão” proposto por Alexy. Sua proposta será analisada adiante.

¹³⁷ Virgílio Afonso da Silva destaca que tal exclusão se dá, muitas vezes, de forma intuitiva, e, que, o Supremo Tribunal Federal utiliza-se diversas vezes de tal noção. Para mais detalhes, ver: SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit., p. 98 e ss.

¹³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit., p.139.

¹³⁹ *Ib. idem.* Também sobre o mesmo tema, cf.: ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 322 e ss, ressaltando que no campo semântico dos conceitos de suporte fático devem ser adotadas interpretações amplas.

teoria interna e um suporte fático restrito, do outro, uma teoria externa e um suporte fático amplo¹⁴⁰.

Portanto, tanto para Müller quanto para Vieira de Andrade, os direitos fundamentais teriam um conteúdo determinado, e o que extrapolasse este conteúdo (este limite) não seria abarcado pelo âmbito de proteção do direito fundamental. Tal idéia fica mais clara com alguns exemplos¹⁴¹, questiona-se: se poderia determinado professor universitário passear pela cidade, expondo suas descobertas de física quântica, lendo o relatório de sua pesquisa, tendo a sua voz amplificada por um microfone ligado a uma caixa de som acoplada a um triciclo, sob o fundamento de que estaria exercendo sua liberdade de expressão científica? Poderia um determinado artista, transitar de bicicleta de cima abaixo, trajando somente uma sunga e besuntado em óleo, no exercício de sua liberdade artística? Do mesmo modo, poderia um grupo de amigos improvisar às 4 da madrugada arranjos de percussão, para um festival de samba? Ainda, poderia um grupo de estudantes bloquear algumas ruas movimentadas, no centro da cidade, “no horário de pico”, com fundamento no exercício da sua liberdade de manifestação, com o objetivo de protestar contra um ato arbitrário do Diretor do curso?¹⁴²

A resposta para todas estas perguntas, segundo uma teoria interna seria: não. Tais atitudes não são abarcadas pelo âmbito temático/normativo de tais direitos, uma vez que estes direitos fundamentais têm seus limites imanentes (internos ao direito). Tais limites são inerentes ao próprio direito e à idéia de uma vida em comunidade. Nota-se que a teoria interna tem, sob este aspecto, uma faceta conservadora, uma vez que toma como um limite a um direito, v.g., uma norma de direito penal a ele oposta, ou “valores comunitários”. Todavia, pergunta-se como ficariam os casos de abortos de fétos anencefálicos à luz desta teoria? E quem controla estes “valores comunitários”? Os juízes? Como? Sem estabelecer o modo de se “inferir” tal conteúdo, esta teoria apela para o intuicionismo que fica a cargo do intérprete e não pode ser controlado racionalmente.

¹⁴⁰ Devido a questões de espaço e por não ser o “âmbito normativo” deste trabalho o debate entre teorias internas e externas de restrições aos direitos fundamentais, não será analisada a concepção institucional de Peter Häberle; para mais detalhes, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit., p.172-179.

¹⁴¹ Os exemplos utilizados por Müller e por Vieira de Andrade foram adaptados à realidade brasileira.

¹⁴² Pode-se dizer que tais exemplos são “estapafúrdios”, todavia, os exemplos de Vieira de Andrade e de Müller também o são, como bem anota Virgílio Afonso da Silva, cf.: SILVA, Virgílio Afonso da: Ob. cit., p. 122-125.

Já para uma teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, calcada na idéia de suporte fático amplo, existem duas coisas distintas: o direito *prima facie* e o direito definitivo. Em tese, todos exemplos acima poderiam ser postulados legitimamente porque, levando em conta o âmbito temático do direito isoladamente, estes direitos podem ser *prima facie* exercidos de tal modo. Os direitos definitivos só serão estabelecidos após a análise das condições fáticas e jurídicas existentes no caso. Serão expostos quais direitos são definitivos através da regra da proporcionalidade ou do sopesamento entre princípios colidentes¹⁴³, ao contrário da teoria interna que apresenta um conteúdo *a priori* como algo interno ao direito, sem apresentar como “descobrir” este conteúdo.

Levando em conta tais considerações e especificando ainda mais o objeto deste estudo, analisar-se-á as teorias acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

3.3.3 Teorias sobre o conteúdo essencial: absolutas e relativas

Inicialmente cabe mencionar as duas dimensões de análise das questões atinentes ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais¹⁴⁴. Eles podem ser analisados por um viés objetivo ou subjetivo. De acordo com o primeiro viés, deve ser analisado o direito fundamental como um todo e seu significado para a vida social; já para o segundo aspecto deve-se investigar se há um direito subjetivo dos indivíduos ao conteúdo essencial^{145 146}.

¹⁴³ A regra (porque sempre se aplica), máxima ou postulado, da proporcionalidade, inclui as três sub-regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. O sopesamento corresponde à chamada “ponderação” de bens, que diz respeito à lei da colisão, que estabelece a forma de resolução de conflitos entre princípios contrapostos. O resultado obtido após o sopesamento entre princípios colidentes será uma relação de precedência condicionada que será aplicada, como uma regra, ou seja, na forma do “tudo ou nada”. Para mais detalhes cf.: ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 116-179. Ver também: SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit., pp. 219-241, do mesmo autor, SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

¹⁴⁴ Alguns autores se referem ao “núcleo essencial” do direito fundamental, contudo, a distinção terminológica não tem conseqüências práticas e nem teóricas para a análise destas noções.

¹⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis. Ob. Cit., p. 784: “Trata-se de decidir se a garantia do conteúdo essencial se refere e destina a proteger, respectivamente, **a posição subjetiva do titular** do direito fundamental afectado – pelo que o critério seria, para a teoria subjectiva, o de avaliar o que é que, segundo um método de subtracção, resta do direito em causa na perspectiva da utilização que dele ainda pode fazer o seu titular – ou, diferentemente, como pretende a **teoria objectiva**, se, independentemente dos reflexos, porventura drásticos, que a restrição ou a intervenção restritiva provocam neste ou naquele titular concreto, o que importa, para a garantia do conteúdo essencial, é a preservação do sentido útil do direito fundamental na ordem jurídica e na perspectiva da generalidade

Segundo Robert Alexy: “As teorias subjetivas acerca do conteúdo essencial podem ser absolutas ou relativas.”¹⁴⁷.

Sobre as teorias absolutas e relativas diz o mesmo autor:

Segundo a teoria relativa, **o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento**. Restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade **não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental**. A garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade. Diante da inquestionável vigência da proporcionalidade, o art. 19, § 2º, teria simplesmente um significado declaratório. Já, **segundo a teoria absoluta, cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma**¹⁴⁸. (grifo nosso)

Igualmente oportunas as observações de Jorge Reis Novais, sobre as teorias absolutas:

Independentemente do interesse ou bem que justifique a restrição e da importância relativa da sua realização, a *teoria absoluta*, baseada numa visão *espacial* – de organização da proteção jusfundamentalmente garantida em círculos concêntricos ou estratificada em *camadas* de resistência diversificada –, considera que há, em cada direito fundamental, uma zona, esfera ou âmbito nuclear intocável que, sob pena de desnaturação ou perda do seu sentido útil, em caso algum poderá ser afectada¹⁴⁹.

Ainda, cabe destacar que as teorias absolutas podem vislumbrar uma esfera intocável estática ou dinâmica. De acordo com a primeira, haveria um conteúdo essencial imutável, fixo, do direito fundamental analisado; já para a segunda, o conteúdo poderia se adaptar conforme as mudanças e contingências que a realidade impõe¹⁵⁰.

dos cidadãos, tomando como referência a alteração da norma objetiva que o garante, ou seja, como pretendem outros, a preservação do conteúdo institucional do direito fundamental.” (grifo nosso).

¹⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais**. 370 p. Tese (para o concurso de cargo de Professor Titular de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 243-246. Tais formulações relembram a idéia de que os direitos fundamentais têm uma dimensão objetiva e subjetiva, para mais detalhes, na doutrina alemã, cf.: HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 228-246; BOROWSKI, Martin. Ob. cit., p. 40-47; na doutrina lusitana, ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 476; ANDRADE, José Carlos Vieira de. Ob. cit., pp. 113-158; NOVAIS, Jorge Reis. Ob. cit., pp. 55-124; na doutrina brasileira, cf.: SARLET, Ingo. Ob. cit., pp. 165-180; SARMENTO, Daniel. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria**. In: Arquivos de direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 63-102.

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. Ob. cit., pp. 297.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. Ob. cit., pp. 297-298.

¹⁴⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Ob. Cit., p. 782.

¹⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit., pp. 248-252.

Os conceitos apresentados neste capítulo serão utilizados no próximo como ferramentas para identificar o estado da arte da dogmática constitucional brasileira, no que concerne à problemática do conteúdo essencial e a reforma da constituição, bem como a exposição e comentário de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal – STF. Ademais, serão analisados alguns problemas referentes à vedação de retrocesso e ao direito adquirido.

4. REFORMA CONSTITUCIONAL E O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após a apresentação das noções de reforma constitucional, bem como de conteúdo essencial dos direitos fundamentais, passa-se, neste momento, à análise das diversas posições doutrinárias e dos posicionamentos sustentados pelo Supremo Tribunal Federal. A análise da doutrina e da jurisprudência possibilitará que se verifique se o caminho traçado nos itens 3.3 e 3.3.1 está de acordo com as peculiaridades do Ordenamento Jurídico Brasileiro, tendo em vista a problemática da reforma constitucional.

4.1 A QUESTÃO NA DOUTRINA

O motivo que justifica a análise dos diversos posicionamentos doutrinários já foi exposto no item anterior. Todavia, necessário se faz fundamentar o porquê da escolha de tais autores e não de outros. Aduz-se como razão para responder tal questionamento, o argumento de que tais autores são representativos do “estado da arte” no direito constitucional brasileiro contemporâneo; em especial, são representativos das diversas escolas que se debruçam sobre os problemas atinentes à dogmática constitucional contemporânea.

4.1.1 O posicionamento de Virgílio Afonso da Silva

Apesar de não ter abordado o tema da reforma constitucional, especificamente, o Prof. Virgílio Afonso da Silva analisou a questão do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e suas eventuais restrições (frise-se, sempre, **infraconstitucionais**) na sua tese para o concurso para o cargo de Professor Titular do Departamento de Direito de Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Merece a anotação, também, que Virgílio Afonso da Silva foi orientado por Robert Alexy em seu doutorado, sendo um dos principais divulgadores da teoria dos princípios - conforme proposta por este autor - no Brasil.

Na tese acima citada, Virgílio traz novos desenvolvimentos à teoria dos princípios tal como formulada por Alexy e seu assistente Martin Borowski¹⁵¹.

¹⁵¹“Como ponto de partida, o modelo proposto por Alexy e defendido por Borowski deve ser aceito. Mas não sem algumas modificações.”, SILVA, Virgílio Afonso da. **O Conteúdo Essencial dos**

Alexy e Borowski propõem a idéia de suporte fático (o que corresponde a idéia de tipo no Direito Penal, e de hipótese de incidência no Direito Tributário¹⁵²) amplo¹⁵³, sendo que tal conceito de suporte fático seria composto, de um lado, pelo âmbito de proteção e a intervenção, do outro, a eles contraposta estaria a fundamentação constitucional. A ausência de fundamentação daria ensejo à consequência jurídica¹⁵⁴. Virgílio Afonso da Silva, partindo das mesmas premissas (a distinção entre princípios e regras) propõe um modelo alternativo.

Levando em conta que a idéia de suporte fático deve abarcar os elementos que, se preenchidos, “dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental”¹⁵⁵, acrescenta, então, um terceiro elemento:

É ainda necessário que não haja fundamentação constitucional (não-FC) para a intervenção. Se houver fundamentação constitucional para a intervenção, estar-se-á diante não de uma violação, mas de uma restrição constitucional ao direito fundamental, o que impede a ativação da consequência jurídica (declaração de inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*).¹⁵⁶

Desse modo, Virgílio Afonso da Silva acresce mais um elemento ao conceito de suporte fático amplo, o que segundo ele, ensejaria uma maior fundamentação constitucional, ou seja, criaria um maior ônus argumentativo àquele que pretendesse restringir um direito fundamental, portanto, dificultando a restrição ao direito fundamental¹⁵⁷.

Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais. 370 p. Tese (para o concurso de cargo de Professor Titular de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 90.

¹⁵² No Direito Tributário, cf. VIEIRA, José Roberto. **A regra-matriz de incidência do IPI: Texto e contexto.** Curitiba: Juruá, 1993, p. 55 e ss, e: CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 263 e ss.

¹⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p 301-307; à p. 305: “A idéia do conceito de suporte fático como um conceito contraposto ao conceito de restrição tem como tarefa abranger todos os pressupostos materiais para a ocorrência da consequência jurídica *prima facie*. No caso das normas que garantem direitos defesa essa tarefa só pode ser satisfeita por meio de um suporte fático que, diferente do que ocorre no caso das normas permisivas simples, seja composto por dois elementos: o bem protegido e a intervenção. Um tal suporte fático deve ser chamado de “suporte fático composto pelo bem protegido e pela intervenção.”; BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 119-126.

¹⁵⁴ Para simplificar a análise e por não ser objeto do presente trabalho – a noção de suporte fático, só será analisada a formulação do suporte fático para direitos de defesa. Contudo, cabe ressaltar que os direitos prestacionais não têm uma estrutura muito distinta, só que, ao invés de se falar em intervenção, deve-se falar em inércia ou insuficiência estatal.

¹⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit., p. 91.

¹⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit., p. 91.

¹⁵⁷ Em formalização lógica pode-se escrever o modelo Alexy/Borowski: (x) Sx ^ Ex - ORx. “O esquema da intervenção e limite prevê a prática de um exame de três passos, que pode ser

A partir de tais considerações sustenta que qualquer regulamentação é uma restrição a um direito fundamental, uma vez que qualquer regulamentação, ainda que para o “melhor exercício” do direito, restringe uma das inúmeras possibilidades que um suporte fático amplo permite.

Sobre as questões atinentes às teorias externas e às teorias absolutas ou relativas do conteúdo essencial, o autor se posiciona (coerentemente com as premissas que defende), as teorias externas e a noção de conteúdo essencial relativo. Todavia, por tratar de restrições a direitos fundamentais (portanto, não aborda o tema da reforma e das cláusulas pétreas), admite que possa haver casos em que, mesmo com a exigência da fundamentação e após a aplicação da regra da proporcionalidade, ainda sim, reste conteúdo algum ao direito fundamental no caso concreto (ou seja, um direito fundamental sem conteúdo). Cita, como exemplo, o esvaziamento do direito fundamental de propriedade no caso da desapropriação, ou da liberdade no caso da plena de reclusão¹⁵⁸.

Cabe ainda ressaltar que o autor, ao delimitar o objeto de sua tese, deixa claro que, ao analisar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais não estará analisando as cláusulas pétreas, mas sim a concretização infraconstitucional dos direitos fundamentais (e o respeito que o legislador deve ter ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais). Afirma, também, que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais se assemelha muito à noção de cláusulas pétreas¹⁵⁹, bem como que o Supremo Tribunal Federal utiliza o conceito de “núcleo essencial” ou “conteúdo essencial” ao decidir questões referentes à reforma da constituição¹⁶⁰.

esquematizado da seguinte maneira: para toda atuação, estado de coisas ou posição jurídica x, vale o seguinte ((x)): se x é um bem protegido por um direito de defesa (Sx) e uma atuação estatal intervém em x (Ex) e a intervenção no direito de defesa não restringe eficazmente a x ($\neg VRx$), então está ordenado imputar a x a consequência jurídica desse direito de defesa (ORx).”, BOROWSKI, Martin. Ob. cit., p. 124. Já o modelo proposto por Virgílio pode ser assim representado: (x) (APx \wedge \neg FC (IEx) – OCJx). “Por isso, ao invés de se falar, como faz Boroski, em ‘se (APx e IEx) e não-FCx, então CJx’, faz mais sentido que se fale ‘se APx e não-FC(IEx), então CJx’. Ou seja: se x é algo garantido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx) e se não há fundamentação constitucional para uma ação estatal que intervém em x (não-FC(IEx)), então deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pelo direito fundamental para o caso de x (CJx).”, SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit. p. 91-92.

¹⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit, p. 163 e ss.

¹⁵⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit, p. 244.

¹⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Ob. cit, p. 23.

4.1.2 Os posicionamentos de Luís Roberto Barroso, Juarez Freitas e Ingo Sarlet

Os posicionamentos dos professores Luís Roberto Barroso, Juarez Freitas e Ingo Sarlet foram reunidos em um tópico porque os três, cada um a seu modo, defendem a noção de que os direitos fundamentais têm um conteúdo (ou, núcleo essencial, como eles preferem) que não pode ser restringido, o que está de acordo com a teoria absoluta do conteúdo essencial¹⁶¹. Assim, feito o esclarecimento, passa-se à análise das idéias sustentadas por cada autor.

Luís Roberto Barroso aborda a questão da reforma constitucional em sua tese de doutorado, nela sustenta que:

A locução *tendente a abolir* deve ser interpretada com equilíbrio. Por um lado, ela **deve servir para que se impeça a erosão do conteúdo substantivo** das cláusulas protegidas. De outra parte, não deve se prestar a ser uma **inútil muralha contra o vento da história, petrificando** um determinado *status quo*. A Constituição não pode abdicar da salvaguarda **de sua própria identidade**, assim como da preservação e promoção de valores e direitos fundamentais; mas não deve ter a pretensão de suprimir a deliberação majoritária legítima dos órgãos de representação popular, jurisdicizando além da conta o espaço próprio da política. O juiz constitucional não deve ser prisioneiro do passado, mas militante do presente e passageiro do futuro. (grifos nossos)¹⁶²

A partir de tal premissa, Luís Roberto Barroso aduz que a proteção por meio das cláusulas pétreas não corresponde “a intangibilidade literal da disciplina dada pela Constituição originária”¹⁶³. Com isso quer dizer que deve ser protegido o núcleo essencial dos princípios ou institutos albergados por tais cláusulas; ainda, segundo o autor, essa é a posição sustentada pelo STF¹⁶⁴.

Em seguida, o autor analisa as cláusulas pétreas em “espécie” (cada um dos incisos do parágrafo 4º, do art. 60), delineando, ainda que sumariamente, um conteúdo essencial mínimo para cada instituto/princípio¹⁶⁵. Portanto, pode-se sumarizar a posição de Luís Roberto Barroso ao se afirmar que as cláusulas pétreas não são intangíveis, no entanto, qualquer reforma deve respeitar o núcleo essencial

¹⁶¹ Para mais detalhes cf., *supra*, 3.3.3.

¹⁶² BARROSO, Luís Roberto. **As Transformações do Direito Constitucional Contemporâneo: Revisão dos conceitos fundamentais e elementos do novo modelo**. 389 p. Tese de Doutorado – UERJ – Setor de Ciências Jurídicas, Rio de Janeiro: 2008, p. 105.

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 107.

¹⁶⁴ *Ib. idem.*, para verificar o posicionamento do STF acerca da matéria cf. *infra*, 4.2.

¹⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 108-124, às páginas 119 à 124, o autor aborda a intrincada questão do direito adquirido. As posições do autor sobre o tema serão abordadas adiante.

de tais cláusulas, de modo a não desnaturar o princípio ou instituto protegido, e, por conseguinte, desfigurar a identidade da Constituição.

Juarez Freitas, por sua vez, posiciona-se favoravelmente à idéia de um conteúdo essencial absoluto. Em seu artigo A Melhor Interpretação Constitucional versus a Única Resposta Correta, defende alguns preceitos e proposições para a interpretação constitucional. O ponto de partida do autor é que:

(...)assume-se a constituição como rede de princípios, de regras e de valores de ordem suprema, cuja função precípua é a de, evitando ou superando antinomias axiológicas, dar cumprimento aos objetivos do Estado Democrático, de maneira predominantemente substancial¹⁶⁶.

Destarte, para esse autor a tarefa do intérprete seria: “Hierarquizar princípios, regras e valores constitucionais sem permitir a quebra dos princípios – eis a tônica da interpretação tópico-sistemática.”¹⁶⁷ Levando em conta estas e outras idéias o autor defende que as melhores leituras sistemáticas da Constituição Brasileira devem conceber os direitos fundamentais como totalidade indissociável, procurando restringir ao máximo as eventuais limitações, e, quanto ao núcleo essencial, deve-se emprestar eficácia direta e imediata¹⁶⁸. A partir dessa consideração traça dez

¹⁶⁶ FREITAS, Juarez. A Melhor Interpretação Constitucional Versus a Única Resposta Correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 317-357, p. 318.

¹⁶⁷ FREITAS, Juarez. Ob. cit., p. 320.

¹⁶⁸ Ressalta-se que tanto Luís Roberto Barroso quanto Ingo Sarlet e Juarez Freitas, consideram os direitos sociais como direitos fundamentais. Talvez tenham alguma divergência no modo de sua concretização. Quanto a este último autor cabe destacar que, para ele: “Assim, os direitos prestacionais não existem como tipos puros e, ao menos no núcleo, devem ser respeitados de maneira direta. Não se ignora a oportuna advertência dos que temem o protagonismo do poder judiciário, porém inegável que o juiz pode exercer, sem usurpação, o dever de adaptar e de vivificar direitos numa sociedade democrática e livre. Em suma: numa perspectiva tópico-sistemática, indo além do criticado textualismo, o núcleo basilar dos direitos fundamentais não pode deixar de ser acatado no presente, não apenas pelo legislador, mas pelo intérprete, mormente em sistema de jurisdição única.”, FREITAS, Juarez. Ob. cit., p. 342. Ainda, caberia fazer um breve esclarecimento acerca da idéia de eficácia direta e imediata, uma vez que não se aceita os “sensos comuns teóricos” – que são naturalizados – só porque aí estão e não foram questionados. A idéia de eficácia direta e imediata faz referência à obra, já clássica, Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais de José Afonso da Silva. Nela, esse autor sustenta que as normas constitucionais podem ser classificadas quanto à eficácia e aplicabilidade em: normas de eficácia plena; eficácia limitada e normas de eficácia contida. Sendo que as primeiras seriam normas de aplicabilidade direta e imediata. Segundo o autor: “As normas de eficácia plena incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de *aplicabilidade imediata*, porque dotados de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são auto-aplicáveis. As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõe, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos.”, SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 101-102, para mais detalhes, sobre o tema, nessa obra, p. 63-101. Tal classificação bem como seus corolários foi criticada por Virgílio

proposições interpretativas, buscando a totalidade dos direitos fundamentais e a garantia de eficácia direta e imediata ao núcleo essencial.

Na quarta proposição interpretativa, afirma:

Todo direito fundamental no sistema brasileiro é *também individual*, e, nesta medida, seu núcleo será intangível, sendo que sequer emenda constitucional poderá tender a aboli-lo, vedando qualquer retrocesso. Mais: toda discricionariedade, na regulamentação, restará vinculada à intangibilidade do aludido núcleo¹⁶⁹.

Por isso, nota-se que o autor segue a noção de conteúdo absoluto, cuja idéia é utilizada por ele para sustentar a “melhor interpretação constitucional” possível para um caso concreto.

Em seguida, analisar-se-á as formulações levadas a efeito por Ingo Sarlet, em sua obra *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Assim como Luís Roberto Barroso, Ingo Sarlet entende que a proteção outorgada pelo constituinte às cláusulas pétreas não é sinônimo de imutabilidade de tais cláusulas. Nesse sentido, o seguinte trecho sintetiza bem o pensamento do autor:

No âmbito da doutrina pátria, revelando uma nítida tendência de adesão à doutrina alemã, já há quem sustente que uma emenda constitucional apenas tende a abolir o bem protegido pelas ‘cláusulas pétreas’ na hipótese de vir a ser atingido o núcleo essencial do princípio em questão, não ficando obstaculizada a sua regulamentação, alteração ou mesmo a sua restrição (desde que não afetado o núcleo essencial). O núcleo do bem constitucional protegido é, de acordo com este ponto de vista, constituído pela essência do princípio ou direito, não por seus elementos circunstanciais, cuidando-se, neste sentido, daqueles elementos que não podem ser suprimidos sem acarretar alteração substancial no seu conteúdo e estrutura¹⁷⁰.

A partir de tal afirmação poder-se-ia concluir que o autor, assim como Luís Roberto Barroso e Juarez Freitas, defende uma teoria absoluta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais; aparentemente é o que se deduz quando Ingo

Afonso da Silva no último capítulo de sua tese para professor titular. José Afonso da Silva responde tais críticas na obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, às p. 270-286.

¹⁶⁹ FREITAS, Juarez. Ob. cit., p. 343.

¹⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 421. No mesmo sentido à p. 428: “a proteção a estes outorgada pelo Constituinte, incluindo-os no rol das ‘cláusulas pétreas’, não alcança as dimensões de uma absoluta intangibilidade, já que apenas uma abolição (efetiva ou tendencial) se encontra vedada. Também aos direitos fundamentais se aplica a já referida tese da preservação do núcleo essencial, razão pela qual até mesmo eventuais restrições, desde que não-invasivas do cerne do direito fundamental podem ser toleradas. Que tal circunstância apenas pode ser aferida à luz do caso concreto e considerando as peculiaridades de cada direito fundamental parece não causar maior controvérsia. Assim, constata-se, desde logo, que não há como determinar em abstrato, para todos direitos fundamentais, a amplitude de sua proteção contra reformas constitucionais, destacando-se, ainda, que tal proteção há que ser diferenciada, dependendo do direito fundamental que estiver em causa.”

Sarlet propõe que o núcleo essencial não pode ser atingido. Todavia, logo em seguida o autor defende que:

Neste contexto, afirmou-se acertadamente que a constatação de uma efetiva agressão ao núcleo essencial do princípio protegido depende de uma ponderação tópica, mediante a qual se deverá verificar se a alteração constitucional afeta apenas aspectos ou posições marginais da norma, ou se, pelo contrário, investe contra o próprio núcleo do princípio em questão¹⁷¹.

Ora, como ressaltado acima a idéia de ponderação é característica das teorias relativas do conteúdo essencial¹⁷², pois após a ponderação ou sopesamento, o conteúdo do direito pode restar esvaziado, o que pode ensejar uma série de problemas quando se está analisando a reforma da Constituição e não restrições a direitos fundamentais. Entretanto, o objetivo do item 4.1 era delinear um panorama da dogmática constitucional nacional, de modo que a análise das contradições e eventuais limitações das posições sustentadas serão feitas adiante¹⁷³.

Em seguida, serão analisadas algumas decisões do Supremo Tribunal Federal para se averiguar qual o posicionamento dessa corte em relação ao tema da reforma constitucional e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

4.2 A QUESTÃO NO STF

A análise da jurisprudência do STF sobre as questões da reforma constitucional e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais justifica-se pelo fato de que cabe a ele a guarda da Constituição (art. 102, *caput*, da Constituição Federal), bem como pelo fato de que ele procede à fiscalização de constitucionalidade, seja em sede de controle abstrato e concentrado, seja como órgão de cúpula do Poder Judiciário em controle concreto e difuso.

Assim, foram estabelecidas duas hipóteses para a análise das decisões. A primeira consiste na seguinte questão: é coincidente a interpretação que o STF tem dos limites e das possibilidades da reforma constitucional, com a interpretação levada a cabo pela doutrina? Ou seja, o STF também entende que as cláusulas pétreas não são intocáveis e podem ser reformadas?

¹⁷¹ SARLET, Ingo. Ob. cit., p. 421-422

¹⁷² Cf. *supra*, 3.3.3.

¹⁷³ Cf. *infra*, 4.5.

Já a segunda questão procura esclarecer qual a posição do Supremo Tribunal Federal em relação à controvérsia acerca das teorias absolutas e relativas do conteúdo essencial, sobretudo no que diz respeito às cláusulas pétreas e aos direitos fundamentais. Ou seja, se é possível reformar as cláusulas pétreas, qual é o limite da reforma, o conteúdo essencial do instituto/princípio?

Desse modo, passa-se à análise de alguns posicionamentos do Tribunal no que diz respeito ao primeiro questionamento.

Na já citada Adin. 939, foi reconhecida pelo relator a violação ao Princípio Federativo já que a Emenda que era objeto da Adin instituiu um imposto que não respeitava as imunidades recíprocas. A violação das imunidades recíprocas, consoante o relator, viola o princípio federativo, e, portanto, tende a aboli-lo, pois desrespeita a isonomia entre os entes federados¹⁷⁴.

Ainda, na Adin 2.024 o Relator o Ministro Sepúlveda Pertence entendeu que não há proteção à intangibilidade do texto constitucional, por conseguinte, interpretou como constitucional a emenda que, apesar de restringir, não “abole” ou fere o núcleo essencial do princípio protegido. Tal decisão tornou-se verdadeiro “*leading case*” da matéria, cita-se um trecho da ementa:

(...) arguição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a ‘forma federativa do Estado’ (CF, art. 60, § 4º, I) : improcedência 1. A ‘forma de Estado’ – elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República – não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, **não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos** cuja preservação nelas se protege¹⁷⁵. (grifo nosso)

¹⁷⁴Para mais detalhes cf.: Adin 939/ DF, disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>, acesso em: 02/09/2008.

¹⁷⁵Para mais detalhes cf.: Adin 939/ DF, disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>, acesso em: 02/09/2008. Igualmente oportuna é a seguinte passagem do MS. 23 047, cujo relator era o Ministro Sepúlveda Pertence: “Reitero de logo que a meu ver as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nela se protege.

Convém não olvidar que, no ponto, uma interpretação radical e expansiva das normas de intangibilidade da Constituição, antes de assegurar a instabilidade institucional, é a que arrisca legitimar rupturas revolucionárias e dar pretexto fácil à tentação dos golpes de Estado.”, p. 2556. disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>, acesso em: 02/09/2008.

Tais casos são representativos do posicionamento do Tribunal e confirmam a hipótese já levantada pelos teóricos da dogmática constitucional contemporânea. Aliás, essa mesma dogmática costuma citá-los para robustecer sua argumentação, com um “argumento de autoridade” – nesse sentido a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Já que o STF reconhece a possibilidade de que emendas possam mudar a configuração das cláusulas pétreas desde que não violem seu “núcleo”, questiona-se qual será seu posicionamento no que diz respeito a garantia deste núcleo/conteúdo essencial. Para a análise do tema é oportuno citar um trecho do voto do Ministro Celso de Mello, no caso *Ellwanger*, um dos casos mais famosos na jurisprudência recente (pós 1988) da Corte:

“Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar na utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam **ponderar** e avaliar, *‘hic et nunc’*, em função de determinado contexto e **sob uma perspectiva axiológica concreta**, qual deve ser o direito a ponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a **utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais**,...¹⁷⁶”(grifo nosso)

Essa decisão é relevante, não só pela repercussão que o caso tomou, mas principalmente - para os fins deste trabalho – porque versa sobre o método da ponderação e sua relação com o conteúdo essencial do direito fundamental. Aliás, tal decisão não é a única que aborda o tema do conteúdo essencial dos direitos fundamentais¹⁷⁷. Nota-se que, na maioria delas (com bem observam Luís Roberto Barroso e Ingo Sarlet), o Tribunal adota a noção de conteúdo essencial absoluto, pois faz menção ao fato de que o direito não pode restar sem conteúdo algum (esvaziado), desnaturado, etc. Igualmente, é interessante observar-se que mesmo Ministro Celso de Mello que faz menção à ponderação, entende que o conteúdo essencial não pode restar esvaziado, ou seja, adota somente parcialmente as construções da teoria relativa do conteúdo essencial. Desse modo, apesar de aparentemente se utilizar das teorizações de Alexy, em verdade delas diverge,

¹⁷⁶ MELLO, Celso de. Voto (antecipação do voto). In: Supremo Tribunal Federal. **Crime de Racismo e Anti-semitismo**: um julgamento histórico do STF, (Hábeas corpus nº 82. 424/ RS). Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 60.

¹⁷⁷ Cf., por exemplo, afirmando que deve haver a garantia de um “conteúdo mínimo”, do “núcleo” do direito: Inq. 1957, p. 265; bem como HC 84. 862; HC. 82. 959; RE. 427. 339; RE. 431.121; todos disponíveis em: <http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado> , acesso em: 02/09/2008.

porquanto o que se está a defender é a idéia de um conteúdo mínimo do direito que não pode ser retirado, e, como já se viu, este é o cerne da teoria absoluta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Dessa forma, pode-se concluir que o posicionamento do STF aproxima-se mais da concepção de Jorge Reis Novais que vislumbra os direitos fundamentais como *trunfos* contra a maioria¹⁷⁸.

É levando em conta tais considerações que se pretende analisar duas questões particulares: a proibição de retrocesso e o problema do direito adquirido.

4.3 A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO E O PODER REFORMADOR

As problemáticas da proibição (ou para aqueles que preferem: vedação) de retrocesso e o poder reformador, bem como a do direito adquirido frente à reforma constitucional, trazem inúmeras perplexidades para aqueles juristas preocupados em construir um saber que possa auxiliar na transformação de sociedades injustas, seja no Brasil¹⁷⁹, seja no mundo.

Isto se dá porque ambas estão ligadas às idéias de segurança jurídica e justiça, porém, cabe indagar-se, qual segurança jurídica e qual justiça¹⁸⁰? Segurança jurídica e justiça para quem? Pois, se o direito adquirido (principalmente no que toca aos direitos de defesa), de um lado, e a proibição de retrocesso (no que diz respeito aos direitos prestacionais) do outro, podem ser garantias da cidadania que promovem uma condição mais justa de vida, podem, também, em alguns casos, ser bloqueios à transformação social, sendo conservadores de determinado *status quo*.

As questões atinentes ao direito adquirido serão aprofundadas no item seguinte, neste item serão feitas algumas considerações sobre a proibição do retrocesso.

¹⁷⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas Pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 624, citam-se alguns trechos para esclarecer a concepção do autor: "A explicação passa, a nosso ver, por uma compreensão rigorosa do que significa atribuir aos direitos fundamentais uma natureza de *trunfos* contra a maioria. (...) Nesse sentido, por mais ponderosas que sejam ou por maior apoio que reúnam, as concepções e decisões da maioria não *quebram*, sob pena de inconstitucionalidade, a liberdade individual."

¹⁷⁹ Injustas porque há uma má distribuição da renda no país. Segundo dados do PNUD a distribuição de renda do Brasil é a décima pior do mundo e a falta de água e esgoto mata uma criança a cada 19 segundos. Para mais detalhes cf. PNUD. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2006**. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/rdh/>, acesso em: 05/05/2008.

¹⁸⁰ Sobre a Segurança Jurídica, cf. a obra organizada pela Ministra Carmen Lúcia: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada**, estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

A cláusula do retrocesso social foi criada na Alemanha como corolário do princípio do Estado Social¹⁸¹ e, a partir dos desenvolvimentos dados pelo Tribunal Constitucional português ela passou a ser difundida também no Brasil¹⁸². José Joaquim Gomes Canotilho sumariza bem a noção (inclusive, política) da proibição de retrocesso social:

O princípio da democracia económica e social aponta para a **proibição do retrocesso social**. A **ideia aqui expressa** também tem sido designada como proibição de “**contra-revolução social**” ou da “**evolução reacionária**”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, **uma garantia institucional e um direito subjetivo**. A ‘proibição do retrocesso social’ nada pode fazer contra recessões e crises económicas (*reversibilidade fática*), mas o princípio em análise limita reversibilidade dos *direitos adquiridos* (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da protecção da confiança e da segurança jurídica dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural*, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.¹⁸³ (negritos nossos)

Há autores que discordam da ideia sustentada por Gomes Canotilho de que a proibição de retrocesso “nada pode fazer contra recessões e crises económicas”, porquanto é justamente em momentos de crises e recessões económicas que os direitos sociais são indispensáveis àquelas pessoas que não têm como prover por si condições de vida digna¹⁸⁴. Aliás, esta é a fundamentação política subjacente ao conceito jurídico de proibição de retrocesso social¹⁸⁵.

¹⁸¹ Para mais detalhes, cf., por todos: SARLET, Ingo Wolfgang. Direito sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 12, n. 46, p. 42-73, jan. /mar., 2004; e: SAMPAIO, José Adércio Leite. Expectativa de Direito e Direito Adquirido como Franquias e Bloqueios da Transformação Social. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e Segurança Jurídica**: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada, estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. Deve-se mencionar que no âmbito do Direito Internacional Público, afirma-se que no art. 5º – 2, do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (do qual o Brasil é signatário), já havia uma fundamentação para a proibição de retrocesso, dispõe o artigo que: Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto1.htm>, acesso em: 18/08/2008.

¹⁸² SAMPAIO, José Adércio Leite. Ob. cit., p. 301-307.

¹⁸³ CANOTILHO, J. J. G. Ob. cit., p. 338-339.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 499 e ss. Há autores, como a constitucionalista lusitana Cristina Queiroz, que distinguem entre reversibilidade fática e normativa dos direitos sociais, sendo que a primeira deve levar em conta a chamada cláusula da reserva do possível, já a segunda deve levar em consideração estas e outras causas (sobretudo as normativas, a tripartição de funções, etc.), sobre o assunto ver: QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos**

Contemporaneamente, a noção de vedação de retrocesso foi guindada às Constituições, sobretudo de países periféricos, pois se visava obstaculizar as mudanças advindas com a globalização e com o neoliberalismo, tentando-se vincular o papel do Estado na promoção da justiça social. Note-se que a proibição de retrocesso faz o papel conservador¹⁸⁶ (pois garante determinada condição) do direito frente às mudanças impostas pela democracia, ou frente a mudanças heterônomas (vindas de órgãos internacionais, ou por pressões de grandes corporações), sem respaldo popular.

Talvez nas atuais circunstâncias de crise econômica mundial retorne-se a falar em proibição de retrocesso para garantir as condições mínimas de vida de milhares de pessoas, porém, também é possível que esse conceito bloqueie mudanças nas áreas que atingem direitos sociais.

Assim, deve-se ressaltar a conotação política que esse conceito assume. Pode-se notar isto através dos diversos nomes dados a mesma noção: proibição de retrocesso, contra-revolução social ou evolução reacionária; que deixam transparecer a idéia implícita à cláusula, qual seja, a proteção das garantias promovidas pelo Estado de Bem-Estar Social (Estados Sociais), além do amparo do próprio Estado de Bem-Estar Social. É por isso que a proibição de retrocesso ia/vai de encontro com as idéias do Neoliberalismo – que pretendiam diminuir o Estado, pois ela zela pela garantia de direitos sociais, cuja concretização demanda gastos públicos, o que vai de encontro com as idéias neoliberais.

Ora, quando se inscreve a idéia de vedação de retrocesso como um limite implícito à reforma constitucional¹⁸⁷, está se fomentando exatamente a noção de

Fundamentais Sociais: Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. Sobre a reserva do possível e o custo dos direitos sociais na literatura, cf.: AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha:** em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar; 2001; HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes.** New York: W. W. Norton & Company, 1999. No entanto, não se pode olvidar da advertência feita por Marx, na Crítica ao programa de Gotha: “não se pode reconhecer um sistema de direito mais elevado do que aquele que é permitido pela configuração de nível econômico e pela fase de desenvolvimento cultural determinada por essa configuração.”, MARX, Karl, *apud*, CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 12

¹⁸⁵ Como reconhece José Adércio Leite Sampaio, ver: SAMPAIO, José Adércio Leite. Ob. cit., p. 294-301.

¹⁸⁶ O sentido de “papel conservador” do direito nesse caso já foi explicado no item 2.3.1, *supra*.

¹⁸⁷ Como faz, por exemplo, Ingo Sarlet. Cf.: SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo, ano 12, n. 46, p. 42-73, jan. /mar., 2004

eficácia progressiva dos direitos sociais¹⁸⁸, buscando sempre ampliá-los sem que haja detrimento de outros direitos já garantidos. Assim sendo, garantir determinadas condições alcançadas pelo desenvolvimento progressivo dos direitos sociais, também impede mudanças que podem ser interpretadas como reacionárias (para aqueles que defendem o Estado de Bem-Estar Social); ou como uma injusta conservação de determinado status quo, ou até de privilégios, por aqueles que não defendem o Estado de Bem-Estar, ou não defendem a garantia que se pretende conservar. Portanto, em se tratando de proibição de retrocesso, não há espaço para neutralidade política, o intérprete terá que tomar alguma posição (mesmo que não queira, ou que não o faça explicitamente).

O tema do direito adquirido também enseja inúmeras dificuldades, em relação à mudança e a conservação, por isso, será analisado no próximo item.

4.4 O PROBLEMA DO DIREITO ADQUIRIDO

Como já ressaltado, o direito adquirido¹⁸⁹ e o ato jurídico perfeito estão intimamente ligados a questões referentes à segurança jurídica. Essa problemática

¹⁸⁸ É elucidativo a respeito da "eficácia progressiva" dos direitos sociais o art. 26º do Pacto de San José da Costa Rica: "Artigo 26º - Desenvolvimento progressivo Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, **especialmente econômica e técnica**, a fim de conseguir **progressivamente a plena efetividade dos direitos** que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados."

¹⁸⁹Sobre o direito adquirido há farta bibliografia, destaca-se a que fora utilizada neste item: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada**, estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005; SAMPAIO, José Adércio Leite. Expectativa de Direito e Direito Adquirido como Franquias e Bloqueios da Transformação Social. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada**, estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005; GARCIA, Maria. A constituição e o direito adquirido. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 12, n. 46, p. 107-116, jan./mar. 2004; BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir. Direito adquirido contra as emendas constitucionais. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 202, p.75-80, out./dez., 1995; SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. **Revista Trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro, vol. 20, p. 03-34, out./dez. 2004; TOLOMEI, Carlos Young. **A Proteção do Direito Adquirido sob o Prisma Civil-Constitucional: Uma Perspectiva Sistemático-Axiológica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 119-124, e, do mesmo autor; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular: (Estudos Sobre a Constituição)**. Malheiros: São Paulo, 2002, p. 221-233.

se torna mais complexa quando se considera que a segurança jurídica abarca o princípio da proteção da confiança¹⁹⁰.

Desse modo, propõe-se a analisar as dificuldades de harmonização da noção de Segurança Jurídica, cara ao Estado de Direito, e a construção de uma sociedade livre justa e solidária, em um país que se destaca por suas horrendas desigualdades sociais.

A idéia da não retroação das leis tem um fundamento político, qual seja a garantia da estabilidade para os negócios da burguesia, uma vez que a formulação do conceito de direito adquirido coincide com a ascensão da burguesia como classe política e o desenvolvimento do Capitalismo.

A idéia básica de todo raciocínio construído para a proteção do direito adquirido é que as leis não devem retroagir. Toda lei deve reger somente os atos que ocorrerão após a sua promulgação e publicação (já que a data da promulgação e da publicação nem sempre coincidem). Todavia, alguns direitos não geram todos seus efeitos imediatamente, no que resulta que, muitas vezes, determinada pessoa é titular de um direito (sob a égide de uma lei) que pode vir a exercer, mas a lei que respaldava o possível exercício deste direito é revogada ou promulga-se outra lei que disciplina de forma diversa a mesma matéria. São nestes casos que ocorre a aquisição do direito adquirido ao patrimônio do sujeito. O direito adquirido é um direito não exercido (realizado) ainda, mas que poderá ser exercido, de acordo com determinado ato normativo que o respalda¹⁹¹. É esta a disposição do art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil: "Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalaterável, a arbítrio de outrem."

O direito adquirido protege, portanto, a estabilidade das relações jurídicas. Já o ato jurídico perfeito pode ser tanto um direito adquirido (por exemplo, um contrato de trato sucessivo que ainda não foi completamente adimplido, que não gerou todos seus efeitos), mas também pode ser um ato já praticado de acordo com uma lei anterior. Define ato jurídico perfeito o parágrafo 1º, do art. 6º da Lei de Introdução ao

¹⁹⁰ Como faz a doutrina alemã citada por Canotilho, cf.: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., p. 257-265.

¹⁹¹ Ver explicação no mesmo sentido: SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**: (Estudos Sobre a Constituição). Malheiros: São Paulo, 2002, p. 223-225. Além da explicação feita abordando inclusive a polêmica entre Gabba e Roubier, ver: BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 119-124, e; SAMPAIO, José Adércio Leite. Ob. cit., p.271-286.

Código Civil: “Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”¹⁹².

Grande parte da controvérsia doutrinária existente no Brasil hoje sobre o direito adquirido e a reforma constitucional se dá devido ao voto proferido pelo Ministro Moreira Alves no Recurso Extraordinário 94.414/SP, pois segundo ele: “Não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do poder constituinte originário, ou do poder constituinte derivado”¹⁹³.

Surgiram inúmeras críticas na doutrina a este posicionamento. Uma série de autores sustentava que o Poder de Reforma da Constituição deve respeitar o direito adquirido, contudo havia outros que defendiam a tese contrária¹⁹⁴. Destacam-se destas controvérsias duas questões principais. A primeira diz respeito ao sentido e alcance do vocábulo “lei”, inscrito no inciso XXVI, do art. 5º da Constituição Federal (que trata da proteção ao direito adquirido), esse dispositivo prescreve que: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”. A controvérsia doutrinária se dá porque alguns doutrinadores defendem que o vocábulo “lei” inclui as Emendas à Constituição, enquanto que outros refutam tão inclusão, aludindo, inclusive ao rol de direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal¹⁹⁵. A segunda perscruta se o que está protegido pela garantia é o direito adquirido (em si), uma proteção objetiva, portanto, como instituto caro a toda a sociedade, ou, se, em verdade, o que se está protegendo é a irretroatividade das

¹⁹² Não será analisada a coisa julgada devido aos inúmeros problemas que dela decorrem e todas as questões suscitadas pela processualística civil; sobre o assunto, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 627-648.

¹⁹³ RE 94. 414/ SP, p. 234. disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>, acesso em: 02/09/2008.

¹⁹⁴ Para uma síntese dos diversos posicionamentos doutrinários, cf.: TOLOMEI, Carlos Young. **A Proteção do Direito Adquirido sob o Prisma Civil-Constitucional: Uma Perspectiva Sistemático-Axiológica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 249-256. Dentre os autores que sustentam a possibilidade de oposição do direito adquirido ao poder de reforma constitucional, são citados: Carlos Ayres Britto e Valmir Pontes Filho, José Afonso da Silva, Ivo Dantas, Raul Machado Horta, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Luís Roberto Barroso e Elival da Silva Ramos. Já sustentado a tese contrária de que o direito adquirido não pode ser colocado como óbice ao poder de reforma constitucional, cita: Celso Bastos, Caio Mário da Silva Pereira, Calos Velloso, Hugo de Britto Machado, Carmen Lúcia Antunes Rocha e José Eduardo Martins Cardoso. É oportuno ressaltar que este autor faz a distinção (à p. 256) entre “direito adquirido” e o “direito a que lei não viole seu direito adquirido”, sendo que o primeiro pode-se submeter ao poder reformador, já o segundo não. José Afonso da Silva rechaça este tipo de classificação afirmando que não é possível separar o direito de sua garantia.

¹⁹⁵ TOLOMEI, Carlos Young. Ob. cit., p. 259-260.

leis, como corolário do princípio da segurança jurídica, limitando o alcance da garantia¹⁹⁶.

Além disso, o tema do direito adquirido frente à emenda constitucional voltou a ser debatido em virtude da Emenda Constitucional nº 41/03, que trazia a designada “Reforma da Previdência”. Tal emenda foi objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, de nº 3105, por estabelecer que os aposentados e pensionistas estariam sujeitos à incidência de contribuições previdenciárias.

A partir do julgamento da Adin 31050, a doutrina tornou a debater a questão do direito adquirido, mas desta vez levando em conta, também, a sua feição de óbice às transformações sociais¹⁹⁷.

Como já afirmado, o direito adquirido surgiu como categoria jurídica no momento de ascensão social e política burguesia. Foi fundamental para o desenvolvimento do sistema capitalista, e para que a liberdade de negociar (livre iniciativa), e a propriedade fossem garantidos, sempre a partir de uma perspectiva individualista (pois, moderna)¹⁹⁸.

Daniel Sarmiento propõe que os direitos adquiridos sejam (re)interpretados à luz da nova ordem constitucional (e institucional) que a Constituição Brasileira de 1988 trouxe, assim, tal direito, por ser um princípio, pode ser restringido, desde que se respeite o seu núcleo essencial. Além disso, tal configuração do direito adquirido possibilitaria autodeterminação das gerações presentes e futuras como expressão da democracia também prescrita pela Constituição¹⁹⁹. Em sentido convergente é o posicionamento de Luís Roberto Barroso²⁰⁰, eis que, para esse autor, o direito adquirido não pode se tornar verdadeira muralha frente às mudanças “do vento da história”, mas as reformas que forem feitas a ele devem respeitar o seu núcleo essencial.

Em que pese a força dos argumentos aduzidos, principalmente em uma sociedade na qual poucas pessoas detêm grande parcela das riquezas, deve-se

¹⁹⁶ TOLOMEI, Carlos Young. Ob. cit., p.256. Este autor faz a distinção (à p. 256) entre “direito adquirido” e o “direito a que lei não viole seu direito adquirido”, sendo que o primeiro pode-se submeter ao poder reformador, já o segundo não. José Afonso da Silva rechaça este tipo de classificação afirmando que não é possível separar o direito de sua garantia, ver: SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 233.

¹⁹⁷ Cf. SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. **Revista Trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro, vol. 20, p. 03-34, out./dez. 2004

¹⁹⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. Ob. cit., p. 301 e ss.

¹⁹⁹ SARMENTO, Daniel. Ob. cit., p. 30-31.

²⁰⁰ Em sua tese de doutoramento, BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit. p. 121-124.

relembrar com José Adércio Leite Sampaio que tais argumentos podem recair em verdadeiro utilitarismo, uma vez que, a cada momento, poder-se-ia desrespeitar o direito adquirido (e a proibição do retrocesso, incluiríamos) conforme a conveniência e vontade da maioria²⁰¹. Como se pode ver, a questão é complexa, faz-se necessário, portanto um posicionamento pessoal acerca de algumas questões inconclusas.

4.5 ALGUMAS QUESTÕES INCONCLUSAS

Tendo em vista toda a problemática apresentada, cabem algumas considerações à luz da ordem constitucional pátria.

Ora, o Direito se faz na História, ele é construído nos fios do tecido histórico e ao mesmo tempo constitui este tecido. Os direitos, como diria Bobbio, não nascem todos de uma vez. "Nascem quando devem ou podem nascer"²⁰².

Deve-se levar em conta afirmações como a do Ministro Joaquim Barbosa na Adin. 3105:

Não nego sua importância como instrumento hermenêutico poderoso, de extrema utilidade para a preservação de um núcleo essencial dos valores constitucionais.

Contudo, ante a amplitude desmesurada que se lhe quer atribuir, vejo a teoria das cláusulas pétreas como uma construção intelectual conservadora, antidemocrática, não razoável, com uma propensão oportunista e utilitarista a fazer abstração de vários outros valores igualmente protegidos pelo nosso sistema constitucional²⁰³.

Sob esta perspectiva, as cláusulas pétreas são conservadoras, pois impedem uma das formas de exercício da democracia (o direito à autodeterminação), a possibilidade de um povo definir o seu destino conforme as circunstâncias históricas. É nesse sentido, pois, que se pode afirmar que as cláusulas pétreas são conservadoras e antidemocráticas.

Entretanto, não se pode olvidar que tais cláusulas exprimem a identidade da Constituição e, se forem desrespeitadas, haverá uma violação aos princípios essenciais, desfigurando-a, causando verdadeira erosão da ordem constitucional.

²⁰¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Ob. cit., p. 301 e ss.

²⁰² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 26

²⁰³ Voto do Ministro Joaquim Barbosa na Adin 3510, p. 164-165, disponível em:

<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>, acesso em: 02/09/2008.

Nesse caso as “cláusulas de eternidade” consubstanciam verdadeiras amarras como fez Ulisses, na Odisséia, para não sucumbir ao canto das sereias²⁰⁴. E o canto das sereias em sociedades democráticas pode ser ora a exaltação das massas frente a projetos totalitários, ou demagógicos que pretendem ser verdadeiras panacéias para a sociedade, ora, crises econômicas que põem em xeque a confiança do povo nas instituições democráticas para a resolução dos problemas, ora, o medo do outro, do diferente (xenofobismo).

É por isso que se sustenta a necessidade de um conceito constitucionalmente adequado de cláusulas pétreas. Tal conceito pode abarcar toda a extensão dos direitos fundamentais, principalmente quando eles forem essenciais para a preservação da democracia, ou seja, para que as pessoas participem do processo democrático não basta a liberdade de expressão e a igualdade formal, é necessário também que elas tenham condições (ainda que básicas) de saúde e educação, para que possam exercer livremente seus direitos e deveres. Democracia exige autonomia dos indivíduos, e a Constituição Federal exige democracia.

Ademais, ao contrário do que faz transparecer o Congresso Nacional com o exagerado número de Emendas à Constituição, a problemática não reside no texto, mas na interpretação dele. Portanto, deve-se fortalecer a atualização da Constituição frente à realidade por meio da interpretação constitucional (mutação, mormente) e não através da inclusão de mais textos na constituição formal. Assim:

Há tão-somente ensejo para reformas derivadas do poder de emendar, nos rigorosos limites do art. 60 da CF, ao lado das aconselhadas “mutações constitucionais” realizadas pela via interpretativa, ambas as vias respeitando e fazendo respeitar os princípios sensíveis, asseguradores dos direitos e garantias individuais. Com efeito, não há sistema – para prosseguir na imagem – que suporte trabalhar permanentemente com o peito aberto, donde segue que se deve suplantar a nefasta tendência de trivialização das emendas...²⁰⁵

Este conceito “constitucionalmente adequado” leva em conta a idéia de que o constitucionalismo e a democracia, ambos, têm, em alguns momentos facetas emancipatórias e, em outros momentos, facetas conservadoras. Deve-se ressaltar, contudo, que nem sempre os direitos fundamentais serão trunfos contra a maioria,

²⁰⁴ Metáfora trazida por Oscar Vilhena Vieira, em: VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 19-21.

²⁰⁵ FREITAS, Juarez. Ob. cit., p. 335-336.

pois, em alguns casos, a mudança (por ser legítima) poderá operar-se contra o Direito. Têm-se consciência de que talvez esta formulação ainda enseje inúmeras questões como, por exemplo: quem diz qual mudança é legítima ou não? Quando haverá a faceta conservadora ou emancipatória do constitucionalismo e da democracia? Quem dirá se a face é conservadora ou emancipatória? Tais questões seguem inconclusas, no entanto, ao explicitá-las cria-se a possibilidade de serem debatidas publicamente, como deve ocorrer em uma sociedade democrática.

No que diz respeito à proibição de retrocesso entende-se (com Ingo Sarlet) que ela deve ser considerada um limite implícito à reforma e deve ser levado em conta pelo legislador (reformador e infraconstitucional principalmente) nas criações de leis orçamentárias, de políticas públicas e de objetivos a serem alcançados pelo Poder Executivo.

Outrossim, em momentos de crise econômica devem ser garantidas condições mínimas de vida aos cidadãos, sendo que o manejo das verbas deve levar em conta tais questões. Poder-se-ia objetar que tal posicionamento seria exageradamente conservador, ou até paternalista. Não é o que ocorre. A idéia sustentada leva em conta que o Brasil é um país periférico e algumas prestações sociais não se constituem em privilégios, pelo contrário, muitas vezes são as garantias mínimas que os cidadãos têm frente às adversidades da vida, por conseguinte não é possível a transposição acrítica de conceitos de realidades diversas.

Já quanto ao direito adquirido, apesar de se ter consciência do seu caráter conservador (em alguns casos), defende-se a sua garantia por duas razões: i) a “flexibilização” da garantia ou a escolha de quando ela poderá ser superada, ou não, é utilitarista e pode ser usada para justificar razões do Estado em detrimento de direitos dos cidadãos; ii) corresponde a uma garantia (uma regra) do Estado Democrático de Direito, que deve ser protegida em prol do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos. Em alguns casos (excepcionais), poderá ocorrer uma mudança contrária ao direito adquirido (afastando as duas razões expostas), mas tal mudança (espera-se) deverá ensejar maior democracia e/ou a ampliação dos direitos fundamentais para os cidadãos, prestando deferência à igualdade – para que não haja discriminações injustas.

Além disso, deve-se questionar de que modo adotar uma teoria absoluta em relação ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, e, ao mesmo tempo,

trabalhar com o princípio da proporcionalidade para determinar o conteúdo do direito (como faz Ingo Sarlet²⁰⁶), quando se tratar de reforma da constituição e não de restrições infraconstitucionais. Pois, como visto, aparentemente, a partir das teorizações de Alexy, tal mescla não seria possível, do mesmo modo, Virgílio Afonso da Silva não defende a teoria relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais para a proteção das cláusulas pétreas. Portanto, cabe a indagação: como ficaria uma ponderação “tópica” de um princípio que faz parte da identidade da Constituição? O ônus argumentativo e o jogo de razões e contra-razões, não seria uma exigência muito fraca para proteger as cláusulas pétreas? Se respeitasse o teste da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, a reforma estaria legitimada? Não se estaria violando a Constituição? Incidindo em verdadeira fraude à Constituição?

²⁰⁶ Cf., *supra*, 4.1.2.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente investigação se propôs a analisar a reforma da constituição e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Evitou-se simplificar as questões decorrentes desta problemática, sobretudo, tendo em vista o relacionamento entre constitucionalismo e democracia nas sociedades periféricas (como o Brasil), nas quais se luta pela implementação das garantias clássicas do Estado Democrático de Direito e dos direitos sociais, típicos do Estado de Bem-Estar Social.

Desse modo, foi analisada a diferença entre o poder constituinte e o poder reforma. Aquele incondicionado, político, verdadeira potência, e este juridicamente condicionado, pois é uma competência e deve obedecer aos limites a ele estabelecidos pela própria Constituição.

Em seguida, abordou-se, ainda que brevemente, alguns fundamentos da reforma (a necessidade de atualização da Constituição, para que ela acompanhe as mudanças da realidade) e ao mesmo tempo a importância da manutenção de alguns conteúdos; destacou-se, também, que a relação entre constitucionalismo e democracia tem um papel principal para que se possa compreender a estática e a dinâmica do texto constitucional, sendo que ambos (constitucionalismo e democracia) terão, em alguns momentos, uma face conservadora, e, em outros, uma face emancipatória.

Após a análise dos legitimados para a propositura da reforma constitucional e seu procedimento no Direito Brasileiro, foram analisados os limites à reforma (circunstanciais, temporais, e expressos) e foi dada ênfase à questão dos limites implícitos. Foi negada a tese da dupla revisão, bem como foi afirmado que a República é um limite implícito e que a Constituição de 1988 é legítima, provavelmente a mais legítima da História do Brasil.

No segundo capítulo, foi investigado o enunciado do inciso IV, do parágrafo 4º, do art. 60 da Constituição Federal, e as questões da indeterminação radical do texto e o seu contexto. A partir de tal investigação, esclareceu-se o que costuma ser chamado de identidade da Constituição, a extensão da proteção outorgada pelo constituinte à cláusula pétrea (do art. 60, § 4º, IV), que corresponde à proteção de todos os direitos fundamentais.

Em um segundo momento foram abordadas as teorias acerca das restrições de direitos fundamentais, em uma questão de ordem: questionou-se a possibilidade

de utilização das teorias sobre restrições de direitos fundamentais (que dizem respeito, somente, a restrições infraconstitucionais) para se analisar o poder de reforma constitucional e a questão dos direitos fundamentais. Escolheu-se o caminho proposto por aqueles que assemelham a reforma da constituição e a restrição, no que diz respeito a direitos fundamentais, para se verificar se tal aproximação era possível à luz das condições impostas pelo Constituinte de 1988. Isto motivou a análise das teorias externas e internas dos direitos fundamentais, bem como dos conceitos de suporte fático amplo e restrito. Foi criticado o suporte restrito pela sua falta de clareza, e, conseqüentemente foi adotada a concepção de suporte fático amplo (pela clareza e coerência). Foram expostas, também, as noções de conteúdo essencial absoluto e relativo, sendo que, conforme a premissa adotada (a distinção entre regras e princípios, conforme Alexy), optou-se pela teoria relativa.

No terceiro capítulo, foram examinados os posicionamentos na doutrina (estado da arte da dogmática constitucional brasileira contemporânea) e na jurisprudência do STF. Foram apresentados os desenvolvimentos levados a cabo por Virgílio Afonso da Silva a partir das teorizações de Alexy e Borowski. Da mesma maneira, foi exposta a sua concepção acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Em seguida, foram apresentadas as idéias de Luís Roberto Barroso, Juarez Freitas e Ingo Sarlet, mormente que os três defendem um conteúdo essencial absoluto - ou "núcleo essencial absoluto", como preferem -, dos direitos fundamentais frente à reforma constitucional, sendo que Ingo Sarlet entende que é necessária uma ponderação tópica para que se estabeleça aquilo que compõe esse núcleo.

Para analisar o posicionamento do STF, foram levantadas duas hipóteses: uma referente à reforma constitucional em geral, e a outra referente ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais. A partir de tais considerações, foram abordadas as questões referentes à proibição de retrocesso e ao problema do ato jurídico perfeito, destacando-se que ambos podem ser óbices à transformação social. Por fim, pretendeu-se apresentar um posicionamento pessoal acerca, sobretudo, das questões do direito adquirido e da proibição de retrocesso, bem como dos diversos posicionamentos doutrinários, destacando-se a complexidade das indagações.

Assim, deve-se responder a questão de ordem feita no item 3.3.1, a partir dos diversos posicionamentos expostos, bem como das considerações feitas. Compreende-se que não é possível, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, equiparar ou até aproximar a metodologia utilizada para resolver questões de restrições de direitos fundamentais (infraconstitucionais, portanto) e o poder de reforma da constituição. Eis que, mesmo sendo uma competência e devendo observar a reserva de constituição, o legislador reformador pode reconfigurar o direito (sem aboli-lo), indo além da mera restrição.

Além disso, o ponto nevrálgico reside na aplicação da regra da proporcionalidade para a determinação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Ora, não se pode permitir a aplicação da ponderação para sopesar os princípios que formam a identidade da Constituição, uma vez que pode resultar conteúdo algum em determinado caso concreto – o que não é admissível, pois estes são o cerne da Constituição –, ou seja, corre-se o risco de incidir em verdadeira erosão da Ordem Constitucional. Todavia, concorda-se com aqueles posicionamentos que defendem um conteúdo absoluto inviolável.

Pois bem, as perguntas que restam são: como estabelecer este conteúdo? Com a utilização da regra da proporcionalidade? Sem ela? Como determinar o conteúdo de cada direito fundamental, de forma clara, nos casos concretos? Tais questões seguem inconclusas e poderão, eventualmente, ser objeto de uma nova pesquisa.

Tratar destes questionamentos publicamente possibilita o desenvolvimento de um instrumental teórico que garanta direitos e fomente a democracia. Porém, cabe sempre o alerta que não se deve constitucionalizar/jurisdicizar tudo. Sempre deve haver um espaço de abertura (dentro do sistema jurídico) para que ocorram as mudanças necessárias, deve haver um espaço para que a cidadania possa ir em busca da política²⁰⁷. Mas o jurista do direito não pode se olvidar de que ele também tem uma função política, que ao interpretar os enunciados jurídicos ele também está construindo, talvez, uma nova ordem social, mais justa, livre e solidária. Ainda, não se pode esquecer que algumas das perguntas feitas só têm respostas para o aqui e

²⁰⁷ Faz-se alusão a obra de Zygmunt Bauman, cf. BAUMAN, Zigmunt. **Em Busca da Política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

o agora, não para um futuro que não se conhece, pois todo conhecimento é provisório. É por isso que se segue Drummond, no poema *Mãos Dadas*²⁰⁸:

Não serei o poeta de um mundo caduco.
Também não cantarei o mundo futuro.
Estou preso à vida e olho meus companheiros.
Estão taciturnos mas nutrem grandes esperanças.
Entre eles, considero a enorme realidade.
O presente é tão grande, mas não nos afastemos.
Não nos afastemos muito, vamos de mãos dadas.
Não serei o cantor de uma mulher, de uma história,
não direi os suspiros ao anoitecer, a paisagem vista da
janela,
não distribuirei entorpecentes ou cartas de suicida,
não fugirei para as ilhas nem serei raptado por serafins.
O tempo é a minha matéria, o tempo presente, os
homens presentes,
a vida presente.

²⁰⁸ ANDRADE, Carlos Drummond de. *Antologia Poética*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1990, p. 118.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, Carlos Drummond de. **Antologia Poética**. 24^a ed. Rio de Janeiro: Record, 1990.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3^a ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ATIENZA, Manuel, **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do poder constituinte. **Revista brasileira de estudos políticos**. Belo Horizonte, n. 52, p. 07-58, jan. 1981.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7^a.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **A doutrina brasileira da efetividade**. In: Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **As Transformações do Direito Constitucional Contemporâneo**: Revisão dos conceitos fundamentais e elementos do novo modelo. 389 p. Tese de Doutorado – UERJ – Setor de Ciências Jurídicas, Rio de Janeiro: 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BAUMAN, Zigmunt. **Em Busca da Política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. 2ª ed. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliese; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Cone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2007.

BRASIL. **Lei de Introdução ao Código Civil**: Código Civil; Código de Processo Civil e Constituição Federal. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 94.414-1/SP. Relator: Ministro Moreira Alves, julgado em 13/02/1985, publicado em 19/04/1985.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 939-7-DF. Relator: Ministro Sydney Sanches, julgada em 15/12/1993, publicada em 18/03/1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23. 047-3./DF. Relator: Sepúlveda Pertence, julgada em 11/02/1998, publicada em 14/11/2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 2024/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 27/10/1999, publicada em 01/12/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 431.121/SP. Relator: Sepúlveda Pertence, julgada em 19/04/2004, publicada em 28/10/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84. 862/RS. Relator: Carlos Velloso, julgada em 22/02/2005, publicada em 15/04/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 427. 339/GO. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 05/04/2005, publicada em 27/05/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 1957/PR. Relator: Ministro Carlos Velloso, julgado em 11/05/2005, publicada em 11/11/2005 .

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82. 959/SP. Relator: Ministro: Marco Aurélio, julgada em 23/02/2006, publicada em 01/09/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.105-8/DF. Relator: Cezar Peluso, julgada em 18/08/2004, publicada em 18/02/2005.

BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir. Direito adquirido contra as emendas constitucionais. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 202, p.75-80, out./dez., 1995.

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário Silveira Bueno da Língua Portuguesa**. 6ª ed. São Paulo: Lisa S/A., 1992.

CAGGIANO, Heloísa Conrado; MACEDO, José Arthur Castillo de. O Julgamento da Adin 3510: Reflexões a partir de Carlos Santiago Nino. In: **Anais da X Jornada de Iniciação Científica da Faculdade de Direito da UFPR**. n.º 3, Curitiba, p. 57-74.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa**, nº 21, 1998, p. 209-220

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 7ª ed. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madri: Trotta, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CHUEIRI, Vera Karam. O discurso do constitucionalismo: governo das leis *versus* governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Direito e Discurso: Discursos do Direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Jurídico como Espaço de Luta. In: **Temas de Direito Constitucional: (E de Teoria do Direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: **Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: O Editor dos Juristas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os Direitos: Elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O controle de Constitucionalidade e efetividade dos Direitos Fundamentais. In: **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Coord. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte, Del Rey. 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração. In: **Constituição e Democracia: Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho**. BONAVIDES, PAULO, et. al. (org.). Malheiros: São Paulo, 2006.

DAHL, Robert. A. **Sobre a Democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora UNB, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad.: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda; LUZ, José Baptista da. **Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *et. all.*. **Novo dicionário básico da língua portuguesa Folha/ Aurélio**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das cláusulas pétreas. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 202, p. 11-17, out./dez. 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os direitos fundamentais: problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 203, p. 1-10, jan.- mar., 1996.

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

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FREITAS, Juarez. A Melhor Interpretação Constitucional Versus a Única Resposta Correta. In: SILVA, Vírgilio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 317-357 .

GARCIA, Maria. A constituição e o direito adquirido. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 12, n. 46, p. 107-116, jan./mar. 2004.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto** . 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a: Interpretação/Aplicação do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GROSSI, Paolo. **Primeira Lição Sobre o Direito**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HABÈRLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOBBSAWN, Eric. **Era dos Extremos: O breve século XX 1914-1991**. 2ª ed. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

HONNETH, Axel. Reconhecimento ou redistribuição? A mudança de perspectiva na ordem moral da sociedade. In: SOUZA, Jessé; MATTOS, Patrícia (org.), **Teoria crítica no século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007.

HOUAISS. DICIONÁRIO HOUAISS. Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=abolir&stype=k>, acesso em: 03/09/2008.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. 3ª ed. **Dicionário Básico de Filosofia**. Verbete: razão. Rio de Janeiro: Jorge Zahar: Rio de Janeiro, 2001.

JEFFERSON, Thomas. **Escritos políticos**. In: WEFFORT, Francisco (Org). Os pensadores. Trad.: Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

KROLL, Heloísa da Silva. **Reforma Constitucional: Fundamentos e limites no cenário democrático-constitucional**. 157 p. Dissertação de Mestrado – UFPR, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2007.

LEBRUN, Gérard. **O que é Poder?** 14ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2004.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Monografia Jurídica**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização Econômica Política e Direito: Análise das Mazelas Causadas no Plano Político Jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis, 2002.

LIPOVESTKY, Gilles. Gilles Lipovetsky: “As Marcas se Tornaram o Sentido da Vida das Pessoas”. **Cult**. São Paulo, n. 120, dez. 2007, p. 10-17. Entrevista.

LOWESTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel 1983.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2.ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980

MENDES, Gilmar. Limites da Revisão: Cláusulas Pétreas ou Garantias de Eternidade Possibilidades Jurídicas de sua Superação. **Ajuris**. Porto Alegre, n. 60, março 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MICHAELIS. Dicionário **MICHAELIS**. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?palavra=abolir>, acesso em> 03/09/2008.

MIRANDA, Jorge. Poder constituinte. **Revista de Direito Público**. São Paulo, n. 80, out./dez. 1986.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. 2. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MORIN, Edgar. Epistemologia da Complexidade. In: SCNITMAN, Dora Fried. (org.). **Novos Paradigmas, Cultura e Subjetividade**. Porto Alegre: Artmed, 1996, p. 274-286.

MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, n. 25, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php>. Acesso em: 18 de março de 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. Max Limonad.

NEGRI, Antonio. **O Poder Constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la Democracia Deliberativa**. Trad. Roberto P. Saba. Gedisa: Barcelona, 1997.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos**. 2ª ed. Astrea: Buenos Aires, 2007.

NINO, Carlos. **Fundamentos de Derecho Constitucional**. 3ª reimpressão. Astrea: Buenos Aires, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas Pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVELLI, Flávio Bauer. Norma constitucional inconstitucional? A propósito do art. 2º, § 2ª, da EC n. 3/93. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: v. 330, p. 63-89, abr./jun. 1995.

PACTO de San José da Costa Rica. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeasjose.htm>. Acesso em: 17/08/2008.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto1.htm>. Acesso em: 18/08/2008.

PESSANHA, Rodrigo Brandão Viveiros. Emendas Constitucionais e Restrições aos Direitos Fundamentais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, nº 6, abr./jun. 2007, p. 109-144.

PINTO, Luzia Marques da Silva. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

PNUD. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2006**. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/rdh/>, acesso em: 05/05/2008.

QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais**: Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RIBEIRO, Renato Janine. **A República**. São Paulo: Publifolha, 2001.

RIBEIRO, Renato Janine. **Democracia versus república: a questão do desejo nas lutas sociais**. Disponível em: <http://www.renatojanine.pro.br/FiloPol/versus.html>. Acesso em: 15/05/2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada, estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Expectativa de Direito e Direito Adquirido como Franquias e Bloqueios da Transformação Social. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada, estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O Poder de Reforma Constitucional**. Salvador: Livraria Progresso, 1954.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direito sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 12, n. 46, p. 42-73, jan. /mar., 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais**: fragmentos de uma teoria. In: Arquivos de direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 63-102.

SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. **Revista Trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro, vol. 20, p. 03-34, out./dez. 2004.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madri: Alianza, 1992.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Trad. Sergio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: que é o terceiro estado?** Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

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

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular: (Estudos Sobre a Constituição)**. Malheiros: São Paulo, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da; CLÉVE, Clèmerson Merlin. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Interpretação Conforme à Constituição de Dispositivos do Código Penal. Declaração de Inconstitucionalidade da Incidência sobre a Hipótese de Antecipação de Parto de Feto Comprovadamente Anencefálico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 241, p. 323-365, Jul./Set. 2005

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no *quorum* de 3/5 para aprovação de emendas. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 226, p. 11-32, out./dez. 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: Mitos e Equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**., n.º 1, p. 607-629, jan./jul., 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais**. 370 p. Tese (para o concurso de cargo de Professor Titular de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Supremo Tribunal Federal. **Crime de Racismo e Anti-semitismo**: um julgamento histórico do STF, (Hábeas corpus nº 82. 424/ RS). Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 88-166.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissa para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-16.

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

VANOSSEI, Jorge Reinaldo. Uma visão atualizada do poder constituinte. In: **Revista de direito constitucional e ciência política**, Rio de Janeiro, n. 01, p. 11-25, jul. 1983.

VIEIRA, José Roberto. **A regra-matriz de incidência do IPI**: Texto e contexto. Curitiba: Juruá, 1993.

VIEIRA, José Roberto. Medidas Provisórias Tributárias e Segurança Jurídica: A Insólita Opção Estatal pelo “Viver Perigosamente”. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). **Segurança Jurídica na Tributação e Estado de Direito**. São Paulo: Noeses, 2005.

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

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2ª ed. aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.