

LIMITES MATERIAIS EXPLÍCITOS E A IRRETROATIVIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Maurício Jorge Pereira da Mota
Procurador do Estado do Rio de Janeiro
Professor de História do Direito da UERJ

SUMÁRIO

1. A discussão sobre a retroatividade de emendas constitucionais. 2. A idéia de irretroatividade das leis. 3. Poder constituinte originário e derivado. 4. Limites materiais do poder constituinte derivado. 5. A regra constitucional da irretroatividade das leis. A) O destinatário da garantia constitucional. B) Sentido e compreensão dessa garantia. C) Caráter absoluto e geral do princípio.

1. A DISCUSSÃO SOBRE A RETROATIVIDADE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS

No início de março de 1995 com o envio pelo Presidente da República ao Congresso Nacional da Proposta de emenda à Constituição nº 33/95 que *modifica o sistema de previdência social e estabelece normas de transição*, recolocou-se na ordem do dia o tema da retroatividade de emendas constitucionais. Isto porque os artigos 9º (VII), 11, 14 e 15 da Proposta incluíam *in fine* de cada disposição modificativa do sistema de previdência social a expressão "*não se podendo invocar direito adquirido*", artifício para possibilitar a aplicação retroativa das referidas mudanças constitucionais.

Tal Proposta, submetida, quanto à sua constitucionalidade, à deliberação da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, sofreu severa crítica do Relatório do Deputado Rodrigues Palma, que argumentou que tal modificação resvalaria em inconstitucionalidade, por manifesta ofensa à garantia entronizada na Lei Maior (art. 5º, XXXVI), porque consumado o ato segundo a lei vigente a seu tempo, ou configuradas todas as condições ou requisitos legais estabelecidos para produzir certa situação, seria inadmissível dentro de um Estado Democrático de Direito torná-los írritos por norma posterior, ainda que de hierarquia constitucional, tanto mais que emanada do poder constituinte derivado.

Reformada a Proposta, rejeitadas, na observância do artigo 60, § 4º, inciso IV da CF, todas as formas proibitivas concernentes à *invocação de direito adquiri-*

do,¹ persiste a discussão jurídica acerca da retroatividade ou não das normas emanadas do poder constituinte reformador ou derivado.

2. A IDÉIA DE IRRETROATIVIDADE DAS LEIS

Ocorre a intertemporalidade conflitual de normas jurídicas quando duas normas - a lei revogada e a lei revogadora - parecem se colocar em posição potencial de regular um mesmo fato da realidade. Cabe ao direito intertemporal dar solução a este conflito, fixando o alcance das normas que se sucedem. O princípio básico dessa matéria é o princípio da não-retroatividade das leis, ou seja, a idéia de que a lei nova não atinge os fatos anteriores ao início de sua vigência. Porém, podem existir casos que se afastem dessa regra, impondo a retroatividade da lei nova. Para disciplinar essas hipóteses a doutrina efetuou uma clássica distinção entre retroatividade máxima, média e mínima. Dá-se a retroatividade máxima, também chamada restitutória, quando a lei nova abrange a coisa julgada (sentença irrecorrível) ou os fatos jurídicos consumados. A retroatividade é média, quando a lei nova atinge os direitos exigíveis mas não realizados antes de sua vigência. A retroatividade é mínima quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos fatos anteriores, verificados após a data em que ela entra em vigor.²

Várias são as doutrinas que procuram fundamentar a idéia da irretroatividade das leis. Podemos agrupá-las fundamentalmente em três tipos de teorias distintas: as objetivas, as subjetivas e as ecléticas. As teorias objetivas englobam as doutrinas fundadas preponderantemente sobre critérios do direito objetivo, tais como o objetivo da lei, a distinção entre direito absoluto e relativo, a estrutura da norma jurídica etc.; na doutrina subjetiva a irretroatividade da lei está ligada à definição de direito adquirido, entendido este como o que pertence a alguém em caráter definitivo e não mais pode lhe ser tirado. As teorias ecléticas visam conciliar esses dois pontos extremos.

No âmbito da teoria subjetiva, a que nos interessa nesse estudo, afirma o mestre italiano Gabba que é perfeitamente justa a aplicação da lei nova a relações constituídas anteriormente, desde que se respeitem todos aqueles direitos adquiridos pelas partes que nestas estejam envolvidas. Assim, o império da lei nova deveria ser restrito àqueles efeitos das relações jurídicas anteriores que, por sua natureza, não poderiam se dizer direitos adquiridos.

Definiu este autor direito adquirido como sendo todo direito que a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo em que veio o ato a se realizar, ainda que o momento de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da vigência de uma nova lei relativa ao mesmo, e que b) nos termos da lei sob cujo império aconteceu o fato de que se originou, passou a fazer parte imediatamente do patrimônio de quem o adquiriu.³

No que se refere ao direito brasileiro desde o Império, o princípio da irretroatividade das leis foi de natureza constitucional. A Constituição de 1946 prescreveu em seu art. 141, § 3º que: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada", princípio que vem se mantendo em todas as posteriores cartas constitucionais.

Dessa natureza constitucional do princípio surgem importantes consequências, como a aplicação deste a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de ordem pública e lei dispositiva.⁴ É idéia assente também, com base na natureza constitucional da irretroatividade, que a lei nova não alcança os efeitos futuros dos contratos celebrados anteriormente a ela e que só atingirá os *facta pendencia* no que não contrariar direito adquirido.⁵

3. PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DERIVADO

Para estabelecermos a relação entre limitações materiais explícitas previstas na Constituição e irretroatividade de emendas constitucionais é essencial delimitarmos as distinções, quanto à extensão dos poderes, entre poder constituinte originário e poder constituinte reformador ou derivado.

O poder constituinte originário é um poder inicial, autônomo e incondicionado. Ele é inicial porque não existe acima dele, nem de fato, nem de direito, nenhum outro poder. É nele que se exprime, por excelência, a vontade do soberano. Ele está colocado na interseção da política com o direito, entre a aparente desordem revolucionária e a ordem do regime que dela resulta.⁶

A idéia de um poder constituinte distinto dos poderes constituídos e superior a eles se exprime, pela primeira vez, no pensamento político francês da época revolucionária, e particularmente, pela pena do abade Sieyès. É este que vai desenvolver o conceito de Nação como povo com unidade política, com capacidade de criar e com consciência de sua singularidade e vontade de existência política.⁷ A nação é assim o sujeito do poder constituinte originário. Ao contrário do governo que não pode senão pertencer ao direito positivo a nação é uma realidade de direito natural. Sua formação sendo natural não pode estar submetida a nenhuma constituição. É ela, ao contrário, que estabelece e muda as constituições sem estar sujeita a nenhuma regra anterior. Daí a anterioridade do poder constituinte originário a todos os poderes estabelecidos e a superioridade de suas decisões.⁸

Nesta formulação se estabelece a diferença primordial entre o poder constituinte originário e derivado. Os poderes constituídos não existem senão dentro do Estado: são inseparáveis de uma ordem estatutária preestabelecida. O poder constituinte originário, ao contrário, se situa fora do Estado; ele existe sem o Estado. A extensão de seus poderes é incondicionada: o poder constituinte originário se caracteriza por uma liberdade total. Juridicamente essa independência se ex-

pressa na idéia de que ele é um poder com competência total que nenhuma regra anterior, nem de fundo nem de forma, pode sujeitá-lo e que sendo a origem de todo ordenamento jurídico ele pode ab-rogar ou modificar qualquer regra. Ao contrário do poder constituinte originário que é absolutamente livre, o poder derivado é, em sua essência mesmo, um poder limitado. O Poder reformador é de natureza constituída pois encontra a sua base na Constituição que lhe traça os contornos e estabelece o processo de sua atuação. É um poder de direito, regado e limitado pelas normas constitucionais. Embora seja vontade política ainda em sentido amplo, já está condicionado por uma ordem jurídica.

Carl Schmitt elabora conhecida distinção entre Constituição e leis constitucionais. Considera a primeira como decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política (estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática etc.) e as leis constitucionais como os demais dispositivos inseridos no texto do documento constitucional, mas que não contém matéria de decisão política fundamental.⁹ Dentro dessa concepção o autor estabelece os limites da faculdade de reformar a Constituição, argumentando que estas reformas não podem atingir a própria essência das decisões fundamentais estabelecidas pelo Poder Constituinte originário.¹⁰ Deste modo, conforme esclarece Schmitt, o poder constituinte derivado é restringido pelas limitações materiais previstas na Constituição: "*nenhuma competência é ilimitada*", pelos limites formais implícitos das regras concernentes a tramitação de emendas constitucionais que não podem ser alteradas e pelos limites proibitivos da reforma total da Constituição ou da mudança de regime estabelecido pelo poder constituinte originário.

Consoante com esse posicionamento da doutrina o Supremo Tribunal Federal tem fixado limites ao poder do constituinte derivado, como o fez ao considerar inconstitucional o § 2º do art. 2º da Emenda Constitucional nº 3 (ADIn 939-7-DF, rel. Min. Sidney Sanches, DJU, 21 jan. 1994, p. 193) que excluía do princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, b) o IPMF e vedou sua cobrança no mesmo exercício em que instituído.

Expressou o STF o entendimento de que uma Emenda Constitucional emanada, portanto, do exercício do poder constituinte derivado, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, por violação às cláusulas pétreas da Constituição (art. 60, § 4º, CF).

Portanto, caracterizado o caráter limitado do poder constituinte derivado, examinemos agora a extensão desses limites.

4. LIMITES MATERIAIS DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO

Cláusulas pétreas são cláusulas de irreformabilidade total ou parcial da Constituição, em defesa da perenidade da obra do legislador constitucional, limi-

tes fixados ao conteúdo ou substância de uma reforma constitucional e que operam como verdadeiras restrições ao exercício do Poder constituinte derivado.

O estabelecimento de limites materiais ao poder de revisão sofreu vigorosa oposição da doutrina positivista dominante, que, em sua quase unanimidade, não admitia a existência de tais limites. Para tais doutrinadores, desde que fossem respeitadas as regras de forma previstas na Constituição (regularidade, competência e processo) para a revisão, o legislador constitucional derivado poderia modificar a Constituição como bem entendesse, inclusive ab-rogando-a por uma revisão total.¹¹

Foi Carl Schmitt em sua *Teoria da Constituição* que sustentou pela primeira vez de forma sistemática a tese de limitação material da revisão. Fazendo uso de amplos exemplos históricos demonstrou esse autor de modo completo que a faculdade de reformar e de completar a Constituição não poderia ser ilimitada e não autorizaria a supressão daquelas decisões constitucionais fundamentais tomadas pelo constituinte originário.

As Constituições modernas consagraram o princípio doutrinário da limitação material do poder de revisão. Assim, expressamente o adotam a Constituição francesa de 1958 (art. 89, al. 5); a Constituição italiana de 1947 (art. 139); A Lei Fundamental da República Alemã de 1949 (art. 79, al. 3); a Constituição da Venezuela de 1961 (art. 3º); Constituição da República portuguesa de 1976 (art. 290); Constituição brasileira de 1988 (art. 60, § 4º).

O princípio norteador do estabelecimento de cláusulas pétreas na Constituição é a idéia de que não pode haver um aniquilamento da obra constitucional por parte do poder de revisão. A teoria da limitação material da revisão é uma reação contra a suposta neutralidade da revisão constitucional. Uma revisão constitucional não pode jamais ser neutra em relação aos valores da Constituição que ela pretende revisar. Ela deve, ao contrário, ser parcial no sentido de garantir e proteger a Constituição que a previu. Uma Constituição não pode fornecer um método legal para abolição de sua própria legalidade, e muito menos, um meio legítimo de destruição de sua própria legitimidade.¹²

5. A REGRA CONSTITUCIONAL DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS

a) Destinatário da garantia constitucional

O princípio constitucional da irretroatividade das leis está expresso na forma de que "*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*".

Constitui o inciso XXXVI do art. 5º da Carta Magna, parte do Título II, *Dos direitos e garantias fundamentais*, e, como tal, norma constitucional enunciativa

de direito individual, expressamente protegida pelo art. 60, § 4º, IV, da CF. Surge entretanto a questão de se saber qual é o destinatário do mandamento constitucional que tem por conteúdo esse princípio. Destina-se ele tão-somente ao legislador ordinário ou é, ao contrário, norma obrigatória para todos os órgãos que têm a investidura de formular a vontade legislativa do Estado, e, por conseguinte, uma norma destinada tanto ao legislador ordinário quanto ao legislador constituinte derivado?

Os mandamentos constitucionais obrigam todos os órgãos do Estado e também o legislador. É o princípio da supremacia da Constituição, ou seja, a idéia de que a Constituição possui superioridade jurídica sobre todos os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental. Assim também sucede-se com o poder constituinte derivado que está sujeito a todas as limitações (procedimentais, temporais, circunstanciais e materiais implícitas) e também às chamadas cláusulas pétreas, limitações materiais expressas, cujos ditames (proibição de deliberação acerca de propostas de emendas referentes a determinadas matérias) só pode ter por destinatário o poder reformador. Argumenta, com argúcia, Célio Borja que essa proteção especial não visa aos avanços da legislatura ordinária, que se anulam mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, em aplicação do princípio *lex superior inferiori derogat*, mas, sim, que essas salvaguardas só podem ter por objeto as inovações que o poder constituinte derivado - que reside permanentemente na legislatura ordinária - queira introduzir na Constituição, aplicando o princípio *lex posterior priori derogat*.¹³

Deste modo, também o poder constituinte derivado deve, em suas manifestações, observar os preceitos estabelecidos no citado § 4º, IV, não podendo produzir inovações tendentes a abolir os direitos e garantias individuais. A observância de tais limites decorre de sua natureza de poder constituído e limitado. Assim, deve o poder derivado observar os limites de todos os direitos e garantias individuais expressos no art. 5º da Constituição e, dentre estes, o do princípio constitucional de irretroatividade das leis. Como conclui em feliz síntese Luís Roberto Barroso:

“É bem de ver que a regra do art. 5º, XXXVI, dirige-se, primariamente, ao legislador, e, reflexamente, aos órgãos judiciários e administrativos. Seu alcance atinge, também, o constituinte derivado, haja vista que a não retroação, nas hipóteses constitucionais, configura direito individual, que, como tal, é protegido pelas limitações materiais do art. 60, § 4º, IV. Disso resulta que as emendas à Constituição, tanto quanto as leis infraconstitucionais, não podem malferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”¹⁴

b) Sentido e compreensão dessa garantia

Em resumo, fica claro, pela exposição anterior, que o mandamento constitucional de irretroatividade das leis, por se constituir em direito individual irreformável, vincula também o poder constituinte derivado, que não poderá eficazmente propor emenda constitucional **tendente** a abolir o direito adquirido.

Uma outra discussão entretanto se coloca em primeiro plano: quais são os limites e o alcance da proibição prevista no inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição? Ou, dito de outra maneira, a partir de que momento se considera que uma emenda constitucional está tendendo a abolir um direito ou garantia individual?

Muitos doutrinadores consideram que tais salvaguardas não impedem a modificação de certas disposições atinentes aos direitos e garantias individuais, procurando a tutela constitucional proteger instituições e não determinadas disposições casuisticamente expressas pelo constituinte originário. Estas poderiam ser modificadas e mesmo suprimidas, desde que se mantivesse intangível o princípio que justificou sua criação. Como bem expõe Célio Borja:

“Outra questão controvertida é a que diz com o alcance das proibições dos incisos I a IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição.

Parece-me que, na conformidade do que, antes, afirmei, o propósito do constituinte originário foi o de conceder tutela especial a certas instituições que ele teve por essenciais à democracia e à federação. **Daí não se segue que as disposições, mediante as quais essas instituições foram constitucionalizadas, sejam inamovíveis ou irretocáveis.**

Nada sofreria o regime democrático se, porventura, algumas disposições relativas a direitos individuais fossem aditadas e outras suprimidas. Pergunto-me se a democracia brasileira seria desfigurada se a Constituição passasse a admitir a extradição de brasileiro, se excluísse das sanções da lei penal que menciona (art. 5º, XLVI), a prestação social alternativa, ou se incluísse, entre as admissíveis, a pena de morte - embora eu a considere, a exemplo da maioria dos juristas, altamente perigosa e inconveniente.

(...) De outra parte, indago se o constituinte derivado está impedido de tornar mais federativa a nossa federação, ampliando, por exemplo, a competência jurisdicional dos Estados, autonomizando-lhes o direito administrativo hoje jungido ao da União, liberando-os para organizarem os seus poderes públicos, com observância, é certo, dos princípios essenciais da democracia representativa e do Estado federal?

(...) **A Constituição protege instituições, não disposições.**¹⁵

Vislumbra-se, pelo trecho citado, as inúmeras questões que afloram dessa problemática da extensão das proibições contidas nas cláusulas pétreas. Desde já devem ser estabelecidas algumas balizas para orientar essa discussão. Em primeiro lugar, examinemos as mudanças constitucionais destinadas a ampliar as matérias protegidas pelo art. 60, § 4º.

É fato que o direito existe para realizar-se; no nível lógico, nenhuma lei, qualquer que seja sua hierarquia, é editada para não ser cumprida. Assim, se uma determinada disposição constitucional não está mais cumprindo aquele papel para o qual foi criada, ou o está fazendo de forma imperfeita, urge que seja substituída por outra mais adequada à realidade social e que amplie as garantias ou renove a instituição ineficaz. A permissão constitucional implícita para ampliação das garantias ou aumento das formas federativa e democrática do Estado brasileiro é uma decorrência do princípio maior da efetividade da Constituição.

Outra questão relevante levantada no texto é a de se saber em que medida disposições particulares da Constituição podem ser consideradas instituições inerentes ao resguardo dos direitos individuais da coletividade.

A idéia de direitos fundamentais a serem assegurados constitucionalmente vem se modificando em muito ao longo do desenvolvimento do processo histórico. Os direitos fundamentais em sua acepção moderna, como direitos de caráter geral e universal inerentes à pessoa humana, tendem a conter toda a vida comunitária, avolumando o que, como tais, são considerados esses direitos. Esse processo de alargamento, intensivo e extensivo, natural num ambiente de socialização, corre o risco de exceder-se quando é dominado por uma preocupação maximalista de enquadramento e proteção. Cumpre portanto delimitar precisamente o que sejam direitos e garantias individuais, dando autonomia institucional ao conjunto que formam. Apenas estes, assim materialmente considerados, estariam protegidos contra a supressão pelo poder constituinte derivado.

Como estabelecer porém esses critérios de distinção do que sejam direitos materialmente fundamentais e outras condições inseridas pelo constituinte originário como tais? O constitucionalista português José Carlos Vieira de Andrade estabelece interessantes critérios para operar essa distinção.

Argumenta ele que os preceitos relativos a direitos fundamentais distinguem-se dos outros por atribuírem posições jurídicas subjetivas (universais e permanentes) a todas ou a certas categorias de indivíduos e que esse elemento subjetivo é preponderante na **estrutura** dos preceitos e na sua **forma** de normação. Argumenta, a seguir, que a **função** desses preceitos há de ser a proteção e a garantia de determinados bens (jurídicos) das pessoas ou de certo conteúdo das suas posições ou relações na sociedade. Os preceitos que não atribuam posições jurídicas subjetivas só pertencem à matéria dos direitos fundamentais se contive-

rem normas que se destinem diretamente e por via principal a garantir essas posições jurídicas. Doutrina, por fim, que a consagração de um conjunto de direitos fundamentais tem uma **intenção** específica: explicitar uma idéia de Homem, decantada pela consciência universal ao longo dos tempos e substanciada num princípio maior de valor: **o princípio da dignidade da pessoa humana**.¹⁶

Procura ainda este autor distinguir as garantias institucionais dos direitos fundamentais das condições gerais objetivas de realização desses direitos. Expressa Vieira de Andrade que, no primeiro caso, encontramos ainda no campo dos direitos fundamentais; no segundo, a matéria é já outra: constituição econômica ou organização política e administrativa.

Assim, por exemplo, os princípios de separação dos poderes, da representação política de base eletiva, do pluralismo de expressão e organização políticas, da descentralização administrativa, da participação, da independência do poder judicial, da isenção das Forças Armadas, etc. condicionam e garantem o exercício dos direitos políticos e das liberdades cívicas, dos direitos pessoais e dos direitos sociais, mas não constituem em si, nem nas suas reações diretas, matéria de direitos fundamentais.¹⁷

De posse desses elementos, podemos intentar responder a questão que colocamos anteriormente, a de saber se a supressão de um ou outro direito ou garantia individual pode configurar realmente um atentado ao princípio maior de proteção dos direitos e garantias fundamentais. Como vimos, só pode ser considerado direito fundamental aquele que se enquadre no triplice critério de determinação material de tal direito: atribua uma posição jurídica subjetiva, universal e permanente a todas ou a certas categorias de indivíduos; tenha como função a proteção e a garantia de determinados bens jurídicos das pessoas ou de certo conteúdo de suas posições ou relações na sociedade; tenha a intenção específica de resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Deste modo, o direito à vida tem seu corolário na proibição da pena de morte, garantia constitucional relativa à aplicação da pena. Esta constitui uma garantia institucional de um direito fundamental (o direito à vida) porque atribui de forma universal e permanente a todos uma posição jurídica subjetiva (a de não ser condenado, por mais hediondo que tenha sido seu crime, a pena privativa da vida), tem como função a proteção e garantia de um bem jurídico fundamental (a vida) e tem a intenção específica de resguardar a dignidade humana ao fixar a inviolabilidade do mais primário e absoluto dos direitos, o direito à vida. Constitui-se assim numa decisão política fundamental do constituinte originário, direito materialmente fundamental, que não pode ser suprimido pelo poder constituinte derivado. Em outro caso, o princípio da igualdade de todos perante a lei (art. 5º, *caput* e I; art. 3º, IV), constitui este também um direito fundamental porque investe a todos permanentemente em uma posição jurídica subjetiva (a de ser tratado

pela lei de maneira igual - com os mesmos ônus e vantagens - àquele que se encontra em situação idêntica à sua); tem a função de proteger e garantir um bem jurídico fundamental (a igualdade na lei de todos que se encontram em situações idênticas) e intenciona também o resguardo da dignidade humana, na medida em que reafirma a igualdade substancial de todos os homens como uma decorrência da natureza humana. Também essa decisão política fundamental não é passível de supressão pelo constituinte derivado, por se constituir num direito materialmente fundamental, protegido pelas cláusulas pétreas.

Entretanto, o princípio assecuratório da proteção reforçada dos direitos e garantias individuais em nada seria atingido se fosse suprimida a prestação social alternativa prevista no art. 5º, XLVI, d, da CF. Porque tal disposição constitui apenas uma condição objetiva de realização da garantia da individualização da pena, forma dessa garantia e, como tal, matéria de organização administrativa do Estado. O que a Constituição protege e não pode ser suprimido é a garantia do direito à segurança em matéria penal, consubstanciada pelo princípio da individualização da pena (ajuste da aplicação da pena à situação de cada indivíduo) e não a forma particular pela qual esta é realizada. Assim, tal garantia não se constitui materialmente uma garantia de um direito fundamental e, portanto, pode vir a ser suprimida pelo legislador constituinte derivado, se este julgar adequado assim proceder.

Definido o que sejam direitos e garantias materialmente fundamentais, insuscetíveis de supressão por decisão do poder reformador examinemos as mudanças constitucionais destinadas não a suprimir essas disposições mas a restringi-las, seja alterando o seu conteúdo, seja limitando o âmbito daqueles aptos a invocá-las.

De que maneira o constituinte derivado pode fazê-lo? Os direitos, liberdades e garantias individuais são decisões constitucionais fundamentais tomadas pelo constituinte originário e, como tais, só podem ser restringidas por exceção. O princípio que rege a matéria é a excepcionalidade da restrição.¹⁸

A Constituição Portuguesa de 1976 delimitou bem as limitações que sofrem as normas restritivas dos direitos e garantias fundamentais ao prever que a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, **devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.**¹⁹

Portanto, toda e qualquer proibição que viole o conteúdo essencial de um direito fundamental é uma disposição inconstitucional, inclusive aquelas decorrentes do exercício do poder constituinte derivado. Como bem esclarece Vieira de Andrade, os direitos fundamentais possuem em si mesmos um limite fixo, um mínimo de valor inatacável para o qual existe uma proibição absoluta de reforma.²⁰ A Constituição brasileira, embora não tão explícita quanto a portuguesa,

assim o reconhece ao dispor em seu art. 60, § 4º, IV, que "não será objeto de deliberação proposta **tendente a abolir os direitos e garantias individuais**". A expressão legal "tendente a abolir" expressa implicitamente a idéia de um conteúdo mínimo imodificável, que não se confunde com a ab-rogação absoluta.

A doutrina constitucional estrangeira mais moderna estabeleceu esse conteúdo essencial como limite absoluto ao poder de emenda.²¹ É o entendimento também de Flávio Bauer Novelli que, analisando a Emenda Constitucional nº 3/93 que excluiu o IPMF do âmbito material de incidência dos preceitos constitucionais respeitantes à anterioridade e à imunidade tributária, também expressou entendimento que uma emenda constitucional não pode violar o conteúdo essencial, os princípios estruturantes de um direito fundamental.²²

Esse mínimo de valor inatacável, um limite absoluto de conteúdo essencial abrange a proibição de restrição desnecessária ou desproporcionada de direitos quando em conflito com outros direitos fundamentais assegurados pela Constituição.²³ Nesse sentido, o conceito de mínimo do direito inatacável é um conceito não apenas estático (absoluto em si mesmo) mas também dinâmico, envolvendo as relações de cada direito fundamental com os demais.

Esse conteúdo essencial é, em cada um dos direitos fundamentais referidos, a dignidade da pessoa humana, princípio que constitui um dos fundamentos do Estado democrático de direito brasileiro (art. 1º, III, CF). Esta dignidade é a base de todos os direitos fundamentais e princípio de sua unidade material, sendo insuscetível de supressão o conteúdo do preceito constitucional que realiza esse valor.²⁴ O limite ao poder constituinte derivado que reside permanentemente no Legislativo é o de que ele não pode atentar contra as exigências mínimas de valor que, por serem projeção da idéia de dignidade humana, constituem o fundamento e a essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos fundamentais.²⁵

O valor fundante da dignidade da pessoa humana projeta sua influência a esses direitos fundamentais, de modo que, a violação de um direito subjetivo individual assecuratório dessa dignidade se constituirá numa violação do conteúdo essencial do preceito, o que é constitucionalmente vedado.

Doutrina o constitucionalista Vieira de Andrade que, em relação a outros direitos que dizem respeito a aspectos específicos da vida dos indivíduos, seria já admissível, em circunstâncias excepcionais ou especiais, a sua anulação parcial. Mas essa restrição nunca poderá ser absoluta: nem poderá abranger todos ou a generalidade dos domínios da vida desses indivíduos.²⁶

Em relação ao aspecto dinâmico dos direitos fundamentais, suas relações conflituosas com outros direitos e interesses, o princípio da dignidade da pessoa humana também impõe restrições consubstanciadas nas indagações acerca dos

motivos e fundamentos do processo de restrição. O valor constitucional só é efetivamente protegido se se exigir que a eventual restrição seja justificada pela necessidade de proteger um bem constitucionalmente valioso e só na proporção dessa necessidade.²⁷

A restrição aos direitos fundamentais também só poderá ser geral e abstrata, isto é, aplicável a todas as pessoas ou a toda uma categoria de pessoas (proibição de leis individuais) e não pode ter como objeto um caso concreto, ou melhor, deve ser suscetível de aplicação a um número indeterminável de casos (proibição de leis concretas), dentro da idéia maior de igualdade na lei, ou seja, com proibição de privilégios e de discriminações arbitrárias ou injustificadas.²⁸

Definidos esses parâmetros do conteúdo essencial dos direitos fundamentais que não podem ser violados pelo constituinte derivado, passemos a examinar a especificidade de que se reveste a garantia constitucional individual de salvaguarda da estabilidade dos direitos subjetivos, a proibição de irretroatividade das leis.

c) Caráter absoluto e geral do princípio

Estabelecido o princípio de que o poder constituído não pode editar normas jurídicas para restringir o conteúdo essencial de um direito ou de uma garantia fundamental, vejamos em que consiste esse conteúdo essencial no caso de garantia constitucional expressa no art. 5º, XXXVI, da CF.

A cláusula relativa à segurança das relações jurídicas e estabilidade dos direitos subjetivos consubstanciada na observância pela lei nova dos direitos adquiridos é uma garantia que assegura o respeito a todos os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Quando a Constituição assegura a vida, a privacidade, a igualdade, a liberdade, a propriedade e os demais direitos individuais, ela os assegura dentro do princípio da proteção jurídica da confiança dos cidadãos, ou seja, dentro do entendimento de que as novas leis que estabelecerem restrições nessas matérias não poderão prejudicar os direitos já adquiridos.

Por isso a Constituição não admite a derrogação legal do princípio por ela estabelecido, com a única exceção para os casos expressamente previstos no texto da Lei Maior pelo constituinte originário (art. 17 do ADCT, por exemplo). Esse princípio ela o enuncia em termos absolutos, com isso manifestando a intenção de que ele se torne efetivo em toda a latitude do seu sentido e em qualquer circunstância, seja qual for a situação ou condição da pessoa, a natureza da coisa, a espécie da relação ou o estado de fato que a lei pretenda reger. Não pode haver condições para o princípio do respeito ao direito adquirido. Ou este é respeitado pelo legislador (seja o legislador ordinário, seja o constituinte derivado) ou não é. No primeiro caso estamos diante de um Estado democrático de direito que

tutela a segurança jurídica dos seus cidadãos; no segundo caso estamos diante de um Estado que não pode mais ser qualificado de democrático pois as relações sociais não têm segurança jurídica, podendo vir a ser amanhã modificadas com efeitos retroativos, sem assegurar os direitos já adquiridos pelos indivíduos.

O princípio do direito adquirido não incide tão-somente em algumas relações sociais precisas. Ele se difunde por todo o conjunto de relações que possam constituir objeto de regulamentação jurídica ou sejam suscetíveis de configurarem-se em conteúdo de um ato jurídico. Não é princípio adstrito a um aspecto ou forma de organização social; é um postulado de ordem geral, destinado a reger o comércio jurídico em todas as suas modalidades, de modo a assegurar, particularmente numa democracia, a confiança dos cidadãos e a segurança jurídica das relações sociais. Com tal latitude não pode admitir quaisquer exceções derivadas do poder constituído pois tal desiderato consistiria na supressão da própria idéia de Direito que o constituinte originário quis estabelecer. Nesse sentido a lei, seja ordinária, seja oriunda do poder constituinte derivado, deverá respeitar sempre o direito adquirido. É uma garantia constitucional incondicionada ou absoluta. Não tolera limitações, não admite exceção, seja qual for o motivo invocado; lei de espécie alguma, nenhum poder, nenhuma autoridade poderá, direta ou indiretamente, de modo manifesto ou sub-reptício, mediante ação ou omissão, derrogar a garantia do respeito ao direito adquirido.

Cumprido examinar de modo mais detido esse caráter absoluto e geral do princípio constitucional do respeito ao direito adquirido e verificar se esse caráter absoluto efetivamente decore do nosso sistema constitucional.

O conceito de direito adquirido deve assim resultar do nosso tipo de Constituição, uma Constituição democrática, social e participativa, que não se limita a organizar o poder com o fim exclusivo de torná-lo capaz de ação, mas que o organiza de determinada maneira, para que ele não possa exercer-se arbitrariamente e para que com ele possa conviver, assegurada a inviolabilidade da sua autonomia, a ordem da liberdade ou dos direitos individuais. Em tal tipo de Constituição o respeito ao direito adquirido não pode ser o mesmo de que resulta de um sistema diferente de Constituição. Há de ser um conceito adequado ao tipo particular de Constituição que postula ao lado da ordem do poder, e acima desta ordem, a ordem da liberdade, ou a existência de uma esfera de ação reservada inteiramente à autonomia da vontade individual. O conceito de respeito ao direito adquirido, em tal sistema de Constituição, não pode deixar de ser o conceito de respeito ao direito adquirido como direito absoluto e geral, ou a vedação, ainda que implícita, ao Poder Legislativo de editar para a esfera reservada à liberdade ou aos direitos individuais, medidas retroativas restritivas desses direitos, sejam estas concebidas em termos gerais, ou tenham como objeto uma classe ou ordem especial de relações.

De outra maneira a enunciação constitucional dos direitos individuais seria apenas um discurso sem qualquer alcance de ordem prática. De que valeria, com efeito a declaração de direitos, se ao Poder Legislativo continuasse reservada, por via de emenda constitucional, a faculdade de intervir na esfera da liberdade individual, modificando retroativamente o estatuto jurídico, pessoal ou patrimonial dos indivíduos, sob o argumento de duvidosas necessidades de ordem pública, estabelecendo que para alguns casos e para certas pessoas não valeria a invocação de direitos adquiridos, estabelecendo, assim, discriminações onde o que a Constituição entendeu garantir foi precisamente a igualdade de exercício de direitos?

Que sentido teria a garantia de não extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (art. 5º, LII) se o Poder Legislativo pudesse, por via de emenda constitucional, suprimir ou reformar expressamente tal garantia (deixando-a ao alvedrio do Presidente da República, por exemplo) e aplicá-la retroativamente a indivíduos nessa condição? Como entender que existe um direito de propriedade assegurado a todos, se ao Poder Legislativo fosse dado alterar, nas mesmas condições do exemplo anterior, o regime jurídico da propriedade, agravando esse regime, e impor retroativamente essa restrição do direito àqueles que já houvessem adquirido sua propriedade em conformidade com a lei então vigente?

Assim restariam insubsistentes todos os direitos e garantias assegurados pelo art. 5º da Constituição, que poderiam ser modificados e desrespeitados pela simples aplicação retroativa da nova emenda constitucional, sem respeitar direitos adquiridos.

De toda essa sorte de considerações resulta, portanto, que a garantia suprema ou a garantia que em última instância assegura e garante as garantias particulares constantes no título constitucional dos direitos e garantias individuais é o conceito de respeito ao direito adquirido, com endereço indeterminado e conteúdo geral, não podendo a lei retroagir para restringir direitos seja em referência à espécie, à classe lógica, à ordem dos fatos ou a qualquer outro padrão de diferenciação.

Assim é inevitável a conclusão de que o conceito de respeito ao direito adquirido como sendo tão-somente um princípio absoluto e geral, válido para todos os casos de exercício de direitos individuais, resulta do nosso sistema constitucional, particularmente por força dos termos em que a Constituição declara os direitos ou as garantias individuais.

Esta foi a solução expressamente adotada pela Constituição portuguesa, que, através da LC nº 1/82 (Revisão Constitucional) estabeleceu a proibição absoluta da retroatividade das leis restritivas de direitos individuais (arts. 18º/3 e 17º). Como bem esclarece Canotilho:

“O princípio da não retroatividade não é um princípio constitucional irrestritamente válido na ordem jurídica portuguesa, mas é-o, sem quaisquer exceções, no que respeita a leis restritivas de direitos, liberdades e garantias ou de direitos análogos (arts. 18º/3 e 17º). Com a LC nº 1/82 o princípio da não-retroatividade deixou de ser um princípio circunscrito ao âmbito penal (art. 29º) para passar a princípio geral das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias”.²⁹

Chega-se à mesma conclusão examinando-se o problema à luz da dogmática jurídica concernente ao pressuposto do núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado. Tal conteúdo essencial tem como objeto de proteção tanto a norma objetiva quanto o direito subjetivo individual. O objeto da proteção é tanto a garantia geral e abstrata prevista na norma quanto a posição jurídica concreta do particular. Isto porque visa-se tanto assegurar a eficácia de um direito fundamental na sua globalidade quanto procura-se afirmar que, em caso algum, pode ser sacrificado o direito subjetivo de um homem, a ponto de, para ele, esse direito deixar de ter qualquer significado.³⁰ Assim, a ponderação acerca da objetividade da norma que, inúmeras vezes, impõe a restrição de direitos e garantias fundamentais, em nome do interesse maior da comunidade, não pode todavia ultrapassar o limite expresso no caráter absoluto do regramento do direito adquirido, pois, tal infração atingiria o cerne do direito subjetivo indisponível. É o que bem expõe Gilmar Ferreira Mendes ao analisar a reforma monetária de 1990 que alterou o padrão monetário do país de cruzado novo para cruzeiro. Argumentando em favor da constitucionalidade da lei que instituiu o novo padrão monetário, este argumenta que a medida só se manteve no padrão da razoabilidade porque, na ponderação da proporcionalidade entre o interesse particular e o público, permaneceu intocável o núcleo essencial do direito de propriedade (direito adquirido de acordo com a lei então vigente) sobre os depósitos bloqueados como também se houve por bem compensar os eventuais atingidos, por meio da garantia da correção do valor real da moeda substituída, durante o tempo da retenção.³¹

Essa idéia de que o núcleo essencial constitui um valor de proteção absoluto, que a confrontação com outros direitos, bens e garantias só pode efetuar-se até esse limite mínimo irrestringível é bem expressa por Canotilho que, com base em diversos Acórdãos do Tribunal Constitucional, ressalta o princípio da existência de um reduto último intransponível por qualquer medida legal restritiva (Cfr. Acs. TC 8/84, DR II, 3/5/86; 76/85, DR II, 16.1.85; 31/87, DR II, 1/4/87).³²

Estabelecido o caráter absoluto da garantia constitucional da irretratividade das leis é necessário delimitar o alcance dessa garantia. O Prof. J. J. Gomes Canotilho esclarece a questão distinguindo retroatividade autêntica (retroatividade máxima) e retrospectividade (retroatividade mínima). Esclarece esse autor que,

em ambos os casos, aplica-se o princípio constitucional da irretroatividade das leis, e o conseqüente respeito aos direitos já adquiridos.³³

Esta colocação coaduna-se perfeitamente a nosso sistema porque também em nosso sistema entende-se que a chamada aplicação imediata da lei a efeitos presentes de fatos pretéritos, também modifica a causa dos fatos e assim retroage para modificar esses fatos.³⁴

Concluindo, portanto, fica assente, em face de todo o conteúdo anteriormente exposto, que a regra do artigo 5º, XXXVI, da CF, configura direito individual protegido pelas limitações materiais do art. 60, § 4º, IV, e, em conseqüência, as emendas à Constituição, tanto quanto as leis infraconstitucionais não podem malferir o direito adquirido. Este também, como garantia maior das demais garantias constitucionais, é de natureza absoluto (seu conteúdo essencial) e, portanto, não poderá ser restringida sua proteção em nenhum aspecto das relações jurídicas dos indivíduos.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BEAUD, Olivier. *La puissance de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.
- BORJA, Célio. *A reforma da Constituição e as cláusulas pétreas*. Palestra proferida na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em 10.02.95.
- BURDEAU, Georges. *Traité de science politique* - Tome III. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950.
- Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. *Proposta de Emenda Constitucional nº 33/95 modificada pelas emendas da Comissão*. Brasília, maio de 1995 - xerox da versão modificada da Emenda.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional* - Volume II - Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* - 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1986.
- GABBA, C.F. *Teoria della retroattività delle legge* - Vol. I - 3ª ed. Roma, 1891.
- MALBERG, Carré de. *Contribution à la Théorie de l'État* - Tome II - Paris: Recueil Sirey, 1922.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. 2ª ed. - Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.
- MENDES, Gilmar Ferreira. "A reforma monetária de 1990: problemática jurídica da chamada 'retenção de ativos financeiros' (Lei nº 8.024, de 12-4-1990)". *Revista de Informação Legislativa* - Brasília, vol. 28, nº 112, pp. 235-298, out/dez 1991.
- MORTATI, Constantino. "Concetto, limiti, procedimento della revizione costituzionale". *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*. Milão: Giuffrè, 1952.

NOVELLI, Flávio Bauer. Norma constitucional inconstitucional? A propósito do art. 2º, § 2º, da Emenda constitucional nº 3/93. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ* nº 2 - Rio de Janeiro: UERJ, 1994.

PALMA, Rodrigues. *Relatório à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação*. Brasília, Câmara dos Deputados, abril de 1995 - xerox do Relatório.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de Direito Romano*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editorial Peixoto SA, 1943.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madri: Alianza Universidad Textos, 1992.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *O que é o Terceiro Estado?* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493-DF - Voto do Ministro Moreira Alves. *Revista Trimestral de Jurisprudência do STF* nº 143.

NOTAS

1. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. *Proposta de Emenda Constitucional nº 33/95 modificada pelas emendas da Comissão*. Brasília: maio de 1995 - xerox da versão modificada da Emenda.
2. PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de Direito Romano*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editorial Peixoto, 1943 - pp. 212-213.
3. GABBA, C.F. *Teoria della retroattività delle legge* - Vol. I - 3ª ed. Roma: 1891 - pp. 190-191.
4. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493-DF - Voto do Ministro Moreira Alves. *Revista Trimestral de Jurisprudência do STF*, nº 143. p. 746.
5. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493-DF. Voto do Ministro Moreira Alves. *Revista Trimestral de Jurisprudência do STF*, nº 143 - pp. 745 e 747.
6. BURDEAU, Georges. *Traité de science politique* - Tome III. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950 - pp. 171 e 174.
7. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *O que é o Terceiro Estado?* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988 - pp. 117-118.
8. BURDEAU, Georges, *op. cit.* - p. 175.
9. SCHMITT, Carl, *op. cit.* pp. 57-59.
10. SCHMITT, Carl, *op. cit.* - pp. 118-119.
11. MALBERG, Carré de. *Contribution à la Théorie de l'État* - Tome II. Paris: Recueil Sirey, 1922 - p. 304.
12. BEAUD, Olivier. *La puissance de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994 - pp. 341-342.
13. BORJA, Célio. *A reforma da Constituição e as cláusulas pétreas*. Palestra proferida na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em 10.02.95 - pp. 9-10.
14. BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.* - p. 52.
15. BORJA, Célio, *op. cit.* pp. 11-12.

16. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987 -pp. 84-85.
17. ANDRADE, José Carlos Vieira de, op. cit. - pp. 95-96.
18. SCHMITT, Carl, op. cit. - p. 171.
19. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1986 - p. 25.
20. ANDRADE, José Carlos Vieira de, op. cit. - p. 234.
21. MORTATI, Constantino. Concetto, limiti, procedimento della revizione costituzionale. *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*. Milão: Giuffrè, 1952 - pp. 406 e ss.
22. NOVELLI, Flávio Bauer. Norma constitucional inconstitucional? A propósito do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3/93. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ* nº 2 - Rio de Janeiro, UERJ, 1994 - p. 41.
23. ANDRADE, José Carlos Vieira de, op. cit. - p. 235.
24. ANDRADE, José Carlos Vieira de, op. cit. - p. 236.
25. ANDRADE, José Carlos Vieira de, op. cit. - p. 237.
26. ANDRADE, José Carlos Vieira de, op. cit. - p. 238.
27. *Vide* o princípio da necessidade da restrição expresso no art. 18, al. 2, da Constituição portuguesa.
28. ANDRADE, José Carlos Vieira de, op. cit., p. 241.
29. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed. - Coimbra: Almedina, 1995, p. 615.
30. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit. - p. 619.
31. MENDES, Gilmar Ferreira. "A reforma monetária de 1990: problemática jurídica da chamada 'retenção de ativos financeiros' (Lei nº 8.024, de 12-4-1990)" *Revista de Informação Legislativa* - Brasília, vol. 28, nº 112, pp. 235-298, out/dez 1991.
32. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit. - p. 620.
33. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit. - p. 616.
34. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493 - DF. Voto do Ministro Moreira Alves. *Revista Trimestral de Jurisprudência do STF*, nº 143, p. 746.