

WOLKER VOLANIN BICALHO

Limites materiais do Poder Constituinte derivado nas reformas da previdência social dos servidores públicos promovidas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003, sob a ótica dos direitos sociais fundamentais

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Sérgio Pinto Martins

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

WOLKER VOLANIN BICALHO

Limites materiais do Poder Constituinte derivado nas reformas da previdência social dos servidores públicos promovidas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003, sob a ótica dos direitos sociais fundamentais

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração “Direito Previdenciário”, sob a orientação da Prof. Dr. Sérgio Pinto Martins.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2018

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Bicalho, Wolker Volanin

Limites materiais do Poder Constituinte derivado nas reformas da previdência social dos servidores públicos promovidas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003, sob a ótica dos direitos sociais fundamentais / Wolker Volanin Bicalho ; orientador Sérgio Pinto Martins -- São Paulo, 2018.

185

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Seguridade Social) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Direito Previdenciário. 2. Reforma da previdência. 3. Limites materiais ao poder de reforma. 4. Direitos sociais. 5. Núcleo essencial da Constituição. I. Martins, Sérgio Pinto, orient. II. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

Nome: BICALHO, Wolker Volanin.

Título: Limites materiais do Poder Constituinte derivado nas reformas da previdência social dos servidores públicos promovidas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003, sob a ótica dos direitos sociais fundamentais.

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração “Direito Previdenciário”, sob a orientação da Prof. Dr. Sérgio Pinto Martins.

Aprovado em: ___/___/___

Banca Examinadora

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por me acompanhar, orientar e proteger meu caminho.

Aos meus pais, José Luiz Bicalho e Maria Goreti Volanin Bicalho, que, mesmo de longe (ou de muito longe), torcem, rezam e lutam para que eu consiga realizar minhas escolhas e me norteiam para que eu faça as opções corretas.

Aos meus irmãos, Wagner Volanin Bicalho e Yuri Ferrari Volanin Vitorino de Souza, que deixam qualquer obstáculo mais fácil de ultrapassar, seja com o apoio, com as brincadeiras ou mesmo com os sarcasmos.

Ao meu orientador, Professor Sérgio Pinto Martins, porque, além de influenciar na minha vida acadêmica com suas obras, acreditou no meu potencial, traçou as diretrizes para que a dissertação ganhasse corpo e foi solícito em todas as horas.

Aos Professores Elival da Silva Ramos e Otávio Pinto e Silva, que integraram minha banca de qualificação, por terem contribuído com importantes observações, direcionando a linha a ser desenvolvida na dissertação.

Agradeço à Procuradoria Geral do Estado e a todos os seus integrantes, porque muito me orgulha fazer parte desta instituição, onde aprendo diariamente a ser um profissional melhor.

Ao Dr. Adalberto Robert Alves por ter me incentivado e apoiado a fazer o mestrado na Universidade de São Paulo e, em nome dele, agradeço a todos os colegas da antiga equipe da Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral, que vibraram quando meu projeto foi selecionado.

À Dra. Cristina Margarete Wagner Mastrobuono e, em nome dela, a toda nova equipe da Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral, que acompanhou os trabalhos desenvolvidos no mestrado e ajudou sobremaneira com diversas sugestões e recomendações.

A todos os colegas com quem tive o prazer de trabalhar nas Consultorias Jurídicas da antiga Secretaria de Gestão Pública e da Secretaria da Cultura, que muito me ensinaram durante todos esses anos.

Aos integrantes da Procuradoria Administrativa pelos diversos debates e trabalhos realizados em conjunto sobre o Direito Previdenciário, pois foram muito importantes no desenrolar das atividades acadêmicas.

Agradeço, ainda, à minha amiga Élide Maria Peinado Munhoz, por ter se preocupado o tempo inteiro comigo, cuidando da minha saúde e dando diversos conselhos para que eu pudesse seguir em frente.

À minha amiga Paula Regina Roque da Costa, por ter rabiscado, com suas canetas multicoloridas, a primeira versão da dissertação, contribuindo para a organização do meu pensamento e, conseqüentemente, proporcionando uma estrutura mais lógica ao trabalho.

À minha amiga Natália Natarelli que, apesar de ter um viés político e acadêmico diametralmente oposto ao meu, seus conselhos e as discussões enriqueceram sobremaneira o texto da dissertação.

Por fim, agradeço a todos os meus amigos que foram privados de minha companhia e, mesmo assim, ficaram na torcida, me dando forças para concluir o presente trabalho.

Obrigado!

RESUMO

BICALHO, Wolker Volanin. *Limites materiais do Poder Constituinte derivado nas reformas da previdência social dos servidores públicos promovidas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003, sob a ótica dos direitos sociais fundamentais*. 185f. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

A reforma da previdência do servidor público é constantemente objeto da agenda política e econômica no Brasil. Atualmente não é diferente. Sob a justificativa de que o Regime Próprio de Previdência Social possui falhas estruturais e acarreta um *déficit* enorme nos cofres públicos, o governo vem estudando várias hipóteses de alteração das normas constitucionais que regem o sistema previdenciário dos servidores públicos. Tais alterações muitas vezes prejudicam os segurados, diminuindo direitos sociais ou mesmo quebrando expectativas dos servidores que já se planejavam se aposentar. Diante disso, o estudo acerca das mais importantes reformas da previdência, promovidas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003, bem como a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema são imprescindíveis para se entender qual o limite de atuação do Poder Constituinte derivado reformador nesta seara. Esses limites encontram-se na própria Constituição da República, entretanto, muito se discute a respeito do alcance da proteção constitucional, especialmente em relação às cláusulas pétreas. Buscou-se, assim, por meio das Teorias do Poder Constituinte e do núcleo essencial da Constituição, uma interpretação razoável do texto constitucional (art. 60, §4º), de modo a ser possível ao poder de reforma alterar normas que tratem de temas protegidos pelas cláusulas pétreas, permitindo que a Carta Política se adeque às novas realidades políticas, econômicas e sociais do país, desde que respeitem as matérias imprescindíveis à configuração das linhas-mestras da Constituição da República.

Palavras chave: Direito Previdenciário; reforma da previdência; limites materiais ao poder de reforma; direitos sociais; núcleo essencial da Constituição.

ABSTRACT

BICALHO, Wolker Volanin. *Material limits of Derived Constituent Power on Public Service Pension System promoted by Constitutional Amendments 20/1998 and 41/2003, from the standpoint of fundamental social rights*. 185f. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018, Universidade de São Paulo, 2018.

The reform of the Public Service Pension System is constantly the subject of the political and economic agenda in Brazil. It's no different today. Under the justification that the Public Service Pension Scheme has structural failures and entails a huge deficit in the Treasury, the government has been studying various hypotheses of changes in the constitutional norms that rule the pension scheme for public servants. Such changes often harm public servants, downgrading social rights, or even breaking expectations of those who are already planning to retire. Therefore, the study of the most important social security reforms, promoted by Constitutional Amendments 20/1998 and 41/2003, as well as the analysis of the decisions of the Federal Supreme Court on the subject are essential to understand the limit of action of the Derived Constituent Power on this theme. These limits are found in the Constitution of the Brazilian Republic, however, much is discussed about the scope of constitutional protection, especially in relation to the amendments material limits. Thus, through the Theories of Constituent Power and the essential nucleus of the Constitution, a reasonable interpretation of the constitutional text (article 60, §4º) was sought, so that the power of reform could change norms that deal with themes protected by the material limits, in order to allow the Charter to adapt to the new political, economic and social realities of the country, provided that they respect the essential matters to the configuration of the master lines of the Constitution of the Brazilian Republic.

Keywords: Social security law; pension reform; amendments material limits; social rights; core of the Constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1. TEORIA DO PODER CONSTITUINTE E LIMITES DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988	21
1.1. Poder Constituinte originário	21
1.1.1. Titularidade	22
1.1.2. Legitimidade	23
1.1.3. Legalidade.....	24
1.1.4. Exercício	25
1.1.5. Características	26
1.1.6. Supremacia.....	27
1.2. Poder Constituinte derivado reformador	30
1.2.1. Características	31
1.3. Assembleia Nacional Constituinte de 27 de novembro de 1985.....	33
1.3.1. Natureza jurídica.....	33
1.4. Constituição da República de 5 de outubro de 1988.....	35
1.4.1. Democracia e seus elementos	36
1.4.1.1. Estado de Direito	38
1.4.1.2. Participação política.....	40
1.4.1.3. Proteção dos direitos fundamentais	41
1.5. Limites ao Poder Constituinte derivado reformador na Constituição da República de 5 de outubro de 1988.....	42
1.5.1. Limites formais de reforma constitucional	43
1.5.2. Limites circunstanciais de reforma constitucional.....	45
1.5.3. Limites materiais de reforma constitucional.....	45
1.5.3.1. Forma federativa de Estado	49
1.5.3.2. Voto direto, secreto, universal e periódico	50
1.5.3.3. Separação dos Poderes.....	51
1.5.3.4. Direitos e garantias individuais.....	53
1.6. Mutação constitucional	54
1.7. Controle de Constitucionalidade	57

2. NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROTEGIDO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 EM FACE DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR	61
2.1. Proteção dos direitos fundamentais em face do Poder Constituinte Derivado reformador	61
2.1.1. Direitos humanos e direitos fundamentais.....	62
2.1.2. Direitos fundamentais provenientes de emendas constitucionais ou de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pela República Federativa do Brasil.....	64
2.1.3. Gerações dos direitos fundamentais.	65
2.1.3.1. Direitos fundamentais de primeira geração	67
2.1.3.2. Direitos fundamentais de segunda geração.....	67
2.1.3.3. Direitos fundamentais de terceira geração.....	69
2.1.4. Interpretação restrita dos direitos fundamentais	70
2.2. Conteúdo essencial dos direitos fundamentais	72
2.2.1. Conteúdo essencial relativo	73
2.2.2. Conteúdo essencial absoluto	74
2.2.2.1. Dignidade da pessoa humana.....	77
2.2.3. Conteúdo dinâmico do núcleo essencial dos direitos fundamentais	80
2.3. Dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais	82
2.4. Regulamentação dos direitos fundamentais	83
2.5. Entrenchment dos direitos fundamentais	85
3. REFORMAS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DO SERVIDOR PÚBLICO E PROTEÇÃO AO NÚCLEO ESSENCIAL DA CONSTITUIÇÃO: UMA ANÁLISE DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS Nº 20/1998 E Nº 41/2003	89
3.1. Seguridade social como direito fundamental de segunda geração	89
3.1.1. Evolução do direito à seguridade social nas Constituições do Brasil.....	91
3.1.1.1. Constituição do Império de 25 de março de 1824	91
3.1.1.2. Constituição da República de 24 de fevereiro de 1891	91
3.1.1.3. Constituição da República de 16 de julho de 1934.....	92
3.1.1.3. Constituição da República de 10 de novembro de 1937.....	93
3.1.1.4. Constituição da República de 18 de setembro de 1946	93
3.1.1.5. Constituição da República de 24 de janeiro de 1967 e Emenda Constitucional nº 1 de 20 de outubro de 1969	94
3.1.1.6. Constituição da República de 5 de outubro de 1988	95

3.2. Previdência social na Constituição da República de 5 de outubro de 1988.....	96
3.2.1. Previsão de um sistema previdenciário amplo e complexo.....	98
3.3. Alteração da realidade socioeconômica: crise do sistema previdenciário do servidor público.....	100
3.4. Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003.....	103
3.4.1. Processo de unificação dos regimes previdenciários.....	106
3.4.2. Regulamentações do Regime Próprio de Previdência introduzidas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003 que ocasionaram redução de direitos sociais dos servidores públicos.....	108
3.5. Debates acerca da violação do elemento essencial da proteção dos direitos fundamentais: redução de direitos sociais pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003.....	117
3.5.1. Imposição de contribuição previdenciária aos servidores inativos e pensionistas do Regime Próprio de Previdência Social pela Emenda Constitucional nº 41/2003..	119
3.5.2. Tratamento não isonômico na tributação dos servidores inativos e pensionistas da União e dos demais entes federados pela Emenda Constitucional nº 41/2003.....	122
3.6. Debates acerca da violação do elemento essencial do Estado de Direito: alteração do regime previdenciário dos servidores públicos ocupantes de cargos exclusivamente comissionados, temporários e celetistas pela Emenda Constitucional nº 20/1998	124
3.6.1. Criação de alíquota mínima para o financiamento do Regime Próprio de Previdência Social pela Emenda Constitucional nº 41/2003.....	126
4. PROTEÇÃO DOS DIREITOS ADQUIRIDOS COMO LIMITES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS Nº 20/1998 E 41/2003.....	129
4.1. Proteção do direito adquirido em face das alterações constitucionais	129
4.2. Vigência e eficácia das normas constitucionais	131
4.3. Efeitos da norma constitucional	133
4.3.1. Princípio geral da irretroatividade das leis	134
4.3.2. Efeitos imediatos e prospectivos.....	136
4.3.3. Efeitos retroativos	138
4.3.4. Efeitos retrospectivos.....	140
4.3.5. Efeitos ultrativos	141
4.4. Proteção do direito adquirido na Constituição da República de 5 de outubro de 1988	142
4.4.1. Direito adquirido e Poder Constituinte originário	146
4.4.2. Direito adquirido e Poder Constituinte derivado reformador	147
4.4.3. Direito adquirido e normas de ordem pública	150

4.4.4. Direito adquirido e alteração de regime jurídico	153
4.4.4.1. Direito adquirido e expectativa de direito.....	156
4.4.4.2. Direitos de aquisição simples e de aquisição complexa	157
4.5. Regras de transição.....	159
CONCLUSÃO	163
REFERÊNCIAS.....	173

INTRODUÇÃO

Constata-se, atualmente, uma crescente insegurança dos beneficiários com a proteção previdenciária no Brasil, em especial no tocante aos servidores públicos. As diversas modificações no regramento constitucional do Regime Próprio de Previdência Social que ocorreram¹, e as que eventualmente possam surgir², criaram uma tensa relação de desconfiança dos servidores e seus dependentes para com o Estado.

É de conhecimento geral que a reforma da previdência é objeto da agenda política do país desde o ano de 1995³, com vistas a adequar as normas constitucionais que regem os sistemas previdenciários aos novos fatores políticos, econômicos, demográficos e atuariais. Contudo, também é cediço que a Previdência Social é direito fundamental e, por conseguinte, considerada cláusula pétrea pelo art. 60, §4º, IV, da Constituição da República, balizando a atuação do Congresso Nacional nessa seara.

Esse aparente impasse entre a necessidade de reforma da previdência social, com vistas à redução de direitos sociais, e a limitação material constitucional da atividade do Poder Constituinte derivado reformador é o principal objeto de debate na presente dissertação.

Imperioso destacar que novamente essa matéria ganha importância acadêmica, tendo em vista que atualmente há nova proposta do governo de alterar as normas que regem os regimes de previdência no país. Tal proposição ainda está em debate nas casas legislativas⁴, todavia, posições contrárias e favoráveis ao Projeto de Emenda Constitucional nº 287/2016 aparecem em todos os meios de comunicação e as discussões levadas por especialistas, mas também pelos trabalhadores, sociedade civil, movimentos sociais, já surgem acaloradas.

Pretende-se, assim, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, até porque a matéria ainda está em construção da doutrina, discorrer acerca do alcance da proteção das cláusulas pétreas e verificar se é possível promover alterações das normas constitucionais

¹ Emendas Constitucionais nº 3, de 17 de março de 1993; nº 20, de 15 de dezembro de 1998; nº 41, de 19 de dezembro de 2003; nº 47, de 5 de julho de 2005; nº 70, de 29 de março de 2012; e nº 88, de 7 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm>, acesso em 14 dez. 2017.

² Está em tramitação no Congresso Nacional, o Projeto de Emenda Constitucional nº 287/2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2119881>>, acesso em 27 dez. 2017.

³ A primeira grande reforma da previdência iniciou-se com o Projeto de Emenda Constitucional nº 33/1995, de autoria do presidente Fernando Henrique Cardoso.

⁴ Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2119881>, acesso em 27 dez. 2017.

que dizem respeito à previdência social dos servidores públicos, bem como estabelecer quais são os parâmetros que devem ser obrigatoriamente respeitados pelo poder de reforma, quando da proposta de alteração das normas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais.

Afinal, ao se adotar uma exegese demasiadamente ampla ao art. 60, §4º, da Constituição da República, reduz-se a possibilidade de o Congresso Nacional efetivar quaisquer alterações e adequações de ordem constitucional, tornando a *Lex Maior* dissonante em relação à realidade social e, muitas vezes, inaplicável. Por outro lado, a ausência de demarcação de certos limites ao exercício do Poder Constituinte derivado reformador pode legitimar a realização de alterações constitucionais que aniquilariam a própria segurança jurídica.

Desse modo, com o fito de buscar critérios a serem observados nas reformas da previdência social dos servidores públicos, analisam-se as Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003, consideradas as duas grandes reformas da previdência ocorridas no Brasil, à luz das teorias do Poder Constituinte e do núcleo essencial da atual Constituição da República. Pretende-se, assim, introduzir novas questões acerca da possibilidade de alteração de normas que veiculem matérias consideradas cláusulas pétreas.

Dividiu-se, para tanto, a dissertação em quatro capítulos.

No **Capítulo 1**, serão estudados os limites que balizam a atividade do Poder Constituinte derivado reformador ao pretender modificar as normas constitucionais. Logo, propõe-se um estudo da teoria do Poder Constituinte promovida por Emmanuel Joseph Sieyès sobre as diferenças conceitual e ontológica dos Poderes Constituinte e constituídos, desde a natureza e características até os limites atribuídos a cada um deles.

Sem olvidar a existência de uma corrente *jusnaturalista* promovida pelo próprio abade Sieyès, sugere-se o estudo do Poder Constituinte, com fundamento na Teoria Pura de Hans Kelsen. A doutrina *juspositivista* será a base de todo o presente estudo, de modo a justificar a incondicionalidade do Poder Constituinte originário a uma ordem jurídica anterior, e a subordinação do Poder Constituinte derivado reformador à supremacia constitucional.

Assim, será feito um estudo analítico das constituições escritas e rígidas, bem como a crítica das constituições que pretenderam ser imutáveis no tempo e se tornaram meras lembranças históricas. É necessário, conforme a história demonstra, a criação de mecanismos e procedimentos para se alterar as normas constitucionais de modo a adaptá-las às novas realidades econômicas, políticas e sociais sempre em curso na sociedade

contemporânea, sem, contudo, corromper a identidade da própria Constituição, isto é, seu núcleo fundamental.

Após o panorama geral, chega-se ao cerne do presente capítulo: a definição dos limites do poder de reforma constitucional e do núcleo imutável da Constituição da República de 5 de outubro de 1988. Com base na teoria de Sieyès, o Poder Constituinte derivado reformador deve respeitar os limites impostos pelo Poder Constituinte originário, expressos e implícitos no texto constitucional, que se dividem em formais, circunstanciais e materiais.

Volta-se a atenção, na presente dissertação, para o estudo acerca dos limites materiais do poder de reforma expressos na *Lex Maior*. Abre-se espaço, ainda, para tratar das mutações constitucionais, como forma de alteração da Constituição sem o necessário procedimento formal de reforma, bem como dos cuidados que o intérprete e o aplicador do direito devem ter na modificação do significado das normas constitucionais.

Encerrando este capítulo, verifica-se a possibilidade de controle das normas provenientes de emendas constitucionais pelo Poder Judiciário e os debates sobre o assunto.

No **Capítulo 2**, busca-se definir com maior clareza o âmbito de proteção acerca do limite material relativo aos direitos individuais, previsto no art. 60, §4º, IV, da Constituição da República, tendo em vista as diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema.

Pretende-se demonstrar, por meio de um método sistemático-teleológico, que todos os direitos fundamentais são protegidos pela cláusula da imutabilidade, sem, contudo, pressupor a impossibilidade de alteração pelo Poder Constituinte derivado reformador das normas que tratam desses direitos.

Sem olvidar as diversas críticas a respeito do tema, propõe-se ao leitor, por meio das dimensões analítica-conceitual e empírica, uma exegese restritiva do conceito de direitos fundamentais protegidos pelas cláusulas pétreas. Visa-se, com isso, balizar a atividade do intérprete e do aplicador do direito na interpretação dos limites materiais ao poder de reforma constitucional, de modo a estabelecer que somente as alterações que afetem o núcleo essencial da Magna Carta sejam vedadas.

É sabido, porém, que é complexo definir de antemão quais medidas promovidas pelo Poder Constituinte derivado irão interferir no núcleo intangível da *Lex Maior*. Diante disso, alguns critérios são levantados para direcionar a atividade dos agentes do direito, diferenciando os direitos fundamentais albergados no art. 60, §4º, IV, da Constituição da

República dos direitos humanos; dos direitos provenientes de emendas constitucionais ou de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pela República Federativa do Brasil; bem como daqueles direitos que, apesar de importantes em determinado período, não formam o cerne essencial da Constituição da República.

Além disso, busca-se ainda estabelecer qual o núcleo duro a ser protegido pela cláusula pétrea, bem como demonstrar que esse conteúdo jurídico possui natureza dinâmica e, portanto, pode sofrer alterações de acordo com sua relação com os fatores externos: sociais, econômicos, políticos etc. Também é feita uma discussão sobre a possibilidade de regulamentação dos direitos sociais, de modo a lhes garantir eficácia, bem como aventar a possibilidade de essas normas subjacentes serem alteradas pelo Poder Constituinte derivado reformador.

Para concluir o capítulo, estuda-se de modo crítico o princípio da vedação ao retrocesso social, permitindo verificar se tal instituto jurídico tem a mesma força cogente das cláusulas pétreas ou se é somente um mandado de otimização, cujo escopo é direcionar a atividade legiferante para a concretização de direitos fundamentais, na maior medida possível.

No **Capítulo 3**, por sua vez, a partir de uma dimensão normativa e com fundamento nas teorias estudadas nos capítulos anteriores, busca-se fornecer respostas sobre a possibilidade de alteração, pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003, das normas que regem o regime previdenciário do servidor público, mesmo havendo evidentes traços de redução de direitos sociais.

Para tanto, faz-se primeiramente uma reconstrução histórica do Direito da Seguridade Social, tendo como pano de fundo o ordenamento jurídico constitucional nacional. Demonstra-se, assim, especialmente quanto ao viés previdenciário, que existiram diversos recuos e avanços normativos quanto à proteção dos direitos fundamentais sociais no Brasil.

Tais alterações foram baseadas em voluntarismos do governo e não em planejamento estratégico de longo prazo, gerando um sistema previdenciário dos servidores públicos completamente falho, fundado em privilégios que não se coadunam com as bases e princípios do Direito Previdenciário.

Diante disso, discorre-se a respeito dos aspectos políticos, econômicos e sociais que influenciaram as reformas do sistema previdenciário no Brasil, promovidas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003, dando especial atenção ao Regime Próprio de Previdência Social e ao processo de unificação dos regimes previdenciários.

Debruça-se, ainda, sobre as diversas discussões acadêmicas e judiciais travadas, à época, a respeito da violação, pelas reformas previdenciárias, do núcleo essencial da Constituição da República, examinado a matéria à luz das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, no **Capítulo 4**, propõe-se estudar o limite material que gerou as mais acirradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais quanto à modificação das normas constitucionais acerca do sistema previdenciário: a proteção do direito adquirido, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República.

Com base na Teoria Geral do Direito, discorre-se a respeito da sucessão das leis no tempo e dos mecanismos que visam manter o equilíbrio das relações jurídicas. Para tanto, submete-se o leitor ao estudo da vigência e eficácia, bem como dos efeitos ordinários e extraordinários dos atos normativos.

Baseia-se o estudo do presente capítulo nas teorias do direito adquirido e do fato passado, também denominadas, respectivamente, de corrente subjetivista e corrente objetivista, tendo em vista que ambas são adotadas no ordenamento jurídico pátrio, conforme previsão expressa no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República e no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Com base na primeira teoria, pretende-se conceituar o instituto do direito adquirido e buscar critérios para definir o alcance da proteção, fazendo as devidas críticas ao texto constitucional e legal. Com isso, tenta-se conciliar a necessidade de adequação do ordenamento jurídico constitucional às mudanças econômicas e sociais, mantendo a proteção das relações fático-jurídicas e dos direitos subjetivos já existentes, preservando, conseqüentemente, a dinâmica das normas jurídicas da *Lex Maior* e a segurança jurídica.

Procura-se, ainda, com fundamento na doutrina especializada e nas decisões do Supremo Tribunal Federal, distinguir a proteção dos direitos adquiridos em relação ao Poder Constituinte originário e ao Poder Constituinte derivado. Além disso, com supedâneo nas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº41/2003, procura-se estudar a aplicação desse instituto jurídico em relação às normas de ordem pública, bem como a possibilidade de alteração do regime jurídico previdenciário para aqueles servidores que já estavam filiados ao sistema quando da modificação das normas constitucionais.

Por fim, busca-se diferenciar os direitos adquiridos das expectativas de direito e debater se a previsão das regras de transição são necessárias para legitimar as alterações das regras da Constituição da República ou se é mera opção relacionada à política legislativa.

1. TEORIA DO PODER CONSTITUINTE E LIMITES DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

1.1. Poder Constituinte originário

Emmanuel Joseph Sieyès, considerado o criador da teoria do Poder Constituinte¹, propôs, por meio de um manifesto político denominado “*Qu’est-ce que le Tiers-État?*”, que o Terceiro Estado francês, formado pelas classes da sociedade que não faziam parte da nobreza e do clero (por exemplo a burguesia, trabalhadores, camponeses etc.), compunha o conceito de nação francesa, uma vez que esse grupo era constituído pela grande maioria dos cidadãos do Estado cuja linhagem era proveniente dos legítimos conquistadores francos².

Prossegue Sieyès afirmando que o Terceiro Estado, por ser a nação, não estaria jungido a nenhuma das regras preestabelecidas pelo monarca, mesmo porque o rei sequer possuía linha sanguínea nacional e as suas decisões beneficiavam única e exclusivamente a nobreza e o clero (classes políticas), em detrimento das demais classes. A nobreza e o clero, portanto, deveriam ser vistos como os usurpadores do poder da nação, uma vez que deliberavam sobre negócios públicos, sem qualquer participação efetiva do Terceiro Estado e em evidente prejuízo de toda a coletividade³.

A nação era quem detinha o poder de ditar as regras e não os usurpadores. Assim, o Terceiro Estado, representado especialmente pela burguesia (classe econômica⁴), deveria

¹ Reconhecido por meio das obras *Préliminaire de la Constitution: Reconnaissance et Exposition Raisonnée des Droits de L’Homme et du Citoyen*, de 1789, com a reunião dos trabalhos “*Essai sur les Privilèges; Vues sur les Moyens d’exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789 e Qu’est-ce que le Tiers-État?*” Disponível em <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k41690g.r=.langFR>>; <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k41688x/f5.image>>; <<http://www.leboucher.com/pdf/sieyes/tiers.pdf>>, acesso em 30 dez. 2017. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 31-38; RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 217; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 233.

² SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa (Qu’est-ce que le Tiers-État?)**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2015, p. 1-4.

³ *Ibidem*, p. 5-10.

⁴ Classe mais forte, abastada e organizada do Terceiro Estado.

editar uma nova Constituição, por meio de uma Assembleia Nacional, e criar um novo Estado, pois somente assim ficaria assegurada a vontade comum de toda a sociedade⁵.

Sieyès, desse modo, apresentou um novo sujeito político à época, a nação, caracterizado por uma entidade abstrata, proveniente do estado da natureza, que existe antes de qualquer poder ou regras político-jurídicas⁶. Contra o absolutismo monárquico, o político defendia com veemência que a “nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei”, sendo a expressão do mais alto grau de soberania popular⁷.

1.1.1. Titularidade

O Poder Constituinte originário, pelos ensinamentos de Sieyès, tem por titular a própria nação. É esse corpo que detém o poder, por meio da elaboração de uma nova Constituição, para definir as novas normas político-jurídicas, bem como criar os poderes constituídos, órgãos e instituições do Estado. A nação representa a coletividade em sua permanência e o pensamento geral dos seus membros, sendo que pode ser representada por membros eleitos pelo próprio grupo.

Jean-Jacques Rousseau, em contraposição à ideia de Sieyès, defende que o Estado se origina de um pacto formado entre os cidadãos livres que renunciam à sua vontade individual para garantir a realização da vontade geral, no entanto, esta não pode ser delegada. Caso haja a delegação da vontade geral, como proposto no manifesto “*Qu’est-ce que le Tiers-État?*”, para o filósofo somente haverá liberdade no momento da escolha dos representantes. Depois disso, o povo perde sua autonomia e sua liberdade, prevalecendo a expressão da vontade dos próprios representantes⁸.

Portanto, a vontade geral decorre da vontade de todos os indivíduos individualmente considerados, sendo que cada um deles exerce parcela da soberania popular. O titular do Poder Constituinte originário, desse modo, seria o próprio povo, haja vista que todos os particulares devem ter participação política no Estado, criando as regras e instituições a que serão submetidos.

⁵ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa (Qu’est-ce que le Tiers-État?)**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2015, p. 37-59.

⁶ Ibidem, p. 42.

⁷ Ibidem, p. 40.

⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social: princípios do direito político**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 33-36.

No entanto, quem é o povo? Qual a diferença entre o povo e a nação? Por meio de um estudo científico, é praticamente impossível atribuir um significado fixo e atemporal ao vocábulo “povo”, pois suas acepções variam de acordo com o momento histórico, ou mesmo diferenciá-lo da ideia de nação proposta por Sieyès. Como bem ressalta Bonavides, os conceitos de nação e povo, em uma dimensão sociológica, se confundem, caracterizando-se pela consciência social da comunidade, de acordo com os laços éticos e culturais de cada época⁹.

Igualmente, Ferreira Filho entende que a discussão a respeito da titularidade do Poder Constituinte originário tornou-se meramente ideológica, tendo em vista os conceitos de povo e nação estarem eternamente em disputa¹⁰. Prossegue o jurista esclarecendo o dinamismo desses conceitos, utilizando como exemplo a Constituição da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas:

Na Constituição soviética de 1936, o art. 3º é perfeitamente elucidativo sobre o que ela entende por povo. Povo não é o conjunto de todos, mas o conjunto dos trabalhadores. Portanto, esse texto identifica povo como aquilo que a doutrina marxista se denomina proletariado; povo = proletariado. Soberania do povo significa soberania do proletariado; o Poder Constituinte do povo é o Poder Constituinte do proletariado.¹¹

Desse modo, apesar de atualmente prevalecer, no âmbito doutrinário, a ideia de que o povo é o titular do Poder Constituinte originário, o mais importante é verificar a existência do *consensus* dos governados com as normas da Carta Política¹². Pois, somente com o consenso dos membros com as regras político-jurídicas estabelecidas, é possível falar em legitimidade da ordem constitucional.

Para Sieyès, não é legítimo discutir, na Assembleia Nacional, meros interesses particulares, de determinados grupos, mas somente aqueles interesses tidos como comuns a todos os indivíduos da sociedade¹³.

1.1.2. Legitimidade

⁹ Para aprofundamento do tema cf. BONAVIDES, Paulo. A Democracia participativa e os bloqueios das classes dominantes. In. **Diretos Humanos, Democracia e República - homenagem a Fábio Konder Comparato**. Maria Vitoria de Mesquita Benevides [et. al.] São Paulo: Quarter Latin, 2009, p. 825-840.

¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 50.

¹¹ Ibidem, p. 50-51.

¹² Ibidem, p. 50.

¹³ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers-État?)**. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2015, p. 61.

Burdeau assevera que somente haverá sociedade com objetivos claros e bem definidos quando houver uma verdadeira fidelidade espiritual entre os membros do grupo. Essa finalidade faz com que os indivíduos passem a ter a concepção da vontade de conviver em coletividade, em busca de um futuro comum¹⁴.

Para que tal fim seja alcançado e concretizado, há necessidade do estabelecimento de regras que disciplinarão e orientarão o comportamento dos indivíduos da sociedade, em consonância com a vontade dominante. Nesse sentido, Rousseau afirma que, somente com a criação de um contrato social entre os indivíduos de determinado grupo, haveria como preservar a liberdade natural do homem e a vida em sociedade¹⁵.

Primeiramente, porque o indivíduo estaria no centro das decisões políticas e estabeleceria as regras a que estaria sujeito e também porque, assim, preservaria a vontade geral da sociedade. Diante disso, haveria necessidade de estabelecer no contrato social a ideia de igualdade e cooperação entre os membros, com limitações às vontades individuais¹⁶.

A legitimidade da Constituição, portanto, se dá com a aceitação pelos governados das normas que regem a sociedade a que estão submetidos.

1.1.3. Legalidade

É importante destacar que legitimidade e legalidade não se confundem. Enquanto esta se relaciona ao direito positivo à edição da própria Constituição, aquela se coaduna com a ideia do direito que, para Burdeau, refere-se à concepção de determinada comunidade sobre o que é o direito, sobre que é justo, em determinada época¹⁷.

Ao analisar o consenso sob uma perspectiva espacial e temporal, as novas gerações podem não mais aceitar os parâmetros políticos-jurídicos estabelecidos pelas gerações anteriores. Quando isso ocorre, invariavelmente pressupõe-se a existência de uma revolução, cujo conceito em uma concepção jurídica é bem explicado por Ferreira Filho:

é revolução toda modificação ilegítima da Constituição, ou seja, toda a modificação da Constituição que se efetive por um caminho não previsto nessa

¹⁴ BURDEAU, Georges. **O Estado**. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 41.

¹⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social: princípios do direito político**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 33-37.

¹⁶ ROUSSEAU, 1999, loc.cit.

¹⁷ BURDEAU, 2005, loc.cit.

mesma Constituição para a sua própria modificação; é a modificação da Constituição contra a Constituição¹⁸.

Logo, é possível que a criação de uma Constituição seja ilegal e legítima, quando a nova Carta Política vai de encontro com a ordem jurídica pré-estabelecida, mas em consonância com o *consensus* da sociedade. Se uma ordem jurídica for criada contra o *consensus* dominante da sociedade, portanto, sem legitimidade, somente se manterá pela força¹⁹.

1.1.4. Exercício

Não se pode confundir, ainda, a titularidade (item 1.1.1.) com o exercício do Poder Constituinte originário. Apesar de o povo ser o dono do poder, não é ele que, em regra, o desempenha (titular passivo). A vontade constituinte é, na ampla maioria das vezes, manifestada por uma elite (representantes extraordinários), que exerce, no lugar do povo, o Poder Constituinte ao propor a organização do poder político do Estado (titular ativo)²⁰.

Apesar da ideia de Rousseau de que a vontade geral não pode ser representada e que cada indivíduo isoladamente considerado possui parcela da soberania e deve participar de modo direto das deliberações políticas para a criação da Constituição, o modelo representativo de Sieyès prevaleceu. Nos Estados modernos e contemporâneos, identificados pela grande extensão territorial (se comparados às antigas cidades-estados gregas, onde a democracia surgiu), alta densidade demográfica e complexidade das relações sociais, é inviável a participação direta de todo o povo nas decisões da Assembleia Constituinte.

Bulos esclarece que poderão existir dois tipos de exercício do poder político: um autocrático, quando o agente do Poder Constituinte é o representante das forças oligárquicas da sociedade, prevalecendo a vontade de uma minoria ou de um déspota; e outro democrático, quando o povo, em consenso, escolhe os seus representantes, para criar a nova Carta Política²¹.

¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 57.

¹⁹ Ibid., p. 70.

²⁰ Ibid., p. 51-52.

²¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 309.

1.1.5. Características

Para a criação dessa nova ordem político-jurídica, o Poder Constituinte originário goza de três características principais: ele é inicial, incondicionado e ilimitado.

Inicial, porque inaugura nova ordem jurídica positiva, desconstituindo a anterior. Alerta-se, contudo, que, excepcionalmente, podem existir situações em que o Poder Constituinte originário se manifesta sem rompimento de qualquer ordem jurídica. Cita-se como exemplo o caso “Compact” do “Mayflower”, em que um grupo de dissidentes religiosos ingleses, após chegar à América do Norte fugindo do governo inglês, reuniu-se para estabelecer as primeiras instituições e estruturas do novo governo, sem qualquer quebra de ordem jurídica, pois esta era inexistente²².

Incondicionado, porque não há forma pré-fixada para a manifestação do Poder Constituinte originário. A outorga e a Assembleia Constituinte são as formas mais recorrentes de manifestação do Poder Constituinte. A primeira decorre da imposição unilateral da vontade do agente do Poder Constituinte e a segunda da deliberação da representação do povo.

Bulos enumera, de forma não absoluta, outras formas de exercício do Poder Constituinte originário: a aclamação, quando a multidão se reúne e decide o que deverá constar na Carta Política; o referendo popular, quando a Assembleia Constituinte submete aos eleitores um projeto da nova Constituição para aprovação; o exercício misto, quando o povo celebra pactos com os seus representantes para a criação da nova ordem jurídica; e a revolta²³, quando há transformação radical e violenta do regime jurídico anterior²⁴.

E o Poder Constituinte originário pode ser ainda ilimitado, porque não sofre qualquer condicionamento em face do Direito positivo ou de qualquer outro poder, visto que a estes preexiste. Neste ponto, discute-se se o Poder Constituinte é um poder de fato ou de direito.

Para a doutrina *jusnaturalista*, defendida por Sieyès, o Poder Constituinte é um poder de direito que deve observar, ao criar a nova carta político-jurídica da sociedade,

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54.

²³ O autor denomina uma das características como “revolução”, utilizando o sentido político da expressão, em desalinho com o termo técnico-jurídico adotado na presente dissertação. Desse modo, preferiu-se adotar o termo “revolta” para não gerar problemas de interpretação.

²⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 310.

somente os direitos naturais, ou seja, os direitos humanos fundamentais universalmente reconhecidos²⁵.

Contudo, entende-se que tais limitações moral e ideológica não estão no campo do Direito, e sim correspondem à filosofia do Direito, posto que são metajurídicas²⁶. Diante disso, adota-se na presente dissertação a corrente *juspositivista*, baseada na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, para o qual o Poder Constituinte é um poder de fato, sendo juridicamente ilimitado, uma vez que não está atrelado a nenhuma ordem jurídica anterior²⁷.

Além dessas três características principais, pode-se atribuir outras ao Poder Constituinte originário: a instantaneidade, uma vez que cessa automaticamente depois de elaborada a Constituição; a inalienabilidade, tendo em vista que o titular não poderá deixar de exercê-lo; a especialidade, porque tem a função de elaborar a Constituição e não leis ordinárias; e a latência, porque está pronto para se manifestar a qualquer momento, quando a ordem jurídica não mais se coadunar com o consenso dominante da sociedade²⁸.

1.1.6. Supremacia

A ideia da supremacia do Poder Constituinte originário e da própria Constituição está intimamente ligada com a soberania popular. É consubstanciada na noção de que a vontade geral do povo é estabelecida de forma positiva na Carta Política, como instrumento maior e último de validade de todas as demais manifestações do Estado²⁹.

Entretanto, a percepção de que a Constituição é obra de um poder distinto, separado daqueles que ela mesma estabelece, bem como de que o Poder Constituinte originário é quem cria os poderes constituídos e, portanto, goza de supremacia em relação a eles, somente se deu com as constituições escritas.

Mais do que isso, o estudo acerca das diferenças entre o Poder Constituinte originário e o Poder Constituinte derivado somente tem importância nas constituições

²⁵ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers-État?)**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2015, p. 40; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 95.

²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p. 87.

²⁷ *Ibid.*, p.87.

²⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 306.

²⁹ CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 238.

rígidas, pois apenas nelas é que se verifica a supremacia da ordem constitucional³⁰. Ramos, nesse sentido, adverte que nos Estados cujas Constituições são flexíveis, não se nota a presença da supremacia das normas constitucionais em relação aos demais atos normativos, uma vez que o Parlamento atua simultaneamente como Poder Constituinte e Poder constituído³¹.

Apesar de as Constituições possuírem diversas classificações, podendo se apresentar quanto à origem, ao conteúdo, a forma, a estabilidade, a finalidade, ao modo de elaboração etc., para a presente dissertação importa distinguir somente as constituições escritas das não escritas (forma) e as flexíveis das semirrígidas ou das rígidas (estabilidade).

As constituições escritas, também chamadas de instrumentais, são aquelas cujas normas estão codificadas e sistematizadas em um único texto solene. Diferentemente das constituições não-escritas ou costumeiras, cujas normas derivam da jurisprudência, dos costumes e de textos constitucionais esparsos.

No século XVIII, houve tentativas de criar constituições escritas, com o nítido propósito de que perdurassem por todo o tempo, sem a necessidade de qualquer modificação futura, denominadas constituições definitivas ou imutáveis³². As constituições imutáveis não trazem em seu texto qualquer forma ou procedimento para modificação, sob o fundamento de que a Constituição se expressa pela vontade do Poder Constituinte, não sendo passível de alteração por qualquer outro poder ou órgão³³.

Entretanto, todas as tentativas de criação de constituições com essa característica restaram frustradas, não havendo, na atualidade, qualquer exemplo de constituições imutáveis, tornando-se meras lembranças históricas³⁴. Isso se deu porque não há como sujeitar as futuras gerações às ordens político-jurídicas das anteriores, de modo que, se não existir a possibilidade de adaptação da Constituição aos novos anseios sociais, haverá conseqüentemente a quebra da ordem jurídica por nova manifestação do Poder Constituinte originário³⁵. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, seguindo essa linha de raciocínio, estabeleceu no art. 28 que “um povo tem sempre o direito de

³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 128-129.

³¹ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25.

³² *Ibid.*, p. 128.

³³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 118.

³⁴ *Ibid.*, p. 118.

³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *op.cit.*, p. 38.

rever, de reformar e de mudar a sua constituição: - Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras”³⁶.

Houve, portanto, a necessidade de a Constituição prever e criar mecanismos para sua revisão e modificação de suas normas, de modo a salvaguardar a estabilidade constitucional frente às novas conjunturas políticas, econômicas e sociais. Quanto a essa característica da estabilidade, as constituições podem ser classificadas em flexíveis, rígidas ou semirrígidas.

As constituições flexíveis são aquelas que podem ser modificadas pelo processo legislativo ordinário, ou seja, não há diferença entre o procedimento de modificação das normas da Constituição e aquele previsto para a criação e alteração das leis ordinárias. Desse modo, conforme dito antes, não há que se falar em supremacia constitucional, porque não existe hierarquia formal entre as normas constitucionais e as decorrentes dos atos normativos comuns³⁷.

As constituições rígidas, a *contrario sensu*, preveem um procedimento especial de modificação dos seus textos, mais complexo do que o processo legislativo para a elaboração e alteração das leis infraconstitucionais³⁸. Reúnem-se, nesse modelo de Constituição, duas características importantíssimas das Cartas Magnas, certa estabilidade e a possibilidade de alteração, vislumbrando-se, portanto, a existência do Poder Constituinte derivado³⁹.

Ferreira Filho traz uma terceira modalidade de classificação da Constituição pelo critério da estabilidade, denominado semirrígida. A Constituição semirrígida é aquela que, no mesmo texto, possui normas cujo procedimento de alteração segue forma especial (qualidade da Constituição rígida) e normas que podem ser alteradas por meio de processo legislativo ordinário (qualidade da Constituição flexível)⁴⁰, por exemplo a Constituição brasileira de 1824, cujo artigo 178 possuía a seguinte redação⁴¹:

É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas pelas legislaturas ordinárias.

³⁶ Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>>, acesso em 19 jun. 2017.

³⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 55.

³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 25.

³⁹ CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 119.

⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 42 e 149.

⁴¹ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>, acesso em 19 jun. 2017

As alterações constitucionais são realizadas pelo Poder Constituinte derivado, cuja competência é a de criar normas de mesma hierarquia e força normativa daquelas estabelecidas pelo Poder Constituinte originário, de modo a permitir a adaptação da Constituição à nova realidade social⁴².

Porém, este poder de reforma, como bem aponta Bonavides, não é dotado de soberania como o Poder Constituinte originário, e se caracteriza por ser o corpo representativo do povo, voltado a preservar a Constituição “(...) nos momentos de transição e translação, quando a crise ainda se resolve por soluções de reforma, que previnem ou que tolhem o advento da revolução”⁴³.

1.2. Poder Constituinte derivado reformador

O Poder Constituinte derivado reformador⁴⁴, também denominado Poder Constituinte instituído ou constituído, é criado pelo Poder Constituinte originário com a finalidade precípua de alterar o texto constitucional para adaptá-lo às novas realidades fáticas e às novas aspirações da sociedade. Para Ramos, a Constituição deve ser apta a prever mecanismos para se amoldar às modificações sociais, políticas, econômicas e, sobretudo, para se incorporar ao estado espiritual do seu tempo⁴⁵.

É cediço, como dito anteriormente, que o Poder Constituinte originário não pode sujeitar as gerações futuras aos preceitos estabelecidos em épocas anteriores. Caso contrário, como ocorreu com as experiências fracassadas da criação de constituições imutáveis ou definitivas, o Poder Constituinte originário novamente irá se manifestar para criar uma nova ordem jurídica compatível com os novos anseios do povo (poder latente).

Assim, o Poder Constituinte originário, com o intuito de evitar a quebra da ordem jurídica no decorrer do tempo, deve possibilitar o poder de reforma, indicando os

⁴² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 127-128.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. A Constituinte de 1987-1988 e a Restauração do Estado de Direito. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. JJ. Gomes Canotilho et. al. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 54.

⁴⁴ O poder atribuído aos Estados federados para a criação das Constituições Estaduais, denominado Poder Constituinte decorrente, e o poder de editar emendas de revisão, denominado Poder Constituinte de revisão, não serão objeto da presente dissertação, por escaparem ao tema proposto. Desse modo, para evitar repetições, quando se tratar do Poder Constituinte derivado, somente está a se referir ao poder reformador. Para aprofundamento da matéria cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴⁵ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 227

mecanismos capazes de adequar o conjunto normativo constitucional, bem como os meios de preservação da identidade material e dos elementos essenciais da Constituição⁴⁶. Permite-se, desse modo, a permeabilidade da Constituição às mudanças sociais, garantindo, às novas gerações, o poder de autodeterminação, e também a estabilidade do núcleo fundamental da Lei Maior.

1.2.1. Características

Como bem adverte Ramos, o Poder Constituinte derivado não inova a ordem jurídica⁴⁷, é criado pelo Poder Constituinte originário com o propósito de alterar a Constituição, para adequá-la às novas realidades fáticas e sociais. Apresenta, portanto, três importantes características: é derivado, condicionado e subordinado.

É derivado, porque é um poder de direito, uma vez que provém e retira sua força do Poder Constituinte originário. Nesse ponto há consenso doutrinário de que os poderes constituídos retiram suas atribuições do Poder Constituinte originário, havendo, para tanto, norma positiva pré-existente que deve ser observada. Ferreira Filho explica que

A propósito da natureza do Poder Constituinte originário, ferve a discussão sobre se esse Poder era poder de direito ou de fato. É claro que em relação ao Poder Constituinte instituído não há polêmica. O Poder Constituinte instituído é um poder de direito, ninguém o nega. Em realidade, para o positivismo jurídico, o único Poder Constituinte de ser analisado juridicamente é o Poder constituinte instituído.⁴⁸

É condicionado, uma vez que somente é apto a se manifestar de acordo com a forma pré-estabelecida pelo Poder Constituinte originário⁴⁹. Deve-se lembrar que nas constituições rígidas, nas quais se verifica a supremacia formal da Constituição, há a discriminação de procedimento mais complexo para alterações das normas constitucionais do que o previsto para a criação ou modificação de atos normativos ordinários.

É subordinado, pois está cingido às regras limitadoras eventualmente estabelecidas pelo Poder Constituinte originário. O poder de revisão é criado pela própria constituição com competência delineada para realizar a alteração das normas constitucionais. Tal

⁴⁶ BRANDÃO, Rodrigo. SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 60 da Constituição Federal. In. **Comentários à Constituição do Brasil**. JJ. Gomes Canotilho et. al. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1125.

⁴⁷ RAMOS, Elival da Silva, op.cit, p. 218.

⁴⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 130.

⁴⁹ CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 247.

competência deve seguir os parâmetros e balizas estabelecidos na *Lex Maior*, de modo a preservar a identidade constitucional⁵⁰.

Diante disso, Brandão e Sarlet, assim como Branco, bem sintetizam as correntes acerca da natureza e funções dos limites de reforma constitucional⁵¹. A primeira delas sustenta que os limites estabelecidos pelo Poder Constituinte originário encerrariam barreiras meramente políticas, e não propriamente jurídicas, já que não existiria hierarquia entre o Poder Constituinte originário e o derivado, pois ambos são expressões da soberania do povo.

Não haveria, ainda, implicações jurídicas, porque as normas constitucionais originárias e derivadas estão inseridas no mesmo sistema jurídico e gozam de mesma hierarquia. Ademais, caso as normas constitucionais não estejam em consonância com a vontade popular majoritária e não haja mecanismos adequados de alteração, haverá, conseqüentemente, a ruptura da ordem jurídica pela manifestação do Poder Constituinte originário, uma vez que as novas gerações não estão submetidas à observância das normas da geração anterior.

Este tipo de argumento, no entanto, questiona a utilidade da própria Constituição e do direito em geral. Diante disso, a segunda corrente, que ora se adota na presente dissertação, é a de que o Poder Constituinte derivado está subordinado ao Poder Constituinte originário e, portanto, deve observar os limites jurídicos do poder de reforma constitucional por este pré-estabelecidos⁵².

Para esta corrente, algumas matérias constitucionais, consideradas essenciais, devem gozar de estabilidade em face da vontade da maioria que decorre de momentos ocasionais e específicos, preservando a identidade da Constituição. O Poder Constituinte derivado, portanto, apesar de ser o órgão responsável pela alteração da Lei Maior, para adapta-la à nova realidade, não poderá usurpar o Poder Constituinte originário e criar uma nova ordem constitucional ou alterar seus elementos nucleares.

⁵⁰ Canotilho leciona que “o poder de revisão constitucional é, conseqüentemente, um poder constituído tal como o poder legislativo (...) o poder de revisão só em sentido impróprio se poderá considerar constituinte; será, quando muito, uma paródia do poder constituinte verdadeiro.” Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 95.

⁵¹ BRANDÃO, Rodrigo. SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 60 da Constituição Federal. In. **Comentários à Constituição do Brasil**. JJ. Gomes Canotilho et. al. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1124-1138; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Poder Constituinte. In. MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires; Idem. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 293.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 294.

Desse modo, o Poder Constituinte derivado deve obedecer os ditames do Poder Constituinte originário, caracterizados como limites de ordem formal, quanto à observância do procedimento definido na própria Constituição, como de ordem material, quanto ao conteúdo de suas manifestações⁵³.

1.3. Assembleia Nacional Constituinte de 27 de novembro de 1985

Assembleia Nacional Constituinte reuniu-se, por meio da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, para promulgar a nova Constituição da República Federativa do Brasil. É importante destacar que a *Lex Maior* ora vigente é fruto da transição de um longo governo ditatorial para outro democrático.

Biagi relembra que o regime ditatorial iniciou-se em 1964 e se estendeu até 1985, após um golpe militar como reação às forças conservadoras do país ao sistema democrático vigente⁵⁴. Em tal período os governantes fizeram uso de atos institucionais que possibilitaram o fechamento do Congresso Nacional, a extinção de partidos, a cassação de mandatos dos parlamentares, a criação de senadores biônicos⁵⁵, bem como a suspensão das eleições diretas para os chefes do Poder Executivo e a limitação de direitos políticos e individuais. Prossegue a jurista afirmando que o Ato Institucional nº 5, instrumento mais rigoroso da época, “autorizava todo o tipo de mecanismo de intervenção na vida da sociedade brasileira, em absoluto desrespeito às liberdades públicas”⁵⁶.

Em 1985, houve a convocação de uma Assembleia Nacional para iniciar o processo de redemocratização do país. Diante das diversas negociações sobre os trabalhos da Constituinte, da participação de membros que estavam no Congresso Nacional na época, discute-se muito a respeito de sua natureza jurídica.

1.3.1. Natureza jurídica

Ferreira Filho declara que a Constituição da República de 5 de outubro de 1988 foi obra de um Poder Constituinte derivado, por ter sido convocada por emenda à constituição

⁵³ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 218.

⁵⁴ BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005, p. 100.

⁵⁵ Os senadores biônicos foram parlamentares nomeados nos últimos anos da ditadura para garantir o controle dos militares no Congresso Nacional.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 100.

então vigente, composta inclusive por senadores eleitos há quatro anos. Assevera o jurista que não houve rompimento de uma ordem jurídica anterior, tendo em vista que não existiu qualquer revolução, mas sim acordo para a transição do governo ditatorial para o democrático⁵⁷.

No mesmo sentido, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim e Marco Aurélio, na discussão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3105, também advertiram sobre a impureza das expressões Poder Constituinte originário e Poder Constituinte derivado no processo histórico brasileiro. Aduziram os juristas que o Poder Constituinte que criou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 era um poder derivado, uma vez que decorreu de um ato de votação sobre uma emenda constitucional à Carta de 1969⁵⁸.

Diante dessa teoria, questiona-se até mesmo a validade das cláusulas pétreas que limitariam o poder de reforma da Constituição da República de 1988, previstas no art. 60, §4º, tendo em vista que somente o Poder Constituinte originário poderia limitar os poderes constituídos, posto que somente aquele poder representa a expressão da soberania popular.

Entretanto, apesar de o processo histórico que levou ao fim da ditadura militar no Brasil ter sido lento, gradual e basicamente acordado, não pressupõe a ideia de ausência de manifestação do Poder Constituinte originário. É preciso lembrar que este Poder é incondicionado, inexistindo forma pré-fixada para seu exercício, logo, não há necessidade de transformação radical, nem mesmo total do regime dominante para que haja sua manifestação.

Ramos esclarece que a Constituição da República de 1988 foi fruto de evidente manifestação do Poder Constituinte originário, tendo em vista o claro rompimento com a ordem jurídica preexistente⁵⁹. Ferreira Filho, no mesmo sentido, adverte que

Melhor teria sido convocar uma Assembleia Nacional Constituinte exclusiva, no sentido de que não tivesse vínculo algum com os poderes legislativos constituídos que compõem o Congresso Nacional. Foi essa, no entanto, a Constituinte politicamente possível. Nem por isso a Constituição deixa de ser produto do constituinte originário, ainda que atuado com imperfeição.⁶⁰

⁵⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 184.

⁵⁸ Inteiro teor do acórdão disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=A&docID=363310>>, em 20 jul. 2017.

⁵⁹ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 123.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 23.

Barroso, por sua vez, alerta que a Constituição da República de 1988, “mais do que em qualquer outro momento da história brasileira, (...) é produto legítimo da soberania popular, com as virtudes e vícios que daí advêm, sobretudo com as imperfeições do sistema representativo”⁶¹.

1.4. Constituição da República de 5 de outubro de 1988

A Constituição da República de 1988, mesmo que de modo subentendido e de forma não convencional⁶², consagrou a teoria da soberania popular, declarando, no preâmbulo e no parágrafo único do art. 1º, que o povo é o titular do Poder Constituinte originário. O preâmbulo reflete a ideologia do Poder Constituinte originário quando da criação da *Lex Maior* e deve ser utilizado para fins de integração e interpretação das normas constitucionais⁶³.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

(...)

Art. 1º (...) Parágrafo único - Todo o poder emana do **povo**, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.
(negrito nosso)

Percebe-se, assim, que o advento do novo texto constitucional é o marco do processo de redemocratização do país. Assim, o Poder Constituinte originário, além de dispor acerca da estrutura e da organização da República Federativa do Brasil, deu especial atenção à democracia e aos seus elementos: proteção do Estado de Direito, da participação política e da garantia dos direitos fundamentais.

Criaram-se, inclusive, em resposta às experiências autoritárias do governo ditatorial, direitos e instituições que gozam de supremacia em face do poder de reforma constitucional, protegendo-os contra as paixões e a irracionalidade das massas ou contra

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo, Saraiva, 1996. p. 61.

⁶² Utiliza-se a expressão “não convencional”, tendo em vista que, “de modo geral, as constituições não consagram normas para aferir a titularidade do Poder Constituinte originário”. Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 308-309.

⁶³ BARCELOS, Ana Paula de. BARROSO, Luís Roberto. *Preâmbulo da CR: função e normatividade*. In. **Comentários à Constituição do Brasil**. JJ. Gomes Canotilho et. al. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 105-107.

quaisquer inconsistências temporais⁶⁴, denominadas cláusulas pétreas, que serão estudadas mais adiante.

1.4.1. Democracia e seus elementos

A democracia, adotada como sistema político dos Estados contemporâneos é, na feliz expressão de Abraham Lincoln em Gettysburg, o “governo do povo, pelo povo e para o povo”⁶⁵.

Apesar do memorável discurso, deve-se lembrar que o conceito de povo varia conforme o momento político-cultural de determinada sociedade, não havendo uma definição pré-concebida dentro de um estudo científico (item 1.1.1.). Assim, o hermeneuta e o aplicador do direito devem buscar critérios para definir os elementos constitutivos do poder democrático, não podendo olvidar que o processo de formação histórica é um dos modos de interpretação jurídica.

Como bem sintetiza Pinto, a democracia teve início na Grécia antiga, especialmente na cidade-estado de Atenas, e ganhou espaço após o fim do absolutismo com as revoluções burguesas. Naquela oportunidade, o povo exercia a democracia de forma direta e, com o passar do tempo e diante do aumento da complexidade dos Estados e das relações sociais, a ideia da representatividade foi ganhando espaço⁶⁶.

Em Atenas, a melhor organização democrática ocorreu no governo de Péricles, quando foi permitido o acesso das classes menos abastadas à política e a participação popular nas deliberações políticas, por meio das Eclésias (assembleias populares). Neste período, somente os cidadãos homens pertencentes àquela cidade, excluídos as mulheres, estrangeiros e escravos, tinham plena participação nas discussões políticas⁶⁷.

Percebe-se que somente pequena parcela dos indivíduos daquela cidade-estado estava inserida no conceito de povo ateniense e, por conseguinte, gozava de liberdade política. Diante disso, Ramos assevera que não houve um real sistema democrático no

⁶⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição como reserva de justiça**. São Paulo: Lua Nova nº 42, 1997, p. 59-60.

⁶⁵ Disponível em <<http://www.arqnet.pt/portal/discursos/novembro01.html>>, acesso em 7 nov. 2017.

⁶⁶ PINTO, Érica Maria Garcia. **Instrumentos de participação democrática direta: o plebiscito e o referendo**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/D.2.2013.tde-05022014-114205. Acesso em: 2017-11-20. p.9.

⁶⁷ Ibidem, p. 15.

período da Antiguidade, porque estava ausente a ideia de igualdade que atualmente prevalece no conceito moderno de democracia⁶⁸.

Não se pode olvidar, entretanto, que o sistema democrático ateniense, por mais que apresentasse imperfeições, foi importante para a construção da ideia atual de democracia. Em Atenas existiu, mesmo que de forma excludente, certa manifestação dos princípios da igualdade de direitos perante a lei, da liberdade de expressão e da liberdade de conduta conforme a lei, além da participação direta dos cidadãos nas deliberações dos negócios públicos⁶⁹.

Já na Idade Moderna, havia a separação da sociedade civil e do Estado. A primeira representada pela burguesia (classe econômica) e a segunda pela nobreza e pelo clero (classes políticas). Contra essa divisão e contra o absolutismo do monarca, existiram diversas reações denominadas revoluções burguesas, cujos maiores expoentes foram a Revolução Gloriosa Inglesa e a Revolução Francesa.

Neste período, os grandes ideais democráticos eram a redução e controle do poder político, a cessação dos privilégios aristocráticos, a garantia do livre mercado sem a interferência do Estado, bem como a representação do povo nas deliberações políticas. Essa representação popular no governo francês foi realizada pela burguesia, conforme proposto por Sieyès no manifesto político “*Qu’est-ce que le Tiers-État?*” (vide item 1.1.).

Sob o ponto de vista atual, a democracia representativa instituída pela burguesia francesa também apresentava diversos problemas como, por exemplo, o evidente caráter oligárquico, a separação dos cidadãos em ativos e passivos e a instituição do voto censitário. Por conta disso, Ferreira Filho critica o modelo, ao afirmar que, na verdade, na idade moderna, criou-se o “governo de alguns, de acordo com suas próprias opiniões, embora esses poucos fossem eleitos pelo ‘povo’”⁷⁰.

Contudo, foi nesta época que se consolidou a ideia de Estado de Direito e de soberania popular, cuja bandeira, como bem observa Cunha Júnior, era “a submissão de

⁶⁸ RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 16 e 23.

⁶⁹ Segundo Pinto, “havia ingerência do Estado em muitas questões privadas. Em Atenas, as leis da cidade não permitiam que as mulheres levassem mais do que três vestidos em viagens. Em Esparta, após a derrota de Leuctra, os pais dos cidadãos mortos na batalha deveriam demonstrar felicidade, de modo que o Estado se sobreponha até aos sentimentos naturais.” Cf. PINTO, Érica Maria Garcia. **Instrumentos de participação democrática direta: o plebiscito e o referendo**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/D.2.2013.tde-05022014-114205. Acesso em: 2017-11-20. p.15

⁷⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 12-13.

todos, sobretudo do Estado, ao império da lei, à separação dos poderes e à declaração de direitos individuais”⁷¹.

Pinto aduz que somente nos Estados Unidos da América, no século XVIII, é que se vislumbra um modelo democrático como temos atualmente, baseado na separação dos poderes e na forma federativa do Estado, apesar de também ter sido pautado no voto censitário, com certa mitigação da participação do povo nas decisões políticas⁷².

Após a segunda guerra mundial, verificou-se a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana, com a proteção dos direitos fundamentais, bem como da participação do povo na tomada de decisões, até mesmo com a utilização de plebiscitos e referendos, e da criação dos partidos políticos.

Dentro desse contexto, é importante ressaltar que o ideal de democracia ainda não está pronto e acabado, mas permanece em constante evolução e aprimoramento⁷³. Busca-se, no decorrer do tempo e da história, que o sistema político democrático deixe de ser um conceito abstrato e passe a ser um processo de concretização de seus elementos constitutivos: afirmação do povo por meio do Estado de Direito, da participação popular e da proteção da dignidade da pessoa humana.

1.4.1.1. Estado de Direito

O Estado de Direito é o primeiro elemento da democracia e está consubstanciado na máxima “governo do povo”. Em um sistema democrático, portanto, o Estado é constituído por normas, órgãos e instituições governamentais concebidos por meio do consenso popular e, mais do que isso, a atuação estatal estará submetida às normas jurídicas que edita, com o fim de garantir equilíbrio às relações de poder⁷⁴.

Tal modelo surgiu por meio dos movimentos liberais, se espalhou pelos países ocidentais entre os séculos XVII e XIX, quando se reconheceu que o povo somente deve

⁷¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 511.

⁷² PINTO, Érica Maria Garcia. **Instrumentos de participação democrática direta: o plebiscito e o referendo**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/D.2.2013.tde-05022014-114205. Acesso em: 2017-11-20.

⁷³ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 40.

⁷⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37.

seguir as instituições e regras constantes na *Lex Maior*, já que provenientes da manifestação da própria soberania⁷⁵. Sundfeld ensina que

A lei que, até o período medieval, era vista como sagrada e imutável e, no período absolutista, como fruto de um querer divino (que o soberano expressava), ganha, com o Estado de Direito, característica humana: passa a ser a expressão da vontade geral. A lei destinada a reger a vida dos homens, deve ser feita por eles.⁷⁶

Na atual Constituição da República do Brasil, o Estado de Direito está positivado no art. 1º, parágrafo único, ao dispor que “todo poder emana do povo”, em consonância com as demais constituições dos países democráticos. No mesmo sentido, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão é clara ao afirmar que “a lei é a expressão livre e solene da vontade geral; ela é a mesma para todos” (art. 4º)⁷⁷.

Não se pode esquecer, porém, que o Estado de Direito e a democracia eram estudados, originariamente, como institutos distintos. Ensinam Cunha Júnior e Sundfeld que o Estado de Direito não é corolário necessário do princípio democrático, uma vez que foi utilizado diversas vezes para justificar a atuação de governos ditatoriais, por exemplo, os governos fascista e o nazista. Nesses momentos, apesar do estrito cumprimento das Constituições e demais normas legais, permitiram-se barbáries contra os direitos fundamentais e o controle de poder nas mãos dos governantes⁷⁸.

Atualmente, contudo, são concebidos como institutos político-jurídicos interdependentes: não há democracia sem o Estado de Direito e vice-versa. Somente com a existência de instituições e de normas baseadas na soberania popular, pode-se falar em verdadeira participação política e proteção dos direitos fundamentais, pois é a vontade geral a que legitima e determina o conteúdo dos ordenamentos jurídicos constitucionais democráticos⁷⁹.

Sob outro viés, Bobbio assevera com precisão que o Estado de Direito, além de exercer seu poder com base nas leis que cria, deve buscar o reconhecimento dos direitos

⁷⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. **O futuro da Democracia – uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 20; RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 16-17.

⁷⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. op cit., p. 45.

⁷⁷ Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>>, em 19 jun. 2017.

⁷⁸ Para aprofundamento do tema cf. CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 512-513. SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49-54.

⁷⁹ RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 17.

invioláveis dos indivíduos, pois eles são o pressuposto essencial para o correto funcionamento dos mecanismos da democracia⁸⁰.

1.4.1.2. Participação política

A democracia, como estudado no contexto histórico (item 1.4.1.), possui um ideal de concretização dos princípios da liberdade e da igualdade, que somente serão atingidos com a participação do povo no processo de deliberação política.

A participação política é, portanto, o segundo elemento do sistema democrático, caracterizado pela fórmula “governo pelo povo”, responsável pela dinâmica do exercício do poder. Ramos assevera que é por meio desse elemento que “a soberania popular adquire feições concretas no ambiente sócio-político, deixando de ser uma mera figura retórica ou algo que interessa apenas no nascedouro das instituições democráticas”⁸¹.

Bonavides, por sua vez, afirma que a participação política ocupa um papel decisivo na formulação do conceito de democracia. O jurista ressalta que o povo é o sujeito ativo e passivo de todo o processo decisório do Estado, por meio do qual se governam as sociedades livres. Esse elemento, assim, se traduz na possibilidade de o povo participar ativamente, de modo direto ou por representantes eleitos, nos negócios públicos.

A democracia, com base no elemento da participação política, pode ser dividida em três categorias: direta, indireta e semidireta.

A primeira decorre da participação do povo de forma pessoal e direta nas deliberações políticas do Estado, sem qualquer intermediário (democracia participativa). Verifica-se somente na antiguidade a participação direta do povo nas deliberações do Estado, por exemplo, na cidade-estado de Atenas, onde o povo era composto somente dos cidadãos homens originários da cidade, excluídos os estrangeiros, mulheres e os escravos. Por possuir uma pequena extensão territorial, por ser uma sociedade escravocrata e por serem considerados cidadãos apenas uma pequena parcela da sociedade, havia a possibilidade de participação direta do povo nas assembleias populares (Eclésias)⁸².

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **O futuro da Democracia – uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 20.

⁸¹ RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 20.

⁸² PINTO, Érica Maria Garcia. **Instrumentos de participação democrática direta: o plebiscito e o referendo**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/D.2.2013.tde-05022014-114205. Acesso em: 2017-11-20.

A segunda, por sua vez, caracteriza-se pela outorga, pelo povo, das funções políticas aos seus representantes, tendo em vista a impossibilidade de gerir os negócios públicos diretamente (democracia representativa). Tal modelo surgiu após as revoluções burguesas e se justifica em vista da grande extensão territorial dos Estados e da complexidade das relações sociais. Conforme Silva, esse modelo pressupõe um conjunto de instituições, órgãos e procedimentos para que possa haver efetividade no seu emprego como, por exemplo, sistema eleitoral, partidos políticos, voto etc⁸³.

A terceira combina os elementos das duas anteriores (participativa e representativa), tendo em vista a impossibilidade de o povo dos Estados contemporâneos participar diretamente de todas as deliberações públicas, bem como do reconhecimento da insuficiência da democracia representativa. Algumas decisões são, portanto, deixadas a cargo dos próprios cidadãos, por meio da utilização de instrumentos de participação direta, como, por exemplo, os plebiscitos e referendos populares.

A democracia semidireta de participação política foi o sistema político adotado no Brasil, cuja atual Constituição da República define que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (art. 1º, parágrafo único). Tal previsão está em harmonia com as demais constituições dos Estados democráticos, bem como com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão que determina que todos os cidadãos possuem igual direito de concorrer à formação da lei e de nomear seus representantes (art. 29)⁸⁴.

1.4.1.3. Proteção dos direitos fundamentais

O terceiro elemento da democracia é a proteção dos direitos fundamentais, tendo em vista a ideia do “governo para o povo”. O Estado de Direito e o exercício do poder político devem guardar correlação com a finalidade do princípio democrático: a promoção da dignidade humana, prevista no art. 1º, III, da atual Constituição da República.

O Estado deve se orientar e criar institutos para garantir a plena realização da pessoa, e não o oposto, quando o povo serve ao próprio Estado. Há necessidade, portanto, de os órgãos estatais realizarem suas funções de modo a garantir a maior proteção possível dos direitos fundamentais, dentro da realidade dos complexos Estados contemporâneos.

⁸³ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 41.

⁸⁴ Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>>, em 19 jun. 2017.

Esse é o entendimento da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão ao estabelecer que o fim da sociedade é a felicidade comum, sendo o governo o meio para garantir ao homem o gozo dos direitos humanos (art. 1º)⁸⁵. Sieyès afirma, com propriedade, que “é impossível uma associação legítima que não tenha por objeto a segurança comum, a liberdade comum, enfim, a coisa pública”⁸⁶.

Desse modo, mesmo que de forma indireta, quando o povo se reúne em Assembleia Constituinte ou mesmo para deliberar acerca das demais decisões políticas do Estado, deve-se buscar a concretização do bem comum, que, para Ramos, é o “conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”⁸⁷.

A proteção dos direitos fundamentais, por se tratar de matéria mais complexa e que merece maior aprofundamento na presente dissertação, será revisitada no Capítulo 2.

1.5. Limites ao Poder Constituinte derivado reformador na Constituição da República de 5 de outubro de 1988

A Constituição da República de 1988 é classificada como uma constituição escrita, por estar codificada em um texto solene, além de rígida, por apresentar um procedimento diferenciado para alterações das normas constitucionais (art. 60) em relação ao previsto para a edição ou alteração de leis infraconstitucionais (art. 61 e seguintes), conforme explicado no item 1.1.6.

Apesar da previsão de um procedimento específico para a promulgação das emendas constitucionais, o art. 59 as enumera em conjunto com os demais atos normativos ordinários. Afinal, a competência para representar a vontade do povo tanto na atuação legislativa ordinária quanto na reforma constitucional é do Congresso Nacional.

Isso não quer dizer, contudo, que o povo não possa propor reformas na Constituição da República diretamente. Embora não haja qualquer previsão expressa a respeito dessa competência, Ferreira Filho leciona que é possível a participação direta do

⁸⁵ Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>>, em 19 jun. 2017.

⁸⁶ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers-État?)**. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2015, p. 61.

⁸⁷ RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 19-20.

povo para propor reformas à Constituição da República, desde que o Congresso Nacional entenda conveniente⁸⁸.

Independentemente de o povo atuar de forma direta ou indiretamente, por intermédio do Congresso Nacional, o Poder Constituinte reformador nada mais é do que um conjunto de instituições e competências criados pelo Poder Constituinte originário, para a realização das alterações necessárias na *Lex Maior*. Portanto, com supedâneo na teoria de Sieyès estudada nos itens 1.2. e 1.2.1., o Poder Constituinte derivado não goza de qualquer supremacia e é subordinado à vontade popular expressada e positivada no texto da Constituição.

Desse modo, este Poder deve respeitar os limites estabelecidos na Constituição da República. Tais limites se dividem em formais, circunstanciais e materiais. Sampaio sustenta que existem limitações implícitas ao Poder Constituinte derivado, dentre elas a alteração concernente à titularidade do Poder Constituinte ou do Poder Constituinte derivado e a modificação das regras referentes às próprias condições de delegação⁸⁹.

Nesse sentido, assevera Sieyès que “em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação”⁹⁰. Para a presente dissertação, contudo, somente interessa o estudo das limitações denominadas explícitas.

1.5.1. Limites formais de reforma constitucional

Os limites formais de reforma, também denominados procedimentais ou de rito, caracterizam-se pelo método mais complexo para alteração da ordem constitucional em relação àquele para alteração e criação de leis ordinárias. Tal procedimento está disciplinado no art. 60, *caput*, e §§ 2º e 3º, da *Lex Maior*, *in verbis*:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
II - do Presidente da República;
III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.
(...)

⁸⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 259.

⁸⁹ Para aprofundamento do tema, cf. SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional**. 3. ed., rev. e atual. por Uadi Lamego Bulos. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995, 135p.

⁹⁰ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers-État?)**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2015, p. 40.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

(...)

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

No tocante à iniciativa, a proposta de emenda constitucional somente pode ser realizada por número significativo de deputados ou senadores (ato coletivo), pelo presidente da República (ato simples), ou por mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Em relação à última, a doutrina traz diversas críticas⁹¹, especialmente quanto à dificuldade de proposição de projeto de emenda constitucional pelas casas legislativas dos estados-membros e do Distrito Federal, sendo praticamente inócua a eficácia prática da norma insculpida no art. 60, III. Afirma-se que é bem mais fácil propor a alteração das normas constitucionais por um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal do que pelo quórum estabelecido para as Assembleias Legislativas.

Em relação à deliberação e aprovação, o procedimento de alteração do texto da Constituição por meio de emenda constitucional é um ato complexo, pois só se concretiza com a aprovação das duas Casas Legislativas em dois turnos⁹² e, além disso, exige maioria qualificada para aprovação (três quintos dos votos dos respectivos membros), o que representa o melhor sinal do *consensus* do povo e legitimidade da alteração⁹³.

A emenda constitucional, diferentemente das leis, não está sujeita à sanção ou ao veto do Presidente da República. Logo, uma vez aprovada pelas Casas Legislativas, será submetida à promulgação⁹⁴, em conjunto, pelas Mesas das Casas do Congresso Nacional, recebendo o respectivo número de ordem. Caso a proposta venha a ser rejeitada ou prejudicada, não poderá ser renovada na mesma sessão legislativa.

⁹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 258.

⁹² Id., **Do Processo Legislativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 290.

⁹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 182.

⁹⁴ A promulgação diferencia-se da publicação. A promulgação refere-se ao atestado de existência do ato normativo pela autoridade competente, enquanto a publicação visa dar conhecimento da existência da norma aos respectivos destinatários. Cf. RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vícios e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 39.

1.5.2. Limites circunstanciais de reforma constitucional

Os limites circunstanciais visam à proteção da integridade da Magna Carta nos momentos de instabilidade política, sendo vedadas alterações ao texto constitucional “(...) na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio” (art. 60, §1º).

Silva define estado de defesa como a situação em que há necessidade de o Estado tomar certas medidas excepcionais com o intuito de afastar determinadas ameaças à ordem ou à paz sociais (art. 136). O estado de sítio se configura pela instauração de uma legalidade extraordinária transitória, cujo objetivo é restaurar a ordem constitucional ameaçada por comoção grave ou declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira (art. 137). A intervenção federal, por sua vez, também se configura por ato político anormal decorrente da suspensão da autonomia dos entes federados (art. 34)⁹⁵.

Nessas situações, falta o equilíbrio necessário para se alterar a ordem constitucional instituída, consubstanciado na serenidade e na ponderação. Procura-se, portanto, assegurar que as deliberações referentes às modificações das normas constitucionais sejam realizadas em ambiente de paz e liberdade, afastando as pressões políticas ou interesses não correspondentes ao titular do Poder Constituinte⁹⁶.

Não se deve confundir os limites circunstanciais com as denominadas limitações temporais, que não mais subsistem no nosso ordenamento jurídico. Estas limitações, diferentemente das circunstanciais, conforme leciona Cunha Júnior, vedavam a alteração da Carta Política durante determinado período de tempo⁹⁷. Por exemplo, a Constituição do Império de 1824 somente poderia ser reformada depois de quatro anos após o juramento, antes desse período qualquer alteração estava vedada (art. 174⁹⁸).

1.5.3. Limites materiais de reforma constitucional

⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 619-621.

⁹⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 318-319.

⁹⁷ CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 249.

⁹⁸ Art. 174 da Constituição do Império de 1824: “Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte deles”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>, acesso em 19 jun. 2017.

Além dos limites formais e circunstanciais, o Poder Constituinte derivado ainda deve respeitar os elementos constitucionalmente essenciais da Constituição, que representam a própria identidade do Poder Constituinte originário.

Esses elementos essenciais, para Bulos, representam o “núcleo normativo” que engloba as matérias imprescindíveis à configuração das suas linhas-mestras, e, por isso, não pode ser modificado⁹⁹. Esses limites são denominados pela doutrina como cláusulas pétreas, cuja previsão encontra-se no art. 60, §4º, da Constituição da República, a saber:

Art. 60. (...)

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

I - a forma federativa de Estado;

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

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (negrito nosso)

Primeiramente, há necessidade de decompor esse artigo em diversas partes, de modo a permitir o estudo acerca do alcance da proteção nele prevista, começando pela interpretação a ser dada à expressão “não será objeto de deliberação a proposta tendente a abolir”.

Adota-se, nesse ponto, a corrente defendida por Ferreira Filho, pela qual são permitidas modificações no texto constitucional e nos regimes de aplicação das normas protegidas pelo art. 60, §4º, desde que não extingam, eliminem ou ponham fim, por via direta ou mesmo oblíqua, ao núcleo essencial da Constituição¹⁰⁰. No mesmo sentido, Ramos esclarece que o Poder Constituinte originário pretendeu vedar a eliminação de princípios nucleares da *Lex Maior* ou mesmo de normas secundárias, cuja consequência seria o grave enfraquecimento dos elementos essenciais da Constituição, de modo a colocar em risco sua permanência¹⁰¹.

Dirley da Cunha Júnior, por sua vez, afirma que “as limitações materiais não vedam a alteração ou reforma das matérias que visam proteger, mas sim a supressão total ou parcial delas, assegurando seu conteúdo mínimo”¹⁰². Assim, percebe-se, assim, que as alterações constitucionais são possíveis desde que venham a fortalecer e aperfeiçoar o federalismo, a participação política, a separação dos poderes, os direitos e garantias

⁹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 320.

¹⁰⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 261-262.

¹⁰¹ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 269-270

¹⁰² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 249.

individuais, ou mesmo quando as modificações normativas não afetarem o núcleo fundamental da Magna Carta¹⁰³.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2024-2/DF, asseverou que

(...) 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 protege¹⁰⁴.

A dificuldade, porém, é estabelecer quais os direitos e condições básicas são protegidos pelas cláusulas pétreas. Há necessidade de o aplicador e o intérprete do direito realizarem um esforço interpretativo para determinar o que é o núcleo essencial, por meio das diversas formas exegéticas, por exemplo, a gramatical, a lógica, a sistemática e a histórica¹⁰⁵.

Logo, por meio de uma análise histórico-sistemática, proposta por Maunz e Zippelius, o núcleo essencial da Constituição é a própria ideia de direito de Burdeau, exprimida no consenso de determinada coletividade que legitima a atuação do Poder Constituinte originário¹⁰⁶. Busca-se, portanto, qual a razão de o Poder Constituinte originário ter entrado em exercício para promover a nova ordem política do Estado. Essa identidade histórica irá nortear o que é o núcleo fundamental da Constituição.

É imperioso lembrar, diante disso, que a Constituição ora vigente, em contraposição ao governo ditatorial existente à época, empenhou-se, em especial, na criação de um regime democrático¹⁰⁷. Assim, para consagrar a nova ideia de direito e demonstrar o intuito da ordem política, oposta à preexistente, a Constituição ora vigente trouxe, logo no art. 1º, *caput*, o que se entende por seu núcleo duro: **a Democracia, em seus três elementos essenciais: o Estado de Direito, a participação política e a proteção dos direitos fundamentais** (vide itens 1.4.1 a 1.4.1.3), *in verbis*:

¹⁰³ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição como reserva de justiça**. São Paulo: Lua Nova nº 42, 1997, p. 88.

¹⁰⁴ Inteiro teor do acórdão disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=466214>>, em 03 jul. 2017.

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e possíveis limitações. In: Mendes, Gilmar Ferreira et. al. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 212-213.

¹⁰⁶ Cf. BURDEAU, Georges. **O Estado**. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, p. 41; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 249 e 254; SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 83.

¹⁰⁷ Antes da Carta Política de 1988, o Direito Constitucional brasileiro era mais um direito de organização do Estado e menos um direito de proteção aos direitos individuais.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (negrito nosso)

É o princípio democrático, portanto, o núcleo intangível e imodificável da Constituição da República, sendo proibida a intervenção do Poder Constituinte derivado para prejudicá-lo, sob pena de usurpação da vontade do povo e do próprio Poder Constituinte originário. Nesse sentido, Streck e Moraes afirmam que

a noção de Estado Democrático de Direito, normatizada no art. 1º da Constituição do Brasil, demanda a existência de um núcleo (básico) que albergue as conquistas civilizatórias assentadas no binômio democracia e direitos humanos fundamentais-sociais¹⁰⁸.

Vieira, por sua vez, afirma que o fato de as cláusulas pétreas terem sido criadas pelo Poder Constituinte originário não é suficiente para legitimá-las. É necessário, pois, que tais limites ao poder de reforma tenham por escopo a manutenção do processo de emancipação humana, com a expansão do constitucionalismo democrático, de modo a garantir às futuras gerações o direito de se autogovernar¹⁰⁹. Prossegue o jurista, enumerando de forma exemplificativa, o que as cláusulas pétreas visam proteger:

1) os direitos que conferem autonomia privada a cada indivíduo, como liberdade de pensamento e de crença, liberdade de locomoção, integridade física e mental, bem como as garantias necessárias para que essas liberdades sejam preservadas;

2) a instituição do Estado de direito, que garanta o princípio da legalidade. Significa que as regras devem ser gerais, públicas, prospectivas, e aplicadas de forma congruente. Isso certamente exige um Estado organizado com base no princípio da separação dos poderes (...)

3) um rol de direitos essenciais para que a igualdade e dignidade dos cidadãos, enquanto seres racionais e autônomos, seja mantida. Esse rol é composto pelos direitos de participação na tomada de decisão pública. O direito de votar e ser votado; o direito de se expressar livremente e de ter acesso ao maior número de informações livremente produzidas; o direito de formar associações políticas; o direito de divergir e formar oposição (...)

4) por fim, os direitos sociais, econômicos e culturais básicos, (...) tanto por serem necessários à realização de direitos civis e políticos, como pelo seu *status* de direitos tão morais, como os direitos civis e políticos básicos (...)¹¹⁰.

¹⁰⁸ STRECK, Lênio Luiz. DE MORAIS, José Luís Bolzan. Comentário ao art. 1º da Constituição Federal. In. **Comentários à Constituição do Brasil**. JJ. Gomes Canotilho et. al. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 116.

¹⁰⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição como reserva de justiça**. São Paulo: Lua Nova nº 42, 1997, p. 78-80.

¹¹⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição como reserva de justiça**. São Paulo: Lua Nova nº 42, 1997, p. 84.

Como se percebe, é complexo definir de antemão quais medidas promovidas pelo Poder Constituinte derivado irão interferir no núcleo intangível da Constituição, cabendo ao intérprete analisar, caso a caso, se a proposta de emenda ataca esses princípios, de tal forma a por em risco a subsistência da democracia¹¹¹. O núcleo essencial protegido pela Constituição funciona como uma barreira absoluta ao Poder Constituinte derivado, de modo a evitar o abuso de poder e a usurpação do Poder Constituinte originário¹¹².

Protegido tal núcleo, portanto, as normas constitucionais podem ser objeto de alteração pelo Poder Constituinte derivado. Interpretação diversa, de que as cláusulas pétreas gozam de proteção absoluta, obstaculiza a introdução de quaisquer mudanças na Carta Política e, conseqüentemente, viola a liberdade das demais gerações de criarem suas próprias normas. Deste modo, os limites materiais servirão como instrumento antagônico à própria democracia e não em prol do aperfeiçoamento dela¹¹³.

Feitas essas considerações iniciais a respeito dos limites materiais do Poder de reforma, passa-se à análise de cada uma das cláusulas pétreas previstas no art. 60, §4º, da Constituição da República.

1.5.3.1. Forma federativa de Estado

A federação é conceituada pela forma de Estado composta pela união indissolúvel de diversas organizações políticas, com autonomia própria, no mesmo espaço territorial¹¹⁴. No Brasil, o federalismo foi considerado cláusula pétrea por todas as Constituições republicanas e, na atual, tal previsão encontra-se no art. 60, §4º, I.

Embora não seja um instituto próprio da democracia, tendo em vista possibilidade de existência de Estados Unitários democráticos, no Brasil, a proteção da autonomia dos entes federados em face do poder de reforma constitucional provem do Estado de Direito e ganha importante relevância devido à sua formação histórica.

O federalismo pátrio, ainda em evolução, deriva de um movimento centrífugo, tendo em vista que sua criação decorreu de dentro para fora, iniciando em um Estado

¹¹¹ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 226.

¹¹² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 341.

¹¹³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *op.cit.*, p. 60 e 85.

¹¹⁴ CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 851-852.

Unitário para formar unidades autônomas¹¹⁵. Atualmente, a federação brasileira é formada pelos seguintes entes políticos: União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios (art. 18, *caput*), no entanto, possui acentuados traços de centralismo, já que a maioria das competências são atribuídas ao primeiro.

Apesar disso, a Magna Carta assegura a todos os entes federados evidentes traços de autonomia, traduzida nas capacidades de auto-organização, caracterizada pela possibilidade de edição de constituições e leis orgânicas próprias; de autolegislação, determinada pela competência para criar leis gerais e abstratas; de autoadministração, qualificada pela possibilidade de manter e prestar serviços próprios; e de autogoverno, definida pela possibilidade de gerir os próprios negócios¹¹⁶.

Tais capacidades são protegidas em relação ao poder de reforma, de modo a permitir a consecução das finalidades constitucionais, por meio da colaboração recíproca entre todos os entes políticos (federalismo participativo ou cooperativo)¹¹⁷. Logo, como bem observam Sarlet e Brandão, conquanto a forma federativa seja considerada cláusula pétrea, a Constituição da República admite a promulgação de emendas constitucionais para corrigir determinados equívocos feitos pelo Poder Constituinte originário, especialmente quando promovem o aprimoramento da federação¹¹⁸.

Restam vedadas, a *contrario sensu*, as modificações constitucionais que vão de encontro ao Estado de Direito e ferem o núcleo essencial da Constituição da República, por exemplo, o exercício do Poder Constituinte derivado contra: a proteção da autonomia política dos entes federados, a preservação da repartição rígida de competências, a participação dos Estados-membros na formação da vontade nacional e a proibição da secessão¹¹⁹.

1.5.3.2. Voto direto, secreto, universal e periódico

O voto é a manifestação da cidadania e da soberania popular, permitindo que os indivíduos do Estado possam intervir no processo governamental, elegendo os seus

¹¹⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 782.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 784.

¹¹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 856.

¹¹⁸ BRANDÃO, Rodrigo. SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 60 da Constituição Federal. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. JJ. Gomes Canotilho et. al. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1133-1134.

¹¹⁹ *Ibid.*, loc.cit.

representantes extraordinários ou sendo eleitos para exercer um mandato. Ferreira Filho ensina que

(...) a participação no governo se dá de dois modos diversos: por poder contribuir para a escolha dos governantes ou por poder ser escolhido governante. Distinguem-se, por isso, duas faces na cidadania, a ativa e a passiva. A cidadania ativa consiste em poder escolher; a passiva em, além de escolher, poder ser escolhido.¹²⁰

A proibição de alterar as normas constitucionais referentes ao voto direto, secreto, universal e periódico, prevista no art. 60, §4º, II, da Constituição da República, visa preservar o princípio democrático, no seu elemento mais visível: a participação política¹²¹ (vide item 1.4.1.2.).

Portanto, não se admite a propositura de emendas constitucionais que visem restringir a participação popular nas decisões políticas fundamentais do Estado, de modo a ferir a própria democracia, como, por exemplo, o voto censitário, de “cabresto” ou a proibição da participação das mulheres no cenário político. Sendo possível, porém, a alteração das normas constitucionais para aprimorar, ainda mais, a participação popular nos negócios públicos.

Não se pode olvidar que o próprio Poder Constituinte originário estabeleceu alguns limites em relação aos direitos políticos que deverão ser observados tendo em vista serem expressão da soberania nacional. Tais balizas encontram-se no art. 14 da Magna Carta e dizem respeito à idade mínima, à alfabetização, à nacionalidade, ao exercício obrigatório do serviço militar etc.

1.5.3.3. Separação dos Poderes

A organização dos Poderes deverá ser estruturada pela Constituição, podendo, cada Estado, possuir um modelo diferente. Assim, o poder pode se concentrar nas mãos de um único órgão ou ser dividido entre diversos órgãos.

A atual Constituição da República previu a separação em Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no art. 2º, sendo que ao primeiro cabe inovar a ordem jurídica, com a criação de atos normativos gerais e abstratos. Ao segundo compete gerir os negócios públicos, dando concretude às normas da Magna Carta, bem como àquelas criadas pelo Poder Legislativo. Ao terceiro, por sua vez, incumbe a função jurisdicional de resolução de

¹²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 144.

¹²¹ Id. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 263.

conflitos e controvérsias, bem como controle dos atos dos demais poderes em consonância com a Constituição da República.

Adverte Montesquieu que as Constituições democráticas devem estabelecer os freios e contrapesos entre os poderes do Estado, tendo em vista que o poder corrompe e vai até onde encontra limites e, desse modo, fere o ideal de liberdade do sistema político¹²². Prossegue o filósofo afirmando que “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as divergências dos indivíduos”¹²³.

Assim, a elevação da separação desses Poderes ao *status* de cláusula pétrea pela Constituição da República (art. 60, §4º, III) tem por objetivo o fracionamento das funções estatais em diversos órgãos, de modo a garantir o livre exercício das funções públicas e evitar, conseqüentemente, o “monismo de poder” com o enfraquecimento ou subordinação de algum desses poderes a outro¹²⁴.

Isso não quer dizer, porém, que haja uma independência absoluta entre os Poderes do Estado, mas sim que existe uma relação de interdependência e mútuo controle. Ferreira Filho ensina que a intenção do Poder Constituinte originário não é assegurar a independência rigorosa dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, mas aceitar a existência de relação harmônica entre eles¹²⁵.

Não há mais espaço, nos Estados democráticos contemporâneos, para a ideia de poderes estanques e impenetráveis, pois, somente com a atuação conjunta e interligada dos três Poderes, poder-se-á atingir os fins pretendidos pela *Lex Maior*, especialmente no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais e à promoção da dignidade da pessoa humana (vide item 1.4.1.3).

Desse modo, a separação dos poderes deixa de ser uma característica meramente estrutural, para integrar o Estado de Direito como instrumento de garantia da soberania popular, visando a efetiva concretização da democracia.

¹²² MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. 3ª ed. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1985, p. 149.

¹²³ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. 3ª ed. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1985, p. 149.

¹²⁴ BRANDÃO, Rodrigo. SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 60 da Constituição Federal. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. JJ. Gomes Canotilho [et. al.] São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1134.

¹²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 263-264.

1.5.3.4. Direitos e garantias individuais

Cabe ao Poder Constituinte originário definir os contornos da atuação estatal, ditando quais os direitos devem ser protegidos e concretizados, diante da complexa realidade social dos Estados contemporâneos.

Logo, o limite material, previsto no art. 60, §4º, IV, da Constituição da República, dispõe acerca da proteção dos “direitos e garantias individuais” em face do poder de reforma constitucional, tendo como objetivos primordiais a consecução e a preservação do fim do próprio Estado democrático brasileiro (vide item 1.4.1.3.).

Tal limite, porém, é o que causa maiores reflexões doutrinárias e jurisprudenciais. Há sérios debates em relação ao termo “individuais” empregado no texto do artigo, uma vez que a ele podem ser atribuídos diferentes sentidos, em busca de definir qual a abrangência da norma e quais os direitos que devem ser efetivamente protegidos em face do Poder Constituinte derivado.

O primeiro sentido decorre da interpretação literal do dispositivo constitucional, cuja conclusão é a de que somente os direitos individuais previstos no art. 5º, e nenhum outro, seriam considerados cláusulas pétreas, excluindo-se os direitos sociais do rol a ser protegido em face do Poder Constituinte instituído, bem como os direitos difusos e coletivos e os de nacionalidade. Nesse sentido, Martins aduz que

(...) as cláusulas pétreas são apenas as contidas no artigo 5º da Constituição. O inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição menciona que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais. O artigo 40 da Constituição não está na parte da Lei Maior que trata de direitos e garantias fundamentais, que estão consagrados no artigo 5º da Lei Magna.¹²⁶

Entretanto, há outra corrente que defende que a interpretação do dispositivo deve ser feita de modo sistemático e finalístico. Isso porque, ao se interpretar as normas constitucionais, o hermeneuta deve levar em consideração, além das finalidades da *Lex Maior*, o modo rebuscado e complexo por meio do qual a Carta Política foi elaborada e as várias imprecisões constantes no texto final.

Pede-se *vênia* para transcrever parte do voto do Ministro Sydney Sanches na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 378, para melhor elucidar o raciocínio:

(...) muito embora a teoria do Direito Constitucional aponte para a correção dos termos pousados nas constituições, ante o alto grau de elaboração e análise a que

¹²⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **A reforma previdenciária**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 118.

foi submetido o texto, não se haverá olvidar que o nosso processo constituinte foi feito de maneira bastante insatisfatória e atravancada, apesar do longo período elaborativo, legando à norma Suprema o infeliz apelido de ‘colcha de retalhos’. Deve ser visto com cautela o critério interpretativo de conceder muita importância ao uso dos termos, haja vista a frequência com que se usou um termo por outro na Constituição Federal¹²⁷.

Diante disso, como bem pondera Bonavides, as interpretações da Constituição devem ser dirigidas para a finalidade que mais se coadune com os objetivos nela expressos, sem rigorismos que ignorem o escopo pretendido pelo Poder Constituinte originário¹²⁸. Para esta corrente doutrinária, o termo “individuais” constante da norma constitucional, deve ser interpretado expansivamente, de modo a conferir *status* de cláusulas pétreas a todos os direitos fundamentais¹²⁹.

Entende-se, no entanto, que as divisões acadêmicas não são excludentes, mas complementares. Afinal, não se pode inferir que a primeira corrente afasta, de forma absoluta, os direitos sociais, de nacionalidade, políticos, difusos e coletivos do rol protegido pelas cláusulas pétreas, pois o próprio art. 5º, §2º, da *Lex Maior*, prevê a proteção dos direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. A segunda corrente, por sua vez, apesar de defender que todos os direitos fundamentais estão arrolados na vedação do art. 60, §4º, IV, da Constituição da República, admite modificação das normas a eles referentes pelo Poder Constituinte derivado, desde que, conforme estudado no item 1.5.3., não haja violação do seu núcleo essencial.

Feitas essas breves considerações, informa-se que tal limitação será mais bem estudada no Capítulo 2, tendo em vista suas peculiaridades e importância para a presente dissertação.

1.6. Mutação constitucional

Além dos métodos tradicionais de modificação da Constituição da República, por meio das emendas constitucionais, existe outro oculto, silencioso e lento. Um modelo *não formal* de alteração do texto constitucional, feito pelos hermeneutas e construtores da jurisprudência, que, no decorrer do tempo, dão outro sentido ao conteúdo *Lex Maior*,

¹²⁷ STF. ADI nº 378. Min. Sydney Sanches. DJ 01-7-1993.

¹²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 470.

¹²⁹ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 265-266; RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 269-270; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 440-446.

adequando-o ao desenvolvimento da sociedade, sem, contudo, promover alteração da grafia.

Esse método é denominado por Cunha Júnior de mutação constitucional ou interpretação constitucional evolutiva¹³⁰. Apesar de não ser o objeto específico da presente dissertação, o tema tem correlação com o trabalho desenvolvido e, portanto, carece de uma explanação, mesmo que perfunctória.

Larenz afirma que um dos fatores que dão motivo à revisão de interpretações é a alteração da situação normativa. Assim, dentro de uma perspectiva temporal e espacial, havendo mudanças do fato sobre o qual incide uma norma constitucional, a interpretação dada outrora pode não ser mais a correta, ou seja, não se coaduna mais com a Lei Maior¹³¹. Até porque toda norma leva em consideração o momento em que foi criada, entretanto, o tempo não está em quietude, podendo transformar as relações de modo não previsto pelo Poder Constituinte originário.

No mesmo sentido, Ferraz assevera que as normas constitucionais carecem de alterações de sentido, com o fito de torná-las aptas a se adequar às situações presentes e inovações futuras¹³². Logo, há necessidade de alteração da visão jurídica que predominava na sociedade e, tendo em vista a insuficiência do entendimento delineado outrora, faz-se imperiosa a modificação do sentido do enunciado normativo da própria Constituição, sem qualquer modificação da roupagem verbal. É uma questão, portanto, de semântica jurídica.

Adverte Coelho que a semântica jurídica nada mais é do que espécie do gênero semântica geral, consubstanciada no “estudo das mudanças ou translações sofridas, no tempo e no espaço, pela significação das palavras”¹³³. Assim, se se entender que a mutação constitucional é mera alteração do espírito da Constituição pela interpretação das palavras nele contidas, em nada se distinguem os institutos da mutação e o da hermenêutica constitucional¹³⁴.

¹³⁰ CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 257. Em sentido contrário, Bonavides entende que a mutação constitucional é forma de manifestação do Poder Constituinte originário. Para aprofundamento do tema, cf. BONAVIDES, Paulo. A Constituinte de 1987-1988 e a Restauração do Estado de Direito. In. **Comentários à Constituição do Brasil**. JJ. Gomes Canotilho et. al. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 53-59

¹³¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 495.

¹³² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. 2ª ed. Osasco: Edifio, 2015, p. 58.

¹³³ COELHO, Inocêncio Mártires. **Mutação constitucional: conceito, espécies e limites**. In. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 188-192.

¹³⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, op cit, p. 59.

Propõe o jurista que a mutação constitucional seja analisada como fenômeno mais complexo do que a mera interpretação das normas constitucionais, pois dependem de múltiplos fatores para a sua configuração, com a conjugação de dois ou três dos seguintes requisitos: surgimento de novos valores ou mudança na ordem dos valores dominantes, aparecimento de fatos que afetem o âmbito da incidência normativa e intercorrência de outras normas que, sem revogar a anterior, interfere na sua linha interpretativa¹³⁵.

A norma jurídica é, portanto, o resultado do processo interpretativo que deve observar limites bem definidos, sem a possibilidade de ocorrer à margem do permitido pela Magna Carta ou mesmo além do texto constitucional. As mutações constitucionais devem manter incólumes o núcleo essencial protegido constitucionalmente, sem riscos ao comprometimento da estabilidade da ordem e da segurança jurídica. Larenz esclarece que,

se se tratar de um preceito constitucional para a organização do Estado democrático de Direito ou da ordem de valores que se há-de expressar nos direitos fundamentais, dever-se-á então ser especialmente cuidadoso na aceitação de uma “mudança de significado”,¹³⁶

Um exemplo paradigmático foi a possibilidade de pagamento de direitos previdenciários ao companheiro homoafetivo que vive em união estável¹³⁷. Nas discussões promovidas pela Assembleia Nacional Constituinte, de 27 de novembro de 1985, optou-se por excluir as relações homoafetivas do conceito de união estável. Nesse sentido o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF, é esclarecedor

nas discussões travadas na Assembleia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, quando se votou o dispositivo em tela, concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto.¹³⁸

O Supremo Tribunal Federal, nesta ação, decidiu que, atualmente, o art. 226, §3º, da Constituição da República, contempla um conceito amplo de família, consagrando não só a união do homem com a mulher, mas também de pessoas do mesmo sexo, mesmo sem existir qualquer alteração no texto desse dispositivo.

¹³⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 566.

¹³⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 499.

¹³⁷ Para aprofundamento do tema cf. PIZARRO, Djalma. **União estável homoafetiva: uma hipótese de mutação constitucional**. Leme: J.H.Mizuno, 2014, 147p.; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 441-442.

¹³⁸ Inteiro teor do Acórdão em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>, acesso em 30 ago 2017.

1.7. Controle de Constitucionalidade

A Constituição, conforme leciona Kelsen, é o fundamento último de validade de todo o ordenamento jurídico do Estado, logo, todos os demais atos normativos estão hierarquicamente subordinados à Constituição e lhe devem obediência, sob pena de serem extirpados do ordenamento jurídico¹³⁹.

A este fenômeno dá-se o nome de controle de constitucionalidade, que está diretamente atrelado à teoria do princípio da supremacia da Constituição¹⁴⁰ (vide item 1.1.6.). O controle de constitucionalidade, conforme ensinamentos de Ferreira Filho, caracteriza-se pela “verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente a lei) à Constituição”, limitando a atuação do legislador para preservar a vontade da *Lex Maior*¹⁴¹.

Questiona-se, porém, se as emendas constitucionais estão sujeitas ao controle de constitucionalidade.

Como visto anteriormente, o Poder Constituinte originário não está sujeito à nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque, sendo um poder de fato, preexiste ao direito positivo. Os poderes instituídos, inclusive o Poder Constituinte derivado, a *contrario sensu*, são poderes de direito e seus atos estão condicionados à obediência dos limites impostos pelo Poder Constituinte originário.

Essa ideia de limitação do Poder Constituinte derivado e a submissão desse poder ao controle de constitucionalidade já sofreu diversas críticas, no sentido de que o Poder Constituinte derivado e o Poder Constituinte originário se confundem, uma vez que ambos representam a vontade do povo em determinado momento histórico e promulgam as normas constitucionais de mesma hierarquia. Desse modo, o Poder Constituinte derivado não sofreria qualquer limitação da ordem jurídica estabelecida¹⁴².

Esta teoria, no entanto, nega a supremacia do Poder Constituinte originário e da própria Constituição. Conforme estudado no item 1.1.5., o Poder Constituinte derivado, posto que criado pelo Poder Constituinte originário, deve respeito aos limites estabelecidos por este, sob pena de violação e usurpação da vontade geral¹⁴³. A limitação do Poder

¹³⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. Batista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p. 310.

¹⁴⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil, perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

¹⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 62.

¹⁴² Id. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 251.

¹⁴³ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

Constituinte derivado faz-se necessária para preservar a vontade do Constituinte originário e afastar a possibilidade de a Constituição ser modificada por meros interesses das categorias dominantes ou como justificativa para quando o Estado passar por dificuldades momentâneas¹⁴⁴.

Desse modo, é possível o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais por meio do Poder Judiciário para a manutenção da supremacia popular. Essa supremacia pode ser analisada sob dois ângulos. O primeiro, denominado formal, somente pode ser vislumbrado nas Constituições rígidas e se refere à necessária observância pelo Poder Constituinte derivado de um procedimento de alteração da própria Carta Política mais rigoroso do que o previsto para modificação e criação dos demais atos normativos¹⁴⁵. O segundo, denominado supremacia material, caracteriza-se pelo respeito aos parâmetros substantivos traçados pela Magna Carta, consubstanciados nas matérias imprescindíveis à configuração do espírito e da vontade do povo quando da elaboração da Constituição¹⁴⁶.

O controle de constitucionalidade, portanto, como bem observa Ferreira Filho, será feito em relação à forma, bem como ao fundo das emendas constitucionais. Deve-se conferir, quanto à forma, se a emenda constitucional respeitou o procedimento delineado pela Lei Maior (limites formais e circunstanciais) e, quanto ao fundo, se o conteúdo do ato normativo não colide com o núcleo essencial da Constituição (limites materiais)¹⁴⁷.

A consequência lógica desse controle é a constituição de um vício, caso o Poder Constituinte derivado venha a praticar um ato contra os preceitos na *Lex Maior*. Tal vício gera a nulidade¹⁴⁸ do ato normativo com a sua consequente retirada do mundo jurídico, de modo a salvaguardar a vontade do Constituinte¹⁴⁹. Essa teoria foi abraçada pelo Supremo

¹⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 440.

¹⁴⁵ RAMOS, Elival da Silva, op.cit., p. 42.

¹⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 128.

¹⁴⁷ Id. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 268.

¹⁴⁸ “Pertence à doutrina clássica a tese da nulidade do ato inconstitucional. É esta a que prevalece na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...) É verdade que, hoje, em decorrência das Leis nº 9.868 e 9.882, de 1999, tal nulidade, embora seja a regra, pode ser excepcionada por um processo especial.” Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 270.

¹⁴⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 128. Para aprofundamento do tema, cf. RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Tribunal Federal que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815-3-DF¹⁵⁰, decidiu pela possibilidade de controle de constitucionalidade de emendas à constituição, quando violadoras dos limites formais, circunstâncias e materiais previstos na Magna Carta¹⁵¹.

Assim, cabe ao Poder Judiciário interpretar e dar sentido ao texto constitucional, utilizando-se de parâmetros estabelecidos na doutrina, com vistas a proteger a democracia, devendo afastar as emendas constitucionais que violem os seus fundamentos essenciais, por exemplo, os mecanismos de participação e representação política ou mesmo a violação de certos direitos fundamentais¹⁵².

¹⁵⁰ STF. ADI nº 815. Min. Moreira Alves. DJ 10-5-1996. No mesmo sentido: ADI 2.356 MC e ADI 2.362 MC, rel. p/ o ac. Min. Ayres Britto, j. 25-11-2010, P, *DJE* de 19-5-2011. ADI 1.946 MC, rel. Min. Sydney Sanches, j. 29-4-1999, *DJ* de 14-9-2001.

¹⁵¹ Inteiro teor do acórdão, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>>, acesso em 14 jun. 2017.

¹⁵² VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição como reserva de justiça**. São Paulo: Lua Nova nº 42, 1997, p. 69.

2. NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROTEGIDO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 EM FACE DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR

2.1. Proteção dos direitos fundamentais¹⁵⁷ em face do Poder Constituinte Derivado reformador

Como visto no capítulo anterior, o Poder Constituinte derivado está sujeito aos limites formais, circunstanciais e materiais expressos na Magna Carta, de modo que quaisquer emendas constitucionais violadoras dessas balizas estarão sujeitas ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, com vistas a salvaguardar a supremacia da Constituição.

O limite material que causa maiores divergências doutrinárias e jurisprudenciais, quanto ao alcance da proteção em face do poder de reforma, refere-se à observância dos direitos e garantias individuais previsto no art. 60, §4º, IV, da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 60. [...]
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
[...]
IV - os direitos e garantias **individuais** (negrito nosso)

Adota-se, na presente dissertação, conforme item 1.5.3.4., para fins didáticos, a interpretação sistemático-teleológica da norma constitucional, segundo a qual todos os direitos fundamentais possuem *status* de cláusulas pétreas¹⁵⁸. Tais direitos se dividem, conforme se verá, em primeira, segunda e terceira gerações.

A mesma exegese é adotada pelo Supremo Tribunal Federal, cujas decisões asseguram que o rol das cláusulas pétreas previsto no art. 60, §4º, IV, da Constituição da República não é exaustivo, compreendendo, além dos direitos individuais, todos os demais

¹⁵⁷ Não se olvida da atribuição de diversas nomenclaturas aos direitos fundamentais, por exemplo: direitos humanos, direitos do homem, direito subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais, direitos humanos fundamentais. Decidiu-se utilizar, na presente dissertação, a nomenclatura “direitos fundamentais”. Para aprofundamento da matéria cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 19.

¹⁵⁸ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Constituinte. 6ª ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 265-266; RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 269-270; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 440-446.

direitos fundamentais de segunda e de terceira gerações compreendidos na Carta Política, bem como aqueles decorrentes dos regimes e princípios por ela adotados (art. 5º, §2º, da Constituição da República), conforme se extrai do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-DF¹⁵⁹.

Com essa interpretação, a Suprema Corte está em consonância com a postura desenvolvida pelo direito internacional dos direitos humanos, que atribui tratamento equânime a todos os direitos fundamentais, nos termos do art. 5º da Declaração de Viena de 1993, *in verbis*:

5. Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais.¹⁶⁰

Busca-se, no presente capítulo, delimitar, com base na doutrina e na jurisprudência nacional, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, o âmbito de proteção do art. 60, §4º, IV, da Constituição da República, que delimita a atividade do Poder Constituinte derivado de criar e alterar as normas constitucionais que regem os direitos fundamentais.

2.1.1. Diretos humanos e direitos fundamentais.

Primeiramente, cabe ao intérprete e ao aplicador do direito diferenciar os conceitos de direitos humanos e de direitos fundamentais, para fins de aplicação dos limites materiais do poder de reforma.

Por meio da concepção *jusnaturalista*, pode-se vislumbrar antecedentes remotos dos direitos fundamentais no chamado período axial (séculos VII a II a.C.), quando o ser humano, ao ter os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana, afirmou-se possuidor de direitos naturais intrínsecos à própria sua própria essência¹⁶¹.

Os direitos do homem, portanto, eram considerados valores universais que decorriam do fato de o homem ser homem. Foi com o Cristianismo que o conceito de pessoa como substância foi sistematicamente elaborado. O monoteísmo e a criação do

¹⁵⁹ STF. ADI 939. Min. **Sydney Sanches**. DJ 18-03-1994.

¹⁶⁰ Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>, acesso em 13 nov. 2017.

¹⁶¹ TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 485; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 36-40.

homem como imagem e semelhança de Deus fizeram com que se desenvolvesse a concepção de uma lei natural universal, superior às leis do Estado e dirigida a toda a sociedade, garantindo a todos os indivíduos os ideais de liberdade e de igualdade¹⁶².

Todavia, de acordo com Marmelstein, por não estarem atrelados a nenhum direito positivado, esses valores não detinham qualquer reconhecimento formal pelas autoridades constituídas de que configuravam verdadeiros direitos fundamentais capazes de serem invocados em face da atuação do governante. Segundo o autor, que adota uma visão *juspositivista*, não há que se falar na existência de direitos fundamentais no período axial, tampouco na Antiguidade, Idade Média ou mesmo durante o Absolutismo, quando ainda não existia a ideia de Estado de Direito (vide item 1.4.1.1.). Somente com a noção de que as normas cogentes eram impostas inclusive à atividade estatal, pode-se vislumbrar a limitação e o direcionamento jurídicos do poder político¹⁶³.

Com a evolução do constitucionalismo, especialmente com a noção da constituição escrita e da democracia, a doutrina dos direitos fundamentais se expandiu, tornando-se elemento básico da reformulação das instituições políticas (vide item 1.4.1.3).

Assim, conceituam-se os direitos fundamentais como aqueles direitos considerados, pelo ordenamento jurídico positivo de determinado Estado, como básicos para o indivíduo, compondo um núcleo intangível, cujo escopo é moderar o poder político do Estado, impondo-lhe restrições e obrigações¹⁶⁴. Nesse sentido, Dimoulis e Martins asseveram que os direitos fundamentais são os

direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram o caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual¹⁶⁵.

Tais direitos distinguem-se dos direitos humanos, porque estes são inerentes aos indivíduos enquanto condição para sua dignidade, sendo descritos em documentos internacionais, enquanto aqueles compreendem tão somente os direitos positivados no ordenamento jurídico de determinado Estado.

Os direitos humanos são reconhecidos como fruto do desenvolvimento humano e da luta contra o autoritarismo, sendo positivados em normas internacionalmente

¹⁶² RAMOS, Elival da Silva. A ação popular como instrumento de participação política. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 16.

¹⁶³ MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008. p. 33.

¹⁶⁴ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Teoria geral dos direitos fundamentais. Disponível em <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>, acesso em 16 out. 2017.

¹⁶⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

consagradas, orientadoras dos Estados para a proteção dos direitos fundamentais no âmbito interno, contudo sem força cogente.

Por serem os direitos humanos caracterizados como vetores meramente dirigentes e programáticos ao legislador constituinte e ordinário, não podem ser arguidos como limites ao poder de reforma do art. 60, §4º, IV, da Constituição da República. Nesta alçada se encontram somente os direitos fundamentais.

Tal posição, contudo, não é alheia a críticas. Flávia Piovesan, por exemplo, afirma que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos são, além de normas constitucionais, cláusulas pétreas¹⁶⁶. Esta corrente não prevalece em âmbito jurisprudencial, haja vista as inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal de que tais normas internacionais estão submetidas à supremacia da ordem constitucional pátria¹⁶⁷.

2.1.2. Direitos fundamentais provenientes de emendas constitucionais ou de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pela República Federativa do Brasil.

É cediço, como estudado no item 1.5.3., que o Poder Constituinte derivado pode, por meio de emendas constitucionais, criar novos direitos fundamentais ou expandir a proteção já existente de modo a garantir o aprimoramento da democracia.

Além disso, a República Federativa do Brasil pode ratificar determinados tratados e acordos internacionais sobre direitos humanos que gozarão, a partir de então, de imperatividade dentro do Estado, tornando-se verdadeiros direitos fundamentais em âmbito interno. Como bem observa Silva,

Na sistemática constitucional, os tratados, acordos e atos internacionais só se convertem em regra jurídica interna se, após a assinatura por preposto do Poder Executivo, forem referendados pelo Congresso Nacional e ratificados por decreto do presidente da República.¹⁶⁸

Nos termos do art. 5º, §3º, da *Lex Maior*, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, gozarão do mesmo *status* das emendas constitucionais.

¹⁶⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 113.

¹⁶⁷ Cf. HC 72.131, DJ 1-8-2003, Rel. Min. Moreira Alves; ADI-MC 1.480, DJ 18-5-2001, Rel. Min. Celso de Melo; HC 75.905-1, DJ 12-12-1997, Rel. Min. Maurício Corrêa.

¹⁶⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 179.

Assim, tanto as emendas à Constituição quanto as normas internacionais sobre direitos humanos aprovadas pelo quórum qualificado acima descrito são manifestações próprias do Poder Constituinte derivado e, por conseguinte, não poderão ensejar limites ao poder de reforma constitucional.

Afinal, a proteção dos direitos e garantias fundamentais, como estudado no item 1.1.2., é proveniente da superioridade do Poder Constituinte originário, e não dos poderes constituídos. É vedado, portanto, ao Poder Constituinte derivado criar cláusulas pétreas, pois não faz sentido este poder se autolimitar¹⁶⁹.

Desse modo, somente os direitos fundamentais estabelecidos pelo Poder Constituinte originário podem ser arguidos como limites materiais ao poder de reforma, nos termos do art. 60, §4º, IV, da Constituição da República.

2.1.3. Gerações dos direitos fundamentais.

Há três gerações de direitos fundamentais relativas aos grandes momentos de reconhecimento das “famílias” desses direitos. O desenvolvimento das gerações dos direitos fundamentais tem por base os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa, ocorrida entre o final século XVIII e início do século XIX¹⁷⁰.

A liberdade alcançaria os direitos civis e políticos ou liberdades públicas (primeira geração), a igualdade os direitos econômicos, sociais e culturais (segunda geração), e a fraternidade os direitos difusos, com destaque para o meio ambiente (terceira geração)¹⁷¹.

Essa divisão tripartite, contudo, é sujeita a diversas censuras. Sarlet, por exemplo, entende que a divisão é incompleta e não faz a devida referência ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, para o autor, o termo “gerações” é mal empregado, uma vez que dá a falsa ideia de que uma geração substitui a outra, e não de evolução dos direitos fundamentais¹⁷².

Apesar dessa crítica, é cediço que a teoria das gerações dos direitos fundamentais trata-se de uma divisão meramente acadêmica, com o intuito de demonstrar que tais

¹⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 302.

¹⁷⁰ SARLET. Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 55.

¹⁷¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 22.

¹⁷² SARLET. Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 45-46, 52-58

direitos não decorreram de um único acontecimento histórico, mas sim de crescentes e constantes revoluções, lutas políticas e progressão de valores, até serem reconhecidos pelos ordenamentos constitucionais. Logo, os direitos fundamentais se complementam e tornam-se um conjunto unitário e indivisível no contexto do Direito Constitucional interno.

Nesse sentido, Bobbio afirma que

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velho poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.¹⁷³

Assim, atualmente, fala-se em multifuncionalidade dos direitos fundamentais e pluridimensionalidade de cada um deles, tendo em vista que esses direitos não se encaixam de modo perfeito em apenas uma das gerações, mas transitam entre todas as divisões ora propostas. Por exemplo, a principal finalidade dos direitos sociais (segunda geração) é promover o livre e pleno exercício da cidadania e da personalidade (primeira geração)¹⁷⁴.

Nesse sentido, Valdir Ferreira de Oliveira bem elucida a inter-relação entre todos os direitos fundamentais, ao afirmar que

O maior de todos os equívocos que a sociedade contemporânea poderia cometer seria compreender os direitos fundamentais isoladamente (visão cartesiana). Tais direitos existem num contexto de solidariedade objetiva e subjetiva. Os direitos fundamentais apenas existem solidariamente, a negação de determinado direito fundamental acarreta a negação de todos os demais (solidariedade objetiva). Afastar qualquer indivíduo da simples possibilidade de viver dignamente ou de ter acesso a qualquer direito fundamental, nos afasta da própria condição humana (solidariedade subjetiva). A universalidade através dos direitos fundamentais e humanos constitui a possibilidade de realização do sonho kantiano de uma ética universal.¹⁷⁵

Feitas essas considerações, passa-se à análise de cada uma das gerações dos direitos fundamentais, de modo a demonstrar quais foram expressamente positivados na atual Constituição da República Federativa do Brasil, sem olvidar, contudo, da existência de outros provenientes dos regimes e princípios implícitos, nos termos do art. 5º, §2º, desta Carta Política.

¹⁷³ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

¹⁷⁴ AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. In: Tratado de Direito Constitucional. Ives Gandra Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valter do Nascimento (org.). 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 608.

¹⁷⁵ JÚNIOR, Valdir Ferreira de Olivera. O Estado Constitucional Solidarista: estratégias para sua Efetivação. In: Tratado de Direito Constitucional. MARTINS, Ives Gandra Silva; MENDES Gilmar Ferreira, NASCIMENTO, Carlos Valter (org.). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 61.

2.1.3.1. Direitos fundamentais de primeira geração

A primeira geração dos direitos fundamentais tem origem nas revoluções liberais, cujo expoente maior é a Revolução Francesa, que teve como consequência a transição do Absolutismo para o Estado de Direito.

Os direitos que compõem essa geração são denominados de civis e políticos. Surgiram como instrumento de limitação do arbítrio estatal e do abuso do poder nas relações com os indivíduos, bem como na permissão da participação popular nas deliberações públicas¹⁷⁶. Tais direitos privilegiam a proteção das liberdades negativas, tendo em vista que dependem de uma abstenção por parte dos poderes públicos, ou seja, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado¹⁷⁷.

São exemplos de documentos históricos que representam os direitos fundamentais de primeira geração a Magna Carta de 1215, a Paz de Westfalia de 1648, o *Habeas Corpus Act* de 1679, o *Bill of Rights* de 1688 e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

Na atual Constituição da República, a grande maioria desses direitos estão contidos no art. 5º, cujo *caput* é assim redigido:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Além desses direitos, há outros presentes pelo corpo do texto constitucional, bem como os direitos políticos previstos nos art. 14 a 16 da *Lex Maior*.

2.1.3.2. Direitos fundamentais de segunda geração

O mero absentismo do Estado, no entanto, não foi suficiente para garantir o mínimo das necessidades básicas a todos os seres humanos. A consolidação de um sistema capitalista sem qualquer intervenção do Estado propiciou a exploração da classe trabalhadora, provocou empobrecimento em massa da população e tolerou que as pessoas

¹⁷⁶ MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008. p. 51.

¹⁷⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolsan de. Estado Democrático de Direito. In: Comentários à Constituição do Brasil. J.J. CANOTILHO, Gomes et al (coord. científica), LEONCY, Léo Ferreira (coord. executiva). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 114; AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. In: Tratado de Direito Constitucional. MARTINS, Ives Gandra Silva; MENDES Gilmar Ferreira, NASCIMENTO, Carlos Valter (org.). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 597. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 47.

vivessem em condições degradantes¹⁷⁸.

A Revolução Industrial, a partir de meados do século XIX, ocasionou mudanças tecnológicas com profundo impacto no processo produtivo econômico e social, bem como grandes reivindicações das classes operárias para a melhoria das condições de trabalho, gerando, por conseguinte, diversos movimentos em prol dos direitos sociais, por exemplo, o cartismo na Inglaterra e a Comuna de Paris na França.

Já no início do século XX, ao término da primeira Guerra Mundial, o Estado viu-se obrigado a intervir na esfera dos particulares e promover aos menos favorecidos condições mínimas de subsistência, de modo a garantir a emancipação da personalidade e o desenvolvimento livre das potencialidades, reconhecendo-se, assim, os direitos fundamentais de segunda geração¹⁷⁹.

Com o surgimento do modelo do Estado Social de Direito, o valor da liberdade dos direitos individuais foi suplantado¹⁸⁰ pelo da igualdade dos direitos sociais. O Estado deixou de ser um mero espectador e passou a atuar na superação das deficiências materiais da sociedade, com o fim de propiciar a justiça distributiva e melhor qualidade de vida aos indivíduos, impondo tarefas e obrigações a serem promovidas pelo próprio governo¹⁸¹.

Nesse sentido, Streck e Moraes afirmam que, a partir do Estado Social de Direito, a lei assume outra função, consubstanciada em um instrumento de ação concreta do Estado e mecanismo de promoção de direitos e de benefícios¹⁸².

A constitucionalização dos direitos sociais iniciou-se com a Constituição Mexicana de 1917 e com a Constituição de Weimar de 1919¹⁸³, até estar presente na maioria das

¹⁷⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 57.

¹⁷⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, op. cit., 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 58-59.

¹⁸⁰ Não se defende, na presente dissertação, como já explanado no item 2.1.3., a substituição dos direitos fundamentais de liberdade clássica (primeira geração) pelos direitos sociais (segunda geração). É cediço que não há um processo de alternância gradativa entre os direitos fundamentais, mas sim de complementaridade e de coexistência. Cf. SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 45.

¹⁸¹ Cf. AGRA, Walber de Moura. *Direitos Sociais*. In: **Tratado de Direito Constitucional**. Ives Gandra Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valter do Nascimento (org.). 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 585; MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 51

¹⁸² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolsan de; *Estado Democrático de Direito*. In. *Comentários à Constituição do Brasil*. JJ. Gomes Canotilho [et. al.] São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 115.

¹⁸³ “O aparecimento dessas duas Constituições sociais não significou o nascimento da legislação social, pois nesse período já existiam numerosas legislações que concediam prerrogativas prestacionais. Sua relevância foi a de constitucionalizar este conteúdo, dotando-lhe, normativamente, de maior importância, no que ajudou a incrementar sua força normativa.” (AGRA, Walber de Moura. *Direitos Sociais*. In: **Tratado de Direito Constitucional**. Ives Gandra Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valter do Nascimento (org.). 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 598). Para Ferreira Filho, a Constituição Mexicana de 1917 não deveria ser considerada o marco consagrador da constitucionalização dos direitos sociais, uma vez que sua repercussão, até mesmo na América Latina, foi mínima. Além disso, somente apresentou como novidade o nacionalismo,

Constituições após o término da Segunda Guerra Mundial. Além dessas cartas políticas, são exemplos de documentos históricos que representam os direitos fundamentais de segunda geração: a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918; a Carta das Nações Unidas de 1945; a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966; o Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966; a Convenção Americana dos Direitos do Homem de 1969¹⁸⁴.

Na atual Constituição da República, os art. 6º ao 11 enumeram diversos direitos sociais que devem ser protegidos e promovidos pelo poder político do Estado como, por exemplo, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social etc. Esta Carta Política, conforme leciona Vieira, é “uma das representantes mais típicas do constitucionalismo ‘dirigista’ ou de caráter social” no Brasil¹⁸⁵.

2.1.3.3. Direitos fundamentais de terceira geração

Os direitos fundamentais de terceira geração são classificados como direitos de solidariedade ou fraternidade e têm origem no segundo pós-guerra, como reação aos abusos praticados durante o período nazista, a descolonização ocorrida nesse período, bem como o grande impacto tecnológico¹⁸⁶.

O ponto de maior distinção das demais gerações se traduz na ideia de que tais direitos não se prendem ao indivíduo isoladamente considerado, mas são concebidos como de titularidade difusa ou coletiva, destinando-se a proteção de grupos humanos (nação, povo, família). Muitas vezes os titulares ativos desses direitos são indefinidos ou indeterminados¹⁸⁷.

a reforma agrária e a hostilidade em relação ao poder econômico, mas nada propriamente a respeito do direito do trabalho. O autor afirma que, com a Constituição de Weimar de 1919, estabeleceu-se um novo modelo de direitos sociais fundamentais, o que foi seguido por diversas outras Constituições na Europa e também no Brasil. Destacaram-se na Constituição de Weimar de 1919 a função social da propriedade, a reforma agrária, a possibilidade de ‘socialização’ das empresas, a proteção ao trabalho, o direito à sindicalização, a previdência social, a cogestão de empresas, a obrigatoriedade da instrução escolar (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 62-65).

¹⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 588.

¹⁸⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. São Paulo: Lua Nova nº 42, 1997, p. 59.

¹⁸⁶ Cf. MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008. p. 52; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 48-49.

¹⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 48-49.

O princípio da solidariedade deve ser entendido, assim, como o dever de todo Estado levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados, de modo a realizar ajudas recíprocas, bilaterais ou multilaterais, de caráter financeiro ou de qualquer outra natureza, buscando a superação conjunta das dificuldades e a coordenação sistemática de políticas econômicas¹⁸⁸.

Importante destacar que os direitos de terceira geração ainda se encontram em fase de reconhecimento e positivação, tanto na esfera internacional quanto nas esferas constitucionais internas, se caracterizando como direitos em processo de formação¹⁸⁹. São exemplos de documentos históricos que representam os direitos fundamentais de terceira geração: a Declaração de Estocolmo de 1972, a Carta Africana de Banjul dos Direitos do Homem e dos Direitos dos Povos de 1981, a Carta de Paris de 1990 e a Declaração do Rio de Janeiro de 1992¹⁹⁰.

Os principais direitos de solidariedade, previstos expressamente na Constituição da República, são a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) e o acesso à comunicação (art. 220)¹⁹¹.

Apesar de alguns autores defenderem a existência de direitos de quarta, quinta e até sexta gerações, por exemplo: direitos dos povos, direito ao pluralismo e à democracia direta, biodireito, direito à paz, direito à água potável etc¹⁹², filia-se à corrente doutrinária de que tais direitos são meros desdobramentos do direito de solidariedade e fraternidade ora estudados.

2.1.4. Interpretação restrita dos direitos fundamentais

Uma vez definidas que todas as gerações de direitos fundamentais são consideradas cláusulas pétreas pelo art. 60, §4º, IV, da Constituição da República, é preciso que o intérprete e o aplicador do direito tenham cuidado para não adotarem uma interpretação

¹⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 588.

¹⁸⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 74.

¹⁹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 74-78.

¹⁹¹ Ibid., p. 77-79.

¹⁹² Para aprofundamento do tema cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010; BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009; FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino. **Direito fundamental de acesso à água potável: uma proposta de constitucionalização**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2215369/direito-fundamental-de-acesso-a-agua-potavel-uma-proposta-de-constitucionalizacao-zulmar-fachin-e-deise-marcelino-silva>>, acesso em 19 out. 2017.

demasiadamente ampla a respeito da proteção dos direitos fundamentais. Isso porque, atualmente, há certa tendência de expansão do conceito sobre o que é fundamental.

Busca-se atribuir *status* de cláusulas pétreas a direitos não essenciais à democracia (p. ex. o direito ao sono, à coexistência com a natureza etc.)¹⁹³. Apesar desses direitos serem importantes, não formam o cerne essencial da Constituição da República, caracterizada pela proteção e promoção do princípio democrático, conforme estudado no item 1.5.3.

Essa hipertrofia dos direitos fundamentais pode levar à vulgarização do próprio instituto, perdendo a medida do que realmente deve ser protegido em face do Poder Constituinte derivado (p. ex. direito à vida, à liberdade, ao trabalho, à previdência social etc.). Na trilha dos ensinamentos de Ferreira Filho, adotar uma postura radical de que todas as normas que compõe a estrutura de determinado direito fundamental não podem ser alteradas, sob o manto da proteção das cláusulas pétreas, é petrificar, quase por inteiro, o Direito Constitucional brasileiro¹⁹⁴.

Portanto, somente devem ser considerados limites ao poder de reforma constitucional os direitos fundamentais materiais e formais, ou seja, aqueles que constituem o conteúdo básico do funcionamento da ordem política e que estão previstos de forma expressa ou implícita no corpo da Constituição da República.

Os direitos que evidenciam apenas a fundamentalidade formal, por fazerem parte da constituição escrita, mas não representarem importância para proteção da democracia, não estão compreendidos entre os limites materiais de reforma disciplinado no art. 60, §4º, IV, da Lei Maior, e, por conseguinte, podem ser alterados ou mesmo suprimidos por meio de emendas constitucionais¹⁹⁵.

Cunha Júnior bem explica essa diferença entre os direitos formalmente e materialmente fundamentais, *in verbis*:

serão formalmente e materialmente fundamentais se, a par de sua relevância para o Estado e para a sociedade, eles estão incorporados em uma constituição escrita. Serão apenas formalmente fundamentais se estiverem, por si só, inseridos no texto constitucional escrito, embora não representem importância para o estado e para a sociedade, assim dizendo, não se enquadram em sua substância e importância, no conceito material de direitos fundamentais. Finalmente, serão materialmente constitucionais se, embora se revelando por seu conteúdo, imprescindíveis para as estruturas básicas do Estado e da sociedade, não

¹⁹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 103.

¹⁹⁴ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 103; Id., Direitos Humanos Fundamentais. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 83.

¹⁹⁵ Id., Direitos Humanos Fundamentais. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 129.

estiverem constitucionalizados.”¹⁹⁶

Além disso, nos casos de direitos fundamentais disciplinados somente em atos normativos infraconstitucionais, bem como aqueles criados pelo próprio Poder Constituinte derivado, não há que se falar em limites do poder de reforma, tendo em vista que, conforme dito no item 2.1.2., tais balizas decorrem da supremacia do Poder Constituinte originário, e não dos poderes constituídos.

2.2. Conteúdo essencial dos direitos fundamentais

O estudo acerca da delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais ainda está em construção na doutrina brasileira¹⁹⁷, até porque não há qualquer norma positiva interna a esse respeito¹⁹⁸. Ao tentar delimitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a doutrina diverge quanto ao conteúdo ser relativo ou absoluto.

Apesar de o estudo dessas correntes se voltar especialmente para a atuação do legislador ordinário, aplica-se também ao poder de reforma constitucional, uma vez que ambas competências, como adverte Sarlet, possuem importantes traços em comum com a questão acerca dos limites e restrições dos direitos fundamentais¹⁹⁹.

Isso se dá porque, na Assembleia Constituinte de 1985, deliberou-se, por conveniência política, que diversos temas que não pertenciam à constituição material deveriam ser positivados na própria Carta Política, reduzindo a discricionariedade do legislador ordinário. O assunto ganha importância para presente dissertação, porque a atual Constituição da República previu, em seu corpo, um detalhadíssimo sistema de previdência, como será estudado no Capítulo 3.

Apesar de a matéria possuir natureza meramente formal, por estar no corpo da *Lex Maior*, as modificações de sua base e o estabelecimento das respectivas regulamentações deverão ser feitas, na maioria das vezes, por intermédio de emendas constitucionais²⁰⁰. Nesse sentido, Bulos afirma que a única saída para a modificação das normas desse jaez é

¹⁹⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 636.

¹⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 402.

¹⁹⁸ Cláudia Perotto Biagi alerta que no Brasil não há norma expressa a respeito do núcleo essencial dos direitos fundamentais como ocorre nas constituições da Alemanha, de Portugal e da Espanha. (BIAGI, Cláudia Perotto. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005, p. 16).

¹⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 403.

²⁰⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. São Paulo: Lua Nova nº 42, 1997, p. 59.

apelar para as reformas constitucionais, a fim de adequar as normas às novas realidades sociais²⁰¹.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se à análise das duas posições doutrinárias: a do conteúdo essencial absoluto e a do conteúdo essencial relativo.

2.2.1. Conteúdo essencial relativo

Para a primeira teoria, os direitos fundamentais possuem um conteúdo essencial relativo. Tais direitos devem ser analisados em dois grandes grupos: o direito em si e, destacado dele, suas restrições.

No tocante ao direito fundamental, a análise deve ser feita sob uma perspectiva *prima facie*, ou seja, o direito nasce ilimitado no seu conteúdo, podendo posteriormente, por meio do legislador constituinte ou ordinário, sofrer restrições no seu exercício. Tal restrição poderá ser legítima ou não, de acordo com o caso concreto a que o direito é submetido.

São propostas, por meio dessa teoria, uma ampliação e uma relativização do conceito do núcleo imutável, garantindo ao intérprete e ao aplicador do direito maior liberdade argumentativa, para que possam verificar, caso a caso, se as restrições a determinados direitos fundamentais devem prevalecer ou não.

Desse modo, por meio de um processo de sopesamento dos princípios envolvidos *in concreto*, com critérios e parâmetros definidos, os agentes do direito poderão estabelecer se o núcleo fundamental do direito fundamental protegido pela Magna Carta foi violado pela ação estatal restritiva. Esses parâmetros são divididos em: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para o primeiro parâmetro (adequação), a medida estatal interventiva do direito fundamental deve ter um fim constitucionalmente legítimo. Para o segundo (necessidade), a limitação do direito fundamental somente pode ser realizada após a verificação da inexistência de outro meio menos rigoroso, que atinja o mesmo objetivo, com igual intensidade. No terceiro (proporcionalidade em sentido estrito), por fim, deve-se justificar a restrição imposta pelo Estado, por meio da técnica de sopesamento dos princípios envolvidos no caso específico²⁰².

²⁰¹ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49.

²⁰² SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, 169-176.

Afasta-se desta corrente doutrinária por três motivos. Em primeiro lugar, porque a expansividade dos conceitos proposta pela teoria externa pode levar à banalização dos direitos que devem ser realmente protegidos²⁰³. A Constituição Federal, conforme estudado no item 2.1.4., tem o dever de proteger os direitos mais importantes, aqueles que guardam íntima relação com a democracia (direitos materialmente fundamentais).

A ausência de concepção prévia do que é o núcleo duro pode levar à proteção de diversos direitos subjacentes, que apesar de importantes em determinado contexto histórico, não devem ser tratados como núcleo fundamental da Constituição da República²⁰⁴.

Em segundo lugar porque, conforme leciona Habermas, a ausência de critérios racionais do conceito de direitos fundamentais pode levar o aplicador ou intérprete do direito a conclusões subjetivas a respeito do que deve ser protegido ou não pela Magna Carta, gerando, por conseguinte, a ausência de segurança jurídica. O hermeneuta poderá, caso a caso, por métodos subjetivo, ideológicos e empíricos, definir se determinado direito insere-se ou não no núcleo duro a ser protegido pela Constituição²⁰⁵.

Por último, porque a ausência de limites pré-constituídos pode levar à usurpação do Poder Constituinte originário pelos poderes instituídos, já que os direitos que devem ser realmente protegidos pelas cláusulas pétreas do art. 60, §4º, da Constituição da República, podem, no caso concreto, ser relativizados ao ponto de não mais serem considerados imutáveis.

2.2.2. Conteúdo essencial absoluto

A segunda teoria, que ora se adota, defende que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é absoluto. Tal corrente caracteriza-se pela ideia da preconcepção do núcleo duro, consubstanciado na existência de limites imanentes ao próprio direito, definidos originária e aprioristicamente no momento do seu nascimento. Biagi afirma que

sob tal perspectiva os direitos fundamentais são considerados, em certo sentido, absolutos, pois, dentro dos contornos que os delimitam, merecem proteção

²⁰³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 103.

²⁰⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 103.

²⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre factividade e validade**. v. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.314 et seq.

absoluta, mas também, são limitados, posto que apresentam limites internos, que existindo de antemão, configuram seu conteúdo.²⁰⁶

O conteúdo dos direitos fundamentais é definido por bens jurídicos de nível igual ou superior previstos na própria ordem constitucional, determinando uma baliza que o Poder Constituinte derivado ou o legislador ordinário não podem ultrapassar, sob pena de incorrerem em inconstitucionalidade.

Na atual Constituição da República, conforme salientado nos itens 1.4.1. a 1.4.1.3., a democracia é o vetor que define o núcleo intangível da atual Constituição da República, especialmente quanto ao fundamento da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da *Lex Maior*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;
(negrito nosso)²⁰⁷

A garantia dos direitos fundamentais é considerada *conditio sine qua non* e elemento funcional do Estado democrático, tendo em vista que o engajamento do povo no processo político e o Estado de Direito só se realizam com a efetivação desses direitos²⁰⁸.

Os direitos fundamentais, portanto, conforme ensina Biagi constituem “os pressupostos sobre os quais se deve edificar qualquer sociedade democrática, revelando-se, também, como garantias essenciais de um processo político livre e aberto enquanto elemento informador de uma sociedade pluralista”²⁰⁹. Esses direitos, portanto, transcendem os limites individuais para expressar valores básicos de uma sociedade e compor a base do Estado Democrático de Direito²¹⁰.

Desse modo, para fins de aplicação e extensão do art. 60, §4º, da Constituição da República, a ideia central é a de que somente o núcleo essencial dos direitos fundamentais não pode sofrer relativizações²¹¹, cabendo ao intérprete e ao aplicador do direito, com

²⁰⁶ BIAGI, Cláudia Perotto. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005, p. 60.

²⁰⁷ No mesmo sentido, José Carlos Vieira de Andrade assevera que o limite absoluto dos direitos fundamentais na Constituição Portuguesa é a dignidade da pessoa humana. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 306).

²⁰⁸ BIAGI, Cláudia Perotto. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005, p. 24.

²⁰⁹ Ibid., p. 37.

²¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 36.

²¹¹ MARTINEZ, **Reforma da Previdência dos Servidores. Comentários à EC n. 41/03**. São Paulo: LTR, 2004, p. 181-184.

supedâneo na doutrina, definir o que é rígido (princípios e valores essenciais à dignidade da pessoa humana) e o que é maleável (elementos periféricos e desmembramentos normativos).

Nesse sentido, Andrade bem evidencia essas duas partes dos direitos fundamentais, *in verbis*:

O “núcleo essencial” corresponde às faculdades típicas que integram o direito, tal como é definido na hipótese normativa, e que correspondem à projeção da ideia de dignidade humana individual na respectiva esfera da realidade – abrangem aquelas dimensões dos valores pessoais que a Constituição visa em primeira linha proteger e que caracterizam e justificam a existência autônoma daquele direito fundamental.

As “camadas evolventes” incluem outros valores (bens, comportamentos, garantias) que aquele direito também visa assegurar, mas que correspondem a aspectos em que, por serem menos típicos, mais relativos ou menos importantes, a proteção constitucional deve ser considerada de menor intensidade.²¹²

O hermeneuta, portanto, ao definir o que é fundamental para o art. 60, §4º, IV, da Constituição da República, parte de uma interpretação restrita, protegendo somente os direitos imprescindíveis para a manutenção da democracia e da dignidade da pessoa humana. Tais direitos devem ser entendidos como limites materiais absolutos à ação do Poder Constituinte derivado e do legislador ordinário, mesmo que tal medida seja considerada a mais adequada à época.

No tocante à parte acessória destes direitos, contudo, as restrições são possíveis, desde que justificadas pelo poder legiferante, de modo a evitar limitações arbitrárias ou desproporcionais²¹³. Essa justificativa é importante porque, pelos princípios democrático e da dignidade da pessoa humana, há necessidade de os órgãos estatais voltarem suas atividades à maior proteção possível dos direitos fundamentais, dentro da realidade dos complexos Estados contemporâneos, como será visto a seguir.

Não se pode olvidar, contudo, que esta corrente interpretativa também sofre diversas críticas pela doutrina. Defendem Silva, Biagi e Sarlet que, ao adotar um conceito preconcebido do direito fundamental, o intérprete e o aplicador do direito utilizam critérios abstratos, gerando ausência de segurança jurídica. Além disso, alegam que a parte periférica do direito estaria completamente desprotegida, o que poderia levar à desnaturalização do direito fundamental a ser protegido e, por fim, que a concepção de um núcleo absoluto pode levar à impossibilidade de atualização das normas em relação às

²¹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 171.

²¹³ BIAGI, Cláudia Perotto. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005, p. 81.

mudanças sociais, pois sempre ficarão adstritas àquilo que, na época, o Poder Constituinte originário quis proteger²¹⁴.

2.2.2.1. Dignidade da pessoa humana

Azevedo alerta que a expressão “dignidade da pessoa humana” foi verbalizada recentemente no mundo do Direito. O jurista afirma que a nomenclatura foi utilizada pela primeira vez no preâmbulo da Carta das Nações Unidas em 1945²¹⁵, *in verbis*:

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDO a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na **dignidade e no valor do ser humano**, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. (negrito nosso.)²¹⁶

O art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 assevera que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”²¹⁷. Na atual Constituição da República brasileira, por sua vez, a dignidade da pessoa humana é expressamente consagrada, de forma inovadora, no art. 1º, III, como fundamento do Estado democrático:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III - a **dignidade da pessoa humana**; [...] (negrito nosso.)

Não se infere, com isso, que somente a partir da sua positivação nos ordenamentos jurídicos internos e internacionais, a dignidade do homem foi protegida. Kant adverte que a dignidade é um valor intrínseco ao ser humano, que deve ser considerado um fim em si mesmo, não podendo ser usado como meio para se atingir a um fim ou mesmo

²¹⁴ Cf. SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017; BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

²¹⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. São Paulo/USP: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 97, 2002, p. 107.

²¹⁶ Disponível em <<https://nacoesunidas.org/carta/>>, acesso em 30 nov. 2017.

²¹⁷ Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>, acesso em 30 out. 2017.

coisificado²¹⁸.

Por meio dessa concepção ético-filosófica, a dignidade do homem é concebida como valor intrínseco à própria pessoa humana, pré-constituente, caracterizada como elemento fundante da soberania popular e do Estado democrático²¹⁹. É um valor moral anterior à própria Constituição ou organização estatal e, por ser imanente aos seres humanos, coloca-os em pé de igualdade e merecedores de igual atenção por parte do Estado e de seus pares²²⁰.

Nesse sentido, Di Pietro afirma que o valor da “dignidade da pessoa humana existe independentemente de existir o Estado. Ele não é criado pela Constituição ou pelas Declarações de Direitos. Ele é apenas reconhecido ou declarado por esses instrumentos. Ele corresponde a um valor fundante da Constituição. Ele a precede.”²²¹

Silva, por sua vez, assevera que a dignidade da pessoa humana é um “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida” e a Constituição busca dar concretude e tornar esse valor uma norma jurídica com conteúdo normativo eficaz²²². Assevera o constitucionalista que

a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A constituição, reconhecendo sua existência e sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.²²³

A dignidade da pessoa humana, portanto, é um valor fundante da própria democracia, não sendo voltado somente à ordem jurídica, mas também à social, à econômica, à cultural, à política etc. O Estado, portanto, deve servir o homem e não o contrário.

Diante disso, Sarlet busca conceituar a dignidade da pessoa humana como

a ‘qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano no que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da

²¹⁸ KANT, Immanuel. Fundamentos da metafísica dos costumes. São Paulo: Ediouro, 2003, p. 239.

²¹⁹ Cf. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa (Qu’est-ce que le Tiers-État?)**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2015, p. 40; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 95. No mesmo sentido: COELHO, Inocêncio Martires. Fundamentos do Estado de Direito. In. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 214.

²²⁰ TAVARES, Marcelo Leonardo. Reforma da Previdência: caminhos e descaminhos da proteção previdenciária dos servidores. In. A Reforma da Previdência Social: temas polêmicos e aspectos controvertidos. SARMENTO, Daniel et. al., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.114.

²²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo e dignidade da pessoa humana. Ribeirão Preto/USP: Revista Digital de Direito Administrativo, v.1., n.2., 2014, p. 266-267.

²²² SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 6ª. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 38.

²²³ Ibid, p. 38.

comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhes garantir as **condições existenciais mínimas** para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²²⁴ (negrito nosso)

Afirma o jurista, ademais, que, pela posição topográfica da dignidade da pessoa humana logo no início do texto da Magna Carta, o Poder Constituinte originário atribuiu a ela mais que um valor metafísico, mas de norma jurídica, atribuindo-lhe eficácia estruturante e integradora do arcabouço normativo, servindo como parâmetro de aplicação, interpretação e integração não só dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas também de todo o ordenamento jurídico²²⁵.

Desse modo, a dignidade da pessoa humana, além de valor, possui evidente natureza jurídica de princípio e, por ser um mandato de otimização, deve ser concretizado na maior medida possível dentro da realidade fática.

Bem esclarece Silva que não basta a dignidade da pessoa humana estar formalmente reconhecida no texto da Lei Maior, há necessidade de garantir normativa e concretas condições mínimas de existência e de garantia das próprias potencialidades²²⁶. Pois, sem a garantia dos recursos materiais mínimos para uma vida digna, a própria dignidade do homem estaria prejudicada²²⁷.

É imperioso ressaltar que esse mínimo existencial compreende mais do que direitos para a mera sobrevivência física do indivíduo, porque a vida não pode corresponder à mera existência, mas sim à possibilidade de pleno desenvolvimento das potencialidades e da garantia de uma liberdade plena²²⁸.

Por se tratar de conceitos jurídicos abertos, entende-se que não há como atribuir fórmulas fixas e universais para a definição de quais os direitos fundamentais que compõem o mínimo existencial e a própria dignidade do homem. Cabe ao intérprete e ao aplicador do direito a busca pela delimitação desses limites a partir do caso concreto, sempre com o intuito de garantir à dignidade da pessoa humana a maior eficácia, precisão e

²²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 79/-80.

²²⁵ Ibid., p. 79-80.

²²⁶ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 6ª. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 39.

²²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In. Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível. Org. Ingo Wolfgang Sarlet et. al., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 19.

²²⁸ Ibid., p. 22-24.

segurança jurídica possíveis, de acordo com a realidade do complexo Estado contemporâneo.

Nesse sentido Sarlet e Figueiredo afirmam com precisão que

mesmo não tendo um conteúdo que possa ser diretamente reconduzido à dignidade da pessoa humana ou, de modo geral, a um mínimo existencial, os direitos fundamentais em geral e os direitos sociais em particular nem por isso deixam de ter um núcleo essencial. Que este núcleo essencial, em muitos casos, até pode ser identificado com o conteúdo de dignidade destes direitos e que, especialmente em se tratando de direitos sociais de cunho prestacional (positivo), este conteúdo essencial possa ser compreendido como constituindo justamente a garantia do mínimo existencial, resulta evidente. Por outro lado, tal constatação não afasta a circunstância de que, quando for o caso, este próprio conteúdo existencial (núcleo essencial = mínimo existencial) não é o mesmo em cada direito social (educação, moradia, assistência social etc.), não dispensando, portanto, a necessária contextualização (o que é uma moradia digna, por exemplo, varia significativamente até mesmo de acordo com as condições climáticas), bem como a necessária utilização de uma interpretação, simultaneamente tópico e sistemática, designadamente quando estiver em causa a extração de alguma consequência jurídica em termos de proteção negativa ou positiva dos direitos sociais e do seu conteúdo essencial, seja ele, diretamente vinculado a alguma exigência concreta da dignidade da pessoa humana.²²⁹

Por depender da garantia da igualdade, liberdade, bem-estar, segurança, justiça, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem observância à dignidade da pessoa humana no exercício de suas funções, de modo a aprimorar e construir o ideal democrático.

A dignidade da pessoa humana, portanto, apresenta dupla função em face dos direitos fundamentais. A primeira, como elemento construtivo e medida dos direitos fundamentais, se traduz em verdadeiro vetor para a consecução do ideal democrático (função promocional). A segunda, como limite das restrições dos direitos fundamentais, impossibilitando os poderes constituídos de invadirem o núcleo duro desses direitos, de modo a evitar abusos que possam levar ao esvaziamento da democracia (função limitadora)²³⁰.

Logo, o princípio da dignidade humana, quanto à função limitadora prevista no art. 60, §4º, da Constituição da República, funciona como parâmetro legitimador da atuação do Poder Constituinte derivado, que não poderá olvidá-lo, sob pena de inconstitucionalidade do ato normativo que viola o núcleo essencial (mínimo existencial) do direito fundamental.

2.2.3. Conteúdo dinâmico do núcleo essencial dos direitos fundamentais

²²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In. Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível. Org. Ingo Wolfgang Sarlet [et. al.], Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 26.

²³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 79-80.

Apesar de o conteúdo dos direitos fundamentais ser absoluto (dignidade da pessoa humana), tal assertiva não pressupõe sua imutabilidade, mas somente impõe um limite insuperável às atividades do Poder Constituinte derivado e do legislador ordinário, tornando-as inconstitucionais caso invadam o núcleo essencial da *Lex Maior*. Pode-se afirmar, portanto, que o conteúdo do núcleo essencial, além de absoluto, é dinâmico. Afinal, as normas constitucionais devem sofrer atualizações para se coadunarem à realidade cambiante e às novas demandas do Estado, cabendo ao intérprete e ao aplicador do direito verificarem, caso a caso, se as alterações das normas constitucionais ou das leis infraconstitucionais violam o princípio democrático.

Biagi assevera que os direitos fundamentais possuem conteúdo fático-jurídico e, portanto, estão sempre sujeitos a mudanças de significados, inclusive em relação ao seu núcleo essencial, tendo em vista que o direito está sempre em movimento, de acordo com sua relação com o exterior. A jurista afirma que o conteúdo dos direitos fundamentais se modifica em consonância com os ideais da sociedade, não sendo imune inclusive ao fenômeno da mutação constitucional, estudado no item 1.6.²³¹.

Para melhor esclarecer o dinamismo do núcleo do direito fundamental, exemplifica-se. No ano de 1991, a expectativa de sobrevida para ambos os sexos era de 66,9 (sessenta e seis inteiros e nove décimos) anos de idade, de acordo com a tabela de mortalidade de ambos os sexos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística²³². Caso uma emenda constitucional aumentasse a idade para fins de aposentadoria para 67 (sessenta e sete anos), provavelmente ela seria declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, pois violaria o núcleo essencial do direito fundamental à previdência, já que a grande maioria das pessoas não teria acesso ao benefício previdenciário.

Porém, com a evolução da medicina e demais ramos da saúde, em 2015, este índice passou a ser de 75,5 (setenta e cinco inteiros e cinco décimos) anos. Desse modo, o mesmo projeto de emenda constitucional, no ano de 2015, ensejaria uma nova leitura por parte dos agentes do direito, tendo em vista a modificação da realidade social da sociedade, o que poderia provocar inclusive a declaração de constitucionalidade da medida²³³.

²³¹ BIAGI, Cláudia Perotto. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005, p. 57-58.

²³² Disponível em ftp://ftp.ibge.gov.br/Tabuas_Completas_de_Mortalidade/Tabuas_Completas_de_Mortalidade_2015/tabua_de_mortalidade_analise.pdf, em 03 ago. 2017.

²³³ Essa é uma hipótese meramente ilustrativa, para a verificação da possibilidade de aumento da idade do segurado do regime de previdência, há necessidade de se fazer diversos estudos, com variáveis não utilizadas na presente dissertação, por exemplo, a taxa de mortalidade infantil que afeta a tabela de expectativa de sobrevida.

Essa concepção do dinamismo do núcleo fundamental, entretanto, não é isenta de críticas pela doutrina. Knülling leciona que somente podem ser consideradas núcleo duro da Constituição aquelas matérias intangíveis, que não se alteram com o tempo, independentemente de ideologias ou das demandas do Estado²³⁴. Entende-se, todavia, que essa visão é deveras conservadora, pois não permite qualquer possibilidade de adequação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais às novas demandas da vida em sociedade do complexo Estado contemporâneo.

2.3. Dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

Além de delimitar o conteúdo dos direitos fundamentais, pelas teorias relativa e absoluta, há necessidade, para a presente dissertação, de refletir sobre para quem as normas de direitos fundamentais são dirigidas, para verificar o alcance da norma insculpida no art. 60, §4º, da Constituição da República.

Bulos esclarece que, de modo direto e imediato, as normas são destinadas aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que, ao exercerem suas funções, devem voltar suas atividades em prol da concretização dos direitos fundamentais. Os particulares, por suas vezes, são destinatários indiretos ou mediatos dessas normas, pois dependem da criação, aplicação e concretização das normas pelos poderes constituídos²³⁵.

No que tange ao direcionamento indireto das normas de direitos fundamentais, duas grandes posições doutrinárias surgiram para delimitar os destinatários: as teorias das dimensões subjetiva e objetiva.

Para a corrente subjetiva, a Magna Carta reconhece que os destinatários dos direitos fundamentais são os indivíduos, que se tornam titulares de evidentes direitos subjetivos. Assim, o Estado, ao propor qualquer intervenção aos direitos fundamentais, não poderá fazer tábula rasa da situação jurídica dos particulares individualmente considerados. Busca-se, por meio dessa teoria, uma ampla proteção a respeito dos direitos fundamentais de cada um dos particulares, considerando as peculiaridades de cada um²³⁶.

A corrente objetiva, por sua vez, defende que o conteúdo essencial do direito

²³⁴ Virgílio Afonso da Silva afirma que talvez o único defensor dessa teoria seja Werner Knülling, em sua obra *Bedeutung und Auslegung des Artikes 19. Abs. I und II des Grundgesetzes* (Cf. SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 189).

²³⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 435.

²³⁶ SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, 169-176.

fundamental deve ser compreendido por meio de uma análise para além do indivíduo. Isso porque as normas provenientes do Estado têm evidente caráter abstrato e geral, devendo proteger a sociedade como um todo ou, pelo menos, boa parte dela. Pretende-se, assim, assegurar, de modo global e objetivo, os fins pretendidos pela *Lex Maior*.

Para esta teoria, podem haver restrições a direitos fundamentais, desde que não coloquem em risco, sob um enfoque coletivo, o sistema democrático. Afinal, é praticamente impossível o estabelecimento de programas de governo por meio de uma análise pormenorizada e específica da situação de cada um dos particulares que pertencem à sociedade²³⁷.

Biagi, apesar da existência das duas correntes aparentemente contraditórias, afirma que as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais se complementam e se inter-relacionam. Logo, o Poder Constituinte derivado ou o legislador ordinário, no momento de limitar os direitos fundamentais, devem levar em consideração que as normas constitucionais visam disciplinar a vida comunitária (teoria objetiva), porém, devem evitar restrições que levam à supressão de direitos subjetivos individuais (teoria subjetiva)²³⁸.

2.4. Regulamentação dos direitos fundamentais

Segundo Rawls, para a concretização dos direitos fundamentais, é preciso planejamento e organização, inclusive normativa²³⁹. Alguns dispositivos do ordenamento jurídico, portanto, têm por finalidade primordial o estabelecimento do modo e das condições do exercício do direito fundamental, sem se confundir o conceito material do próprio direito²⁴⁰, conforme estudado no item 2.1.4..

A proteção dos direitos fundamentais materiais, portanto., não deve ser igualada à intangibilidade desses direitos. As condições do exercício (regulamentação) do direito não constituem intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental e, portanto, podem ser criadas e alteradas pelo Poder Constituinte derivado.

²³⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 297.

²³⁸ BIAGI, Cláudia Perotto. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005, p. 86.

²³⁹ RAWLS, Jonh. **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Editora Ática, 1993, p. 318. Em sentido contrário, Virgílio Afonso da Silva critica essa ideia, afirmando que toda a regulamentação do direito fundamental é também uma restrição, de maior ou menor grau, que deverá ser ponderada no caso concreto (Cf. SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, 89-92).

²⁴⁰ BIAGI, Cláudia Perotto. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005, p. 49.

Biagi, nesse sentido, com supedâneo em Konrad Hesse, afirma que “para poder ganhar realidade e se tornar eficaz, a maioria dos direitos fundamentais carece de uma organização jurídica e das condições e âmbitos de vida que eles devem garantir”²⁴¹. Apesar de essas normas regulamentadoras serem matéria, a princípio, da legislação ordinária, viu-se, no item 2.2., que muitas vezes, por conveniência política, são assentadas na própria Magna Carta.

Quando isso ocorre, conforme estudado no item 2.1.4., essas normas são classificadas como formalmente constitucionais, uma vez não possuem afinidade com os papéis primordiais da Carta Política²⁴². Exemplo paradigmático é a previsão de requisitos para a aquisição da aposentadoria do servidor público (idade, tempo de contribuição, carência etc.) inseridos no art. 40, §1º, III, da atual Constituição da República, *in verbis*:

Art. 40. [...] § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: [...]

III - voluntariamente, desde que cumprido **tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo** em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) **sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;**

b) **sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher,** com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. (negrito nosso)

Por veicularem apenas matérias ancilares ao direito fundamental sem qualquer vinculação, *a priori*, com o princípio democrático, tais normas regulamentadoras podem ser modificadas pelo Poder Constituinte derivado, posto que não alcançados pelo conceito de cláusulas pétreas insculpido no art. 60 §4º, IV, da Constituição da República.

Contudo, existe a possibilidade de, no caso concreto, a pretensa regulamentação ser uma verdadeira intromissão aos limites do direito fundamental, com possível afronta ao núcleo essencial protegido pela Constituição²⁴³. Assim, cabe ao intérprete e ao aplicador do direito, no caso concreto, verificarem se a alteração promovida pelo Poder Constituinte derivado ou pelo legislador ordinário, afeta princípios e elementos fundamentais da democracia.

Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946-DF, enfrentou a questão acerca da possibilidade de instituição do teto para

²⁴¹ Ibid, p. 49.

²⁴² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 19. BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29.

²⁴³ TRIBE, Laurence. American Constitutional Law. Mineola: Foundation Press, p. 581-582. Apud SILVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 100.

pagamento de benefícios do Regime Geral de Previdência Social ao salário-maternidade da segurada empregada, por meio da Emenda Constitucional nº 20/1998. Nesta ação, a Suprema Corte declarou inconstitucional a limitação para pagamento desse benefício previdenciário, pois a norma se projetava para além da mera regulamentação, tornando-se uma verdadeira restrição ao trabalho da mulher, com nítida violação ao art. 7º, XXX, da Constituição da República.

Para a Suprema Corte, se se entender que o Estado terá um limite de pagamento referente ao salário maternidade, ficando o empregador responsável pela diferença do valor do benefício e do salário efetivamente pago, nos termos do art. 7º, VI, da Magna Carta, restará sobremaneira estimulada a contratação do empregado do sexo masculino em relação à do sexo feminino, caracterizando verdadeira violação ao retrocesso social²⁴⁴.

2.5. *Entrenchment* dos direitos fundamentais

O *entrenchment*, entrincheiramento ou vedação ao retrocesso social, surge como limite de atuação do Poder Legislativo ordinário em relação aos direitos fundamentais, especialmente aos sociais, tendo em vista que estes direitos sofrem diversas restrições em face das alterações da realidade fática do Estado contemporâneo²⁴⁵.

Apesar de a matéria se voltar à limitação da atuação do legislador ordinário, não se pode negar a sua aplicação também em relação aos Poder Constituinte derivado. Isso porque, conforme já estudado no item 2.2., a atual Constituição da República traz, no seu corpo, diversas normas de natureza formalmente fundamental, sem vinculação, portanto, com as finalidades primordiais da Carta Política, por exemplo, um extenso e complexo sistema de previdência, que será objeto de debate no Capítulo 3.

A finalidade do *entrenchment* é garantir concretude aos direitos fundamentais, fazendo com que não possa existir supressão normativa ou mesmo, no caso dos direitos sociais, diminuição das prestações à sociedade. Desse modo, uma vez concretizado

²⁴⁴ Inteiro teor do acórdão disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266805>, acesso em 14 jun 2017.

²⁴⁵ AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. In: Tratado de Direito Constitucional. Ives Gandra Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valter do Nascimento (org.). 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 617.

determinado patamar de direitos, não pode o legislador constituinte ou ordinário pretender reduzi-lo, funcionando como verdadeira barreira à atuação do Poder Legislativo²⁴⁶.

Busca-se, assim, garantir maior eficácia aos direitos fundamentais, permitindo a modificação das normas somente para aprimorar e proporcionar mais prerrogativas à coletividade e promover o ideal democrático. Alcançado o novo padrão de prestações sociais, o *entrenchment* funciona como nova barreira de retrocesso, com o nítido propósito de expansão dos direitos. Nesse sentido, Agra bem esclarece que:

A concepção de entrincheiramento ou proibição do retrocesso assegura uma proteção ao conteúdo dos direitos humanos em geral, mantendo um nível base de determinada concretude normativa. Contudo, o *entrenchment* não impede a evolução dos direitos, depois de garantir uma intensidade suficiente, reforçando sua legitimidade na sociedade, a finalidade configura-se em expandir o entrincheiramento mais adiante, propiciando maiores prerrogativas à população.²⁴⁷

Desse modo, qualquer ato normativo que pretenda suprimir ou reduzir direitos já sedimentados no seio da sociedade poderão ser objetos de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, inclusive as emendas constitucionais, com o fim de adequá-lo à finalidade da *Lex Maior*²⁴⁸.

Para Sarlet, o princípio da vedação ao retrocesso social está fundamentado na segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, projetando-se com efeitos prospectivos, para que as novas gerações possam gozar de idênticos ou melhores benefícios que os das gerações antigas. Sua função não é proibir atos normativos retroativos, mas assegurar a eficácia de, no mínimo, um conteúdo essencial para a sociedade em sua permanência, de modo que cada indivíduo possa gozar de bem estar social e promover suas livres potencialidades²⁴⁹.

Andrade, por sua vez, divide o princípio da vedação ao retrocesso social em três categorias, de acordo com a intensidade da proteção: mínima; média e máxima. A primeira caracteriza-se pela impossibilidade de a norma limitadora dos direitos fundamentais atacar o núcleo essencial da Constituição. A segunda distingue-se pela necessidade de justificação da restrição de direitos fundamentais, já que vinculados ao princípio da confiança. E a

²⁴⁶ O princípio da vedação ao retrocesso social também tem correlação com a atuação dos Poderes Executivo e Judiciário. No entanto, não será objeto de estudo na presente dissertação, por não se vincular ao tema proposto.

²⁴⁷ AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. In: Tratado de Direito Constitucional. Ives Gandra Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valter do Nascimento (org.). 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 618.

²⁴⁸ Ibid., p. 617.

²⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 60.

terceira se traduz pela impossibilidade de os direitos fundamentais que tenham natureza de normas materialmente constitucionais não poderem sofrer redução ou retrocessão²⁵⁰.

Diante disso, adotando-se os graus mínimo e médio do *entrenchment*, deve ser protegido, inclusive contra o poder de reforma, o conteúdo basilar dos direitos fundamentais expressos pela dignidade da pessoa humana, conforme expresso no item 2.2.2.. As medidas restritivas, ainda, diante do princípio da segurança jurídica e do ideal democrático de concretização dos direitos fundamentais, devem ser plenamente justificadas, pois somente assim adquirem a legitimidade necessária para respectiva realização.

Quanto à intensidade máxima, entende-se que é inaplicável no direito brasileiro, uma vez que transformam os direitos fundamentais em normas supraconstitucionais, com proteção superior às próprias cláusulas pétreas, sem levar em consideração quaisquer fatores externos ao direito.

O princípio da vedação ao retrocesso social, assim, deve ser entendido como vetor interpretativo para que os poderes constituídos realizem e concretizem ideal democrático, com a proteção máxima de direitos fundamentais. No entanto, poderão existir relativizações quando houver interferência de outros fatores jurídicos, políticos, econômicos, financeiros e sociais do complexo Estado contemporâneo.

Tais elementos podem interferir no âmbito de proteção normativa, pois sempre deve haver uma simetria entre a normatividade e os fatores externos, de modo a não tornar as normas constitucionais ou legais meramente simbólicas, sem qualquer força cogente ou capaz de se tornarem concretas. Nesse sentido, Agra assevera que “não é função do entrincheiramento ensejar a fossilização da Constituição, cerceando a realidade de acompanhar os eventos fáticos e contribuindo com a perda de eficácia do ordenamento jurídico.”²⁵¹.

Portanto, os cerceamentos de direitos fundamentais devem ser evitados de modo que o Estado possa voltar os programas de políticas públicas para a promoção da dignidade da pessoa humana. Porém, diante de justificado evento fático, que não se permita a manutenção do direito fundamental em sua plenitude, o Poder Constituinte derivado, por forma do §4º do art. 60 da Constituição da República, tem a obrigação de proteger os

²⁵⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 391-392.

²⁵¹ AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. In: Tratado de Direito Constitucional. Ives Gandra Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valter do Nascimento (org.). 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 623.

direitos materialmente fundamentais, ligados à manutenção da democracia, de modo a garantir o mínimo existencial suficiente para que os indivíduos possam desenvolver suas liberdades e potencialidades. Di Pietro, a título de exemplo, afirma que

Em hipóteses extremas, pode-se dizer que, para mim, a dignidade da pessoa humana exige, pelo menos, um teto onde se abrigar, alimentos para manter-se, roupas adequadas para vestir, educação, saúde, trabalho, segurança, salário compatível com as necessidades mínimas de subsistência.²⁵²

Conforme assevera Tavares, “assegurada a proteção mínima, da qual o Estado não pode se furtar, os direitos perdem o caráter de fundamentalidade e passam a ser merecedores de proteção na medida das possibilidades”, podendo, portanto, serem estabelecidas restrições por meio da vontade popular, direta ou por seus representantes, desde que siga o procedimento próprio estabelecido na *Lex Maior*²⁵³.

No tocante à previdência social, o Poder Constituinte derivado alterou diversas normas que regem o sistema previdenciário do servidor público, especialmente pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998, nº 41/2003, o que gerou diversos debates a respeito da violação do núcleo essencial da atual Constituição da República, como será analisado no próximo capítulo.

²⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo e dignidade da pessoa humana. Ribeirão Preto/USP: Revista Digital de Direito Administrativo, v.1., n.2., 2014, p. 266.

²⁵³ TAVARES, Marcelo Leonardo. Reforma da Previdência: caminhos e descaminhos da proteção previdenciária dos servidores. In. A Reforma da Previdência Social: temas polêmicos e aspectos controvertidos. SARMENTO, Daniel et. al., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.117.

3. REFORMAS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DO SERVIDOR PÚBLICO E PROTEÇÃO AO NÚCLEO ESSENCIAL DA CONSTITUIÇÃO: UMA ANÁLISE DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS Nº 20/1998 E Nº 41/2003

3.1. Seguridade social como direito fundamental de segunda geração

É imprescindível o estudo acerca da gênese do Direito da Seguridade Social para compreender o desenvolvimento da ciência ao longo dos anos e entender os conceitos e instituições jurídicas que atualmente prevalecem, como bem adverte Martins¹.

Convém frisar que a preocupação com os infortúnios da vida é algo instintivo ao homem. Pode-se dizer que a origem da proteção social se deu com o surgimento da família e de uma dinâmica interna dentro de sua estrutura que fez com que os mais jovens, aptos para o trabalho, passassem a ser os responsáveis pelo cuidado dos mais idosos e enfermos, quando estes não mais tinham condições de manter o próprio sustento². Entretanto, se inexistisse qualquer apoio familiar, a manutenção de condições mínimas de subsistência do indivíduo era realizada por meio de auxílios externos, especialmente incentivados pela Igreja. O Estado, por sua vez, quedava-se inerte, deixando cada um responsável por sua própria sorte.

Portanto, como ensina Campos, o início da proteção social foi caracterizado pela individualidade³. Porém, esse absentismo estatal gerou diversas desigualdades e fez com que muitas pessoas vivessem em condições degradantes, conforme estudado no item 2.1.3.2.

Somente no século XVII, com a edição da famigerada Lei dos Pobres em 1601 na Inglaterra, vislumbrou-se certa proteção estatal vinculada à seguridade social para combater a miséria que, àquela época, assolava o país. Por meio dessa lei, criou-se um conjunto de regras assistenciais aos mais necessitados, garantindo trabalho e recursos mínimos a esses indivíduos, de modo que pudessem se autossustentar e prover sua família. Correia e Correia explicam que

¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3.

² IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 14ª ed. Niterói: Ímpetus, 2009, p. 1.

³ CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Juruá, 2013, p. 32.

Em 1601, fora editado o *Poor Law Act*, que dentre outras medidas, previa o pagamento de pequenos valores, de caráter mais paliativo, a desempregados doentes e de idade avançada [...] Referido ordenamento, ao instituir assistência paroquial aos pobres, criou, para seu custeio, contribuições compulsórias, denominada *poor tax*, que vigoraram por, aproximadamente, um século e meio.⁴

Com a evolução das gerações dos direitos fundamentais, especialmente após a Revolução Industrial e a Primeira Guerra Mundial, aumentou a preocupação do Estado com a promoção dos direitos sociais. O Estado deixou de ser mero espectador e passou a garantir, aos menos favorecidos, condições mínimas de subsistência, como forma de distribuição de riquezas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi o primeiro instrumento internacional a prever o direito à seguridade social como direito humano, *in verbis*:

Art. 22 - Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país.

[...]

Art. 23 - 1. Toda a pessoa tem direito [...] à proteção contra o desemprego.

[...]

Art. 25 - 1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança do desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social.

[...] ⁵

Tal proteção foi reafirmada com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. Esse instrumento foi ratificado pelo Brasil, por meio do Decreto nº 591 de 1992, cujos art. 9º ao 12 preveem que os Estados partes reconhecem os direitos à previdência social, à proteção da gestante, à assistência social e à saúde⁶. No entanto, mesmo antes da ratificação desse pacto internacional, o Brasil já havia positivado na sua Carta Política o direito à seguridade social como direito fundamental.

⁴ CORREIA. Marcus Orione Gonçalves. CORREIA, Érica Paula Bacha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2-3.

⁵ Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>, acesso em 30 out. 2017.

⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>, acesso em 30 out. 2017.

3.1.1. Evolução do direito à seguridade social nas Constituições do Brasil

Martins faz excelente síntese a respeito da evolução da seguridade social nas diversas constituições do país, demonstrando que as normas referentes a esse instituto jurídico são constantemente modificadas tanto pelo Poder Constituinte originário quanto pelo Poder Constituinte derivado⁷.

Pela análise da história da seguridade social no Brasil, especialmente no campo da previdência social, percebe-se que há diversos avanços e recuos sucessivos dos direitos sociais no país, mais baseados em políticas e voluntarismos governamentais do que em planejamento estratégico de longo prazo⁸.

3.1.1.1. Constituição do Império de 25 de março de 1824

Na Constituição do Império de 1824, o direito à seguridade social foi inserido de forma pontual, com a previsão dos socorros públicos (art. 179, XXI), *in verbis*:

Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
[...]
XXXI. A Constituição tambem garante os socorros publicos.⁹

Por mais embrionária que seja, a positivação dos “socorros públicos” na Constituição do Império de 1824 foi importante para a evolução dos direitos fundamentais no Brasil, indicando o início da preocupação do Estado com os direitos sociais.

Todavia, como bem aponta Ferreira Filho, essa norma não tem expressividade suficiente para ser considerada como marco do constitucionalismo dos direitos fundamentais de segunda geração no país, pois ainda está ausente um conjunto organizado de regras protetivas desses direitos¹⁰.

3.1.1.2. Constituição da República de 24 de fevereiro de 1891

⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 7-14.

⁸ TAVARES, Marcelo Leonardo. Reforma da previdência: caminhos e descaminhos da proteção previdenciária dos servidores. In: SARMENTO, Daniel et. al. **A Reforma da Previdência Social: temas polêmicos e aspectos controvertidos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p.109.

⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>, acesso em 30 out. 2017.

¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 65 e 119.

A Constituição da República de 1891, por sua vez, ainda que de modo embrionário, previu uma forma de aposentadoria por invalidez para os servidores públicos. O art. 75 deste diploma normativo estabelecia que

Art. 75. A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação.¹¹

Por inexistir qualquer contribuição por parte do beneficiário, como atualmente ocorre, a aposentadoria, naquele período, tinha nítido caráter compensatório pela invalidez durante a realização de serviços públicos¹².

Foram os servidores públicos, segundo Campos, devido ao grau de organização da sua categoria, os pioneiros na instituição dos respectivos sistemas de proteção social no Brasil, antes da criação de qualquer regime para os trabalhadores da iniciativa privada¹³.

Além disso, nas disposições transitórias da Constituição da República de 1891, houve previsão expressa de uma pensão vitalícia ao imperador Dom Pedro II, que seria fixada pelo Congresso Nacional (art. 7º), e a emenda constitucional de 3 de setembro de 1926 passou a autorizar o Congresso Nacional a legislar sobre licenças, aposentadoria e reforma, vedando a concessão destas por leis especiais¹⁴.

3.1.1.3. Constituição da República de 16 de julho de 1934

Ferreira Filho entende que a constitucionalização dos direitos sociais no Brasil somente ocorreu com a Carta de 1934, sob forte influência da Constituição de Weimar de 1919, pois, antes dela, as previsões constitucionais desses direitos eram muito incipientes e pontuais¹⁵. Somente com a Constituição da República de 1934, houve nítida preocupação em se criar um conjunto de regras balizadoras dos direitos sociais. Todavia, essas regras foram tratadas juntamente com as de ordem econômica, retirando-lhes parte da autonomia que atualmente prevalece no estudo dos direitos fundamentais.

Martins destaca que esta Carta Política delegou à União a competência para fixar regras de assistência social e aos Estados-membros a responsabilidade para cuidar da saúde

¹¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>, acesso em 30 out. 2017.

¹² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 7.

¹³ CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Juruá, 2013. p. 32.

¹⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm>, acesso em 30 out. 2017.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 65 e 119.

e assistência pública, bem como da aplicação e fiscalização das leis sociais (art. 5º e 10)¹⁶. Tais disposições constitucionais destacam o evidente caráter centralizador da federação brasileira, conforme estudado no item 1.5.3.1.

Além disso, no tocante à previdência social, a Constituição da República de 1934 manteve a competência da União para legislar sobre licenças, aposentadorias e reformas (art. 39); previu a proteção social do trabalhador (art. 121); estabeleceu a forma tríplice de custeio do sistema previdenciário dos trabalhadores em geral (art. 121, §1º, “h”); disciplinou que a aposentadoria compulsória do servidor público seria aos 68 (sessenta e oito) anos de idade (art. 170, §3º); instituiu a aposentadoria por invalidez integral ao funcionário público, sendo que o valor do benefício não poderia superar o valor da remuneração em atividade (art. 170, §§4º, 6º, 7º); e possibilitou a cumulação de benefícios (art. 170, §2º)¹⁷.

3.1.1.3. Constituição da República de 10 de novembro de 1937

A Constituição da República de 1937 nada acrescentou na matéria de seguridade social; pelo contrário, regrediu. Trouxe, no seu corpo, somente duas previsões a respeito de previdência, dando-lhe o nome de “seguro social”, conforme consta do art. 137. Previu a instituição do seguro velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidente do trabalho (alínea “m”) e o dever de as associações de trabalhadores prestarem auxílio ou assistência aos seus associados, no tocante às práticas administrativas e judiciais referentes ao seguro de trabalho e sociais (alínea “n”)¹⁸.

Art. 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos:

[...]

m) a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho;

n) as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência, no referente às práticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidentes do trabalho e aos **seguros sociais**. (negrito nosso)¹⁹

3.1.1.4. Constituição da República de 18 de setembro de 1946

¹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 9-10.

¹⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>, acesso em 30 out. 2017.

¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto, op.cit., p. 10-11.

¹⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>, acesso em 30 out. 2017.

Na Constituição de 1946, iniciou-se a sistematização do direito previdenciário no texto constitucional, juntamente com o direito do trabalho (art. 157, *caput*).

A nova Carta criou a previdência social, financiada por meio da tríplice forma de custeio, para assegurar a subsistência do segurado contra as consequências da doença, velhice, invalidez e morte, bem como em relação à maternidade (art. 157). Disciplinou, ainda, no mesmo artigo, obrigatoriedade de instituição do seguro doença, de benefícios médicos e assistenciais ao trabalhador e à gestante²⁰.

Art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

[...]

XIV - assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante;

XV - assistência aos desempregados;

XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte;

XVII - obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho.

[...] ²¹

Esta Constituição foi emendada em 1965 para prever que nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício previdenciário será criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total²².

3.1.1.5. Constituição da República de 24 de janeiro de 1967 e Emenda Constitucional nº 1 de 20 de outubro de 1969

A Constituição da República de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 em nada inovaram a matéria de previdência social em relação à Carta Política anterior, praticamente repetindo as mesmas regras até então vigentes²³.

A Emenda Constitucional nº 18, de 30 de junho de 1981, por sua vez, previu a aposentadoria especial dos professores aos 30 (trinta) anos e das professoras aos 25 (vinte cinco) anos de efetivo exercício do magistério, com valor integral, *in verbis*:

Art. 2º - O art. 165 da Constituição Federal é acrescido do seguinte dispositivo, passando o atual item XX a vigorar como XXI:

XX - a aposentadoria para o professor após 30 anos e, para a professora, após 25 anos de efetivo exercício em funções de magistério, com salário integral.²⁴

²⁰ MARTINS. Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 11-13.

²¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm>, acesso em 30 out. 2017.

²² MARTINS. Sérgio Pinto, op.cit., p. 11-13.

²³ Ibid., p. 13.

3.1.1.6. Constituição da República de 5 de outubro de 1988

A Constituição da República de 1988 foi a primeira, na história constitucional brasileira, a abarcar os direitos sociais em um título específico denominado “Direitos e Garantias Fundamentais” (Título II), juntamente com os direitos individuais, coletivos, políticos, de nacionalidade e dos partidos políticos. Destacou, ainda, um capítulo próprio para a seguridade social (art. 194 a 204).

Isso não quer dizer, como visto nos itens 3.1.1. a 3.1.1.4., que nas Cartas Políticas anteriores não havia proteção aos direitos sociais, mas somente que tais direitos foram elevados à qualidade de direitos fundamentais e organizados em capítulo próprio na atual Carta Política.

Desse modo, como estudado no Capítulo 2, o Poder Constituinte originário, além de se preocupar com a concretização e a promoção dos direitos sociais, atribuiu a eles *status* de cláusula pétrea em face do poder de reforma constitucional, evitando, assim, a extinção ou a redução desses direitos, o que poderia comprometer a dignidade da pessoa humana na sociedade brasileira (art. 60, §4º, IV).

A atual Constituição da República, ainda, dispõe sobre a competência privativa da União para legislar acerca da seguridade social (art. 22, XXIII), e a competência concorrente dos entes federados para legislar sobre previdência social em relação a seus servidores públicos, bem como sobre a proteção e defesa da saúde, da proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência, proteção à infância e à juventude (art. 24, XII, XIV e XV), com nítida centralização do poder político nas competências da União, conforme visto no item 1.5.3.1.

A seguridade social, por sua vez, está expressamente prevista no art. 194, e compreende um “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Martins conceitua o instituto, com supedâneo nesse artigo, como

²⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc18-81.htm>, acesso em 30 out. 2017.

conjunto de princípios, de regras e de instituições destinados a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.²⁵

Prossegue o jurista afirmando que a Convenção 102 da Organização Internacional do Trabalho considera contingências a serem protegidas pela seguridade social: a idade avançada, a invalidez, a morte, a enfermidade, a maternidade, o acidente do trabalho, as prestações familiares, o desemprego e o tratamento médico²⁶. Esta norma internacional, apesar de ainda não ratificada pelo Brasil, serve como fortíssimo vetor interpretativo das normas internas, conforme analisado no item 2.1.1.

Assim, cabe ao Estado promover as devidas regulamentações da seguridade social, bem como se aparelhar de órgãos e instituições responsáveis pela efetiva concretização dos direitos referentes à saúde, à previdência e à assistência social, com o objetivo de garantir uma vida digna aos indivíduos.

Dentre os ramos da seguridade social, o estudo acerca da previdência é o que importa para a presente dissertação.

3.2. Previdência social na Constituição da República de 5 de outubro de 1988

A previdência social, como ensina Martins, é o conjunto de regras, instituições e princípios que visam criar um sistema de proteção social, baseado na contribuição dos segurados, com o objetivo de proporcionar os meios indispensáveis à subsistência do segurado e de seus dependentes contra contingências que, em regra, acarretem a perda ou a redução, de forma temporária ou permanente, da respectiva remuneração²⁷.

Coelho leciona que o direito à previdência possui natureza contributiva e obrigatória e tem por escopo “ofertar condições mínimas para a preservação da qualidade de vida do segurado e de seu dependente, assumindo o formato de programa de distribuição de renda.”²⁸. A previdência social, portanto, é uma forma do Estado garantir a redistribuição de riqueza, incidindo diretamente na desigualdade social, de modo a tornar

²⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 21.

²⁶ Ibid, p. 22.

²⁷ Id., **Reforma Previdenciária**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 16.

²⁸ COELHO, Daniella Mello. Regime de previdência dos servidores públicos. In: FORTINI, Cristiana (org.) **Servidor Público: Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 39.

mais equivalente o acesso, por cidadãos de diferentes classes sociais, a direitos fundamentais²⁹.

Na atual Constituição da República, esse direito foi positivado como direito fundamental de segunda geração no art. 6º e teve sua autonomia reconhecida, separando-o do direito do trabalho. Castro e Lazzari esclarecem que

A fixação da autonomia do Direito Previdenciário reveste-se de importância, uma vez que é necessário estabelecer critérios de análises das relações jurídicas específicas que ocorrem neste campo tão complexo de atuação estatal que é a segurança social. Para tanto, há que se reconhecerem seus princípios, diferenciados dos demais ramos do Direito, bem como a tipicidade das relações jurídicas a serem normatizadas, únicas no espectro da ordem jurídica: a relação jurídica de custeio, entre o contribuinte ou responsável e o ente arrecadados; e a relação jurídica de seguro social, entre o beneficiário e o ente previdenciário [...] Deve-se ressaltar, inicialmente, que a autonomia de que tratam os doutrinadores, segundo uma concepção mais recente, não significa, em momento algum, deixar de reconhecer a vinculação que um ramo do Direito tenha com os demais, por fazerem parte do mesmo ordenamento jurídico.³⁰

Há, atualmente, no Brasil, dois tipos regimes de previdência social: o básico e o complementar.

O básico é subdividido entre o Regime Geral de Previdência Social (art. 201), os Regimes Próprios de Previdência Social (art. 40) e a previdência dos militares (art. 42, § 1º, e art. 142, § 3º, X). Amado afirma que o regime básico é de filiação compulsória e o Estado tem o dever de gerenciá-lo, de modo a garantir o mínimo de subsistência a seus segurados e dependentes³¹. Tavares explica que este regime visa garantir o patamar mínimo da dignidade da pessoa humana, conforme visto no item 2.2.2.1., de modo a se tornar instrumento de concretização dos direitos fundamentais, erradicação da pobreza e da marginalização, bem como da redução das desigualdades sociais por meio da distribuição de riquezas³².

O regime complementar, por sua vez, é desmembrado entre público e privado, conforme art. 40, §§14 a 16 e art. 202, respectivamente. Tal regime, apesar da nomenclatura “complementar”, é autônomo e de vinculação facultativa, tendo por objetivo principal oferecer prestações para a manutenção do padrão de vida dos participantes, para além do mínimo existencial³³.

²⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 300.

³⁰ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 57.

³¹ AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário Sistematizado**. 3ª ed. Salvador: JusPodvm, 2012. p. 98.

³² TAVARES, Marcelo Leonardo. Reforma da previdência: caminhos e descaminhos da proteção previdenciária dos servidores. In: SARMENTO, Daniel et. al. **A Reforma da Previdência Social: temas polêmicos e aspectos controversos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 117.

³³ AMADO, Frederico, op. cit., loc. cit.

Barroso alerta que a previdência complementar ainda desempenha papel pouco expressivo na realidade brasileira, e a tendência para a higidez dos regimes previdenciários é a conjugação de ambos os modelos: básico, sob o regime de repartição simples; e o complementar, em regime de capitalização³⁴.

O regime de repartição simples ou mutualista é consubstanciado na ideia de que os recursos dos atuais segurados e do Poder Público se destinam ao financiamento dos benefícios previdenciários dos atuais aposentados e pensionistas. Tal modelo, portanto, é baseado no princípio da solidariedade, cujo fundamento é a criação, por meio da colaboração de toda a sociedade e dos entes políticos, de um manto protetivo para aquelas pessoas que não tenham mais condição de trabalhar e de manter a própria subsistência³⁵.

Já o regime de capitalização tem por finalidade a instituição de um sistema onde as contribuições vertidas pelo segurado, corrigidas monetariamente, são destinadas a arcar com os futuros benefícios do próprio servidor e seus dependentes, sem prevalência da ideia de solidariedade social³⁶.

3.2.1. Previsão de um sistema previdenciário amplo e complexo

A atual Constituição da República, por questões de conveniência política, além de prever regimes previdenciários diferentes, conforme visto no item anterior, criou um sistema de proteção demasiadamente complexo e detalhista, trazendo, no próprio texto, normas referentes aos requisitos para a aquisição da aposentadoria, à forma de cálculo do valor do benefício, de reajustes etc.

Como adverte Martinez, tais normas foram indevidamente postadas na Carta Política, devendo existir um movimento de desconstitucionalização da técnica protetiva, de modo a dinamizar o instrumento da previdência social³⁷. Prossegue o jurista, afirmando que a

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência: ascensão e queda de um regime de erros e privilégios. In: SARMENTO, Daniel et. al. **A Reforma da Previdência Social: temas polêmicos e aspectos controvertidos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 57-58.

³⁵ TAVARES, Marcelo Leonardo. Reforma da previdência: caminhos e descaminhos da proteção previdenciária dos servidores. In: SARMENTO, Daniel et. al. **A Reforma da Previdência Social: temas polêmicos e aspectos controvertidos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 121.

³⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 301.

³⁷ Id., **Reforma da Previdência dos Servidores: comentários à EC n. 41/03**. São Paulo: LTR, 2004. p. 19.

Previdência social é técnica protetiva, com fundamento na atuária, matemática e finanças, e não cabe esmiúça-la na Constituição, que deve se limitar aos princípios filosóficos securitários. Tem de ser dinâmica como são dinâmicas as relações sociológicas e econômicas e melhor contidas em lei [...]. Julgar que contemplada no papel da Carta Magna ela, *per se*, se consubstancia é um belíssimo sonho de idealistas que, com frequência, não se realiza se faltarem os meios.³⁸

Portanto, as matérias referentes ao modo e às condições do exercício do direito fundamental, como estudado no item 2.4., deveriam, *a priori*, ser regulamentadas pelo legislador ordinário, como ocorre, por exemplo, com a previdência dos militares, nos termos dos art. 42, § 1º, e art. 142, §3º, da *Lex Maior*.

O constituinte, porém, ao prever matérias ancilares ao direito à previdência no próprio texto constitucional, retirou do legislador ordinário a competência para disciplinar acerca dos contornos dos direitos fundamentais e tornou a *Lex Maior* mais suscetível a transformações, quando em relação com os fatores externos. A única saída para a adequação dessas normas constitucionais à realidade social, como ensina Bulos, é apelar para as reformas constitucionais³⁹.

No tocante aos regimes previdenciários, o Poder Constituinte derivado, diante dos fatores políticos, sociais, econômicos e financeiros que assolavam (e ainda assolam) o Brasil, viu-se obrigado a modificar a disciplina normativa constitucional, por meio das Emendas Constitucionais nº 3/1993, nº 20/1998, nº 41/2003, nº 47/2005, nº 70/2012 e nº 88/2015, de modo a tornar o sistema de proteção social mais adequado à nova realidade nacional.

Para a presente dissertação, o intuito é verificar se, no Regime Próprio de Previdência Social dos servidores públicos, o núcleo essencial da Constituição da República, previsto no art. 60, §4º, foi violado por meio das Emendas Constitucionais nº 20/1998, nº 41/2003. Afinal, tais emendas foram consideradas as duas grandes reformas previdenciárias ocorridas no país, com claras reduções de direitos sociais⁴⁰.

Pretende-se, assim, no presente capítulo, realizar uma digressão histórica a respeito dessas reformas, sem, contudo, adotar um critério linear e descritivo, mas um estudo acerca das discussões acadêmicas e judiciais travadas, à época, sobre a violação da democracia.

³⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Reforma da Previdência dos Servidores**: comentários à EC n. 41/03. São Paulo: LTR, 2004. p. 19.

³⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 49.

⁴⁰ COELHO, Daniella Mello. Regime de previdência dos servidores públicos. In: FORTINI, Cristiana (org.) **Servidor Público**: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 37-38.

Para tanto, utiliza-se as teorias até então expostas, além da doutrina específica e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como fontes de análise.

3.3. Alteração da realidade socioeconômica: crise do sistema previdenciário do servidor público

Não obstante a previdência seja considerada direito fundamental de segunda geração e, portanto, protegido, *a priori*, em relação ao Poder Constituinte derivado, nos termos do art. 60, §4º, IV, da Constituição da República, houve a necessidade de alteração das normas que regem o sistema previdenciário do servidor público, por meio das Emendas Constitucionais nº 20/1998, nº 41/2003, tendo em vista a crise do sistema previdenciário.

As modificações das normas constitucionais nos Regimes Próprios de Previdência Social, em uma análise global, visaram corrigir as políticas inadequadas adotadas no passado as quais, durante décadas, trataram a aposentadoria do servidor público “como um ‘prêmio’ concedido [...] pelos serviços prestados à sociedade, mera continuação do seu vínculo com a Administração Pública que o admitia”⁴¹. As aposentadorias dos servidores públicos eram devidas aos inativos sem a existência de qualquer contribuição por parte dos beneficiários tampouco do Poder Público.

Apesar do caráter contributivo inerente ao sistema previdenciário, o Regime Próprio de Previdência Social historicamente foi considerado uma extensão da política de pessoal, sem qualquer preocupação com o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. Para Afonso, tal regime manteve a tradição assistencial dos primórdios das organizações previdenciárias e assistenciais, e, portanto, possuem benefícios mais generosos e contribuições mais módicas⁴².

Afirma o economista que, com essa política, o Estado garantiu bem-estar a essas classes de servidores. Porém, com a estabilização econômica após o Plano Real e o envelhecimento populacional, os *déficits* cresceram, ocasionando graves problemas aos cofres públicos e inconsistências nos sistemas de previdência. Assevera, ademais, que o desequilíbrio da previdência dos servidores públicos é estrutural, pois “o conjunto de regras institucionais, que rege a forma de recolhimentos das contribuições e de pagamento dos

⁴¹ JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 102.

⁴² AFONSO, Luís Eduardo. Seguridade Social. In: ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro (org.). **Economia do Setor Público do Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 394.

benefícios (...), tem se mostrado inadequado, dado o conjunto de parâmetros econômicos e demográficos existente”⁴³.

Barroso, no mesmo sentido, adverte que

O sistema previdenciário brasileiro tornou-se injusto e desigual, com abissal desequiparação entre o setor privado e o público. Nesse último, vigora um regime no qual os recursos do orçamento geral – e não das contribuições dos beneficiários – financiam os benefícios e cobrem o *déficit* crescente, promovendo um modelo concentrador de renda, fundado na solidariedade social invertida: os mais pobres financiam os mais ricos.⁴⁴

Martins, por sua vez, critica essa justificativa apresentada para legitimar as reformas da previdência social, tendo em vista que foi baseada somente em critérios políticos e econômicos, olvidando-se das questões mais importantes: o ideal democrático de concretização dos direitos fundamentais; o aspecto social do direito previdenciário, com a melhoria das condições dos segurados e dos dependentes (vide itens 1.4.1. e 2.2.2.1.).

Afirma o jurista que as Emendas Constitucionais nº 20/1998, nº 41/2003, do modo que foram promulgadas, transferem a responsabilidade da má gestão da coisa pública realizada pelo Estado para os cidadãos, já que grande parte dos recursos das contribuições para financiamento da seguridade social foi utilizada para pagamento de grandes obras como a Ponte Rio-Niterói, a Transamazônica e a Hidrelétrica de Itaipu, além de liquidação de parte das dívidas externa e interna, sem contar outras diversas irregularidades⁴⁵.

Apesar dessa crítica, Martins afirma que, no setor público, diferentemente do privado, realmente existe um *déficit* financeiro, até porque não existia qualquer previsão normativa de contribuições para financiamento das aposentadorias até a Emenda Constitucional nº 03/1993⁴⁶.

A análise do problema, contudo, como bem aduz Tavares, não pode ficar restrita ao campo da economia e da ausência do critério contributivo ao longo dos anos para o Regime Próprio de Previdência Social. A discussão a respeito dos fatores que justificam a reforma da previdência extrapola o debate a respeito do *déficit* previdenciário, para

⁴³ AFONSO, Luís Eduardo. Seguridade Social. In: ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro (org.). **Economia do Setor Público do Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 396

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência: ascensão e queda de um regime de erros e privilégios. In: SARMENTO, Daniel et. al. **A Reforma da Previdência Social**: temas polêmicos e aspectos controvertidos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 50.

⁴⁵ MARTINS. Sérgio Pinto. Reforma Previdenciária. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 51-56.

⁴⁶ Ibid., p. 17-47.

abranger aspectos da manutenção do princípio democrático, especialmente em relação à proteção da dignidade da pessoa humana⁴⁷.

Seguindo essa linha, Modesto enumera outros fatores que possivelmente acarretaram a crise do sistema previdenciário dos agentes públicos, como por exemplo: a implementação do regime jurídico único; a ausência de limite de idade para ingressar no serviço público; a ausência de carência para a aquisição de benefícios previdenciários; a concessão de aposentadorias integrais com reajuste pela paridade; a aposentadoria por tempo de serviço sem a necessidade da efetiva contribuição; a possibilidade de contagem de tempo ficto; a redução do número de servidores ativos e o incremento do número de inativos e pensionistas; o aumento da expectativa de vida; além de fatores políticos e problemas gerenciais⁴⁸.

Barroso, diante de todos esses fatores, assevera que “a extensão e a gravidade do problema deslegitimam o discurso de que qualquer mudança afeta conquistas históricas”⁴⁹. Há necessidade, portanto, do estabelecimento de um novo pacto entre as gerações, de modo a salvaguardar o sistema para o futuro, tendo em vista que, conforme analisado no item 3.2., o modelo adotado no Brasil é o de repartição simples, fundamentado no princípio da solidariedade.

Wong e Carvalho, nesse sentido, alertam que

Previdência Social no Brasil, como na maior parte dos países da América Latina, é baseada no sistema de repartição simples, que funcionou de forma satisfatória em populações relativamente jovens, quase-estáveis. Atualmente enfrentam crises estruturais, não-demográficas, crônicas (...) sem reformas no sistema atual, transferências em direção às populações mais velhas consumirão metade dos gastos governamentais relacionados à idade, em 2025, ou cerca de dois terços em 2050. Isto, claro, partindo do pressuposto que haverá recursos disponíveis.⁵⁰

Diante disso, com o objetivo de salvaguardar o sistema previdenciário de um possível colapso, o Poder Constituinte derivado viu-se obrigado a alterar as normas constitucionais que disciplinavam o direito fundamental à previdência, no entanto, tal

⁴⁷ TAVARES, Marcelo Leonardo. Reforma da previdência: caminhos e descaminhos da proteção previdenciária dos servidores. In: SARMENTO, Daniel et. al. **A Reforma da Previdência Social**: temas polêmicos e aspectos controvertidos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 112.

⁴⁸ MODESTO, Paulo. A reforma da previdência e as peculiaridades do regime de previdenciário dos agentes públicos. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, jul. 2003, p. 143-144. No mesmo sentido cf. BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência: ascensão e queda de um regime de erros e privilégios. In: SARMENTO, Daniel et. al. **A Reforma da Previdência Social**: temas polêmicos e aspectos controvertidos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 62.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência: ascensão e queda de um regime de erros e privilégios. In: SARMENTO, Daniel et. al. **A Reforma da Previdência Social**: temas polêmicos e aspectos controvertidos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 63-64.

⁵⁰ AMARO, Meiriane Nunes. **Terceira Reforma da Previdência**: até quando esperar? Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2011, p. 15.

tarefa não foi simples. Tanto no mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) como no governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010), a agenda econômica preocupava-se com a concretização das reformas da previdência.

3.4. Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003

A agenda do governo do ano de 1995 estava marcada com a continuação do processo de estabilização monetária, iniciado com o Plano Real, e de regularização das contas públicas, com previsão de alterações normativas das áreas tributária, econômica, administrativa e previdenciária⁵¹.

No tocante à previdência social, o presidente Fernando Henrique Cardoso, autor do Projeto de Emenda Constitucional nº 33/1995, que resultou na Emenda Constitucional nº 20/1998, teve diversas dificuldades para aprovar a primeira grande reforma, tendo em vista a pretensão de modificar de forma radical os regimes previdenciários dos servidores públicos, dos militares e dos trabalhadores em geral. Sua proposta encarou forte resistência da oposição, feita especialmente pelo Partido dos Trabalhadores⁵².

O projeto demorou aproximadamente 3 (três) anos para ser implementado, sendo aprovado somente em dezembro de 1998, e sofreu alterações significativas durante o processo de tramitação nas casas legislativas⁵³. Melo e Anastasia alertam que o processo para aprovação do Projeto de Emenda Constitucional nº 33/1995 “revelou-se extremamente longo, e o Executivo sofreu oito derrotas em plenário”⁵⁴.

Tal proposição era considerada “politicamente inviável” já que, dentre outros motivos, reduzia direitos individuais, de modo imediato, com perspectiva de beneficiar a sociedade a médio e longo prazo. Tal característica fez com que gerasse diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da constitucionalidade das novas regras previdenciárias, conforme se estudará no decorrer do presente capítulo.

⁵¹ ALMEIDA, Sandra Cristina Figueiras de. **Histórico de reformas**: mudanças realizadas na previdência social. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003, p. 3.

⁵² WONG, Laura L. Rodriguez. Carvalho, J. A. O rápido processo de envelhecimento populacional do Brasil: sérios desafios para as políticas públicas. **Revista Brasileira de Estudos de População**, São Paulo, v. 23, n. 1., p 20, jan/jun 2006.

⁵³ Para aprofundamento do tema cf. MELO, Carlos Ranulfo; ANASTASIA, Fátima. A Reforma de Previdência em Dois Tempos. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 48, nº 2, 2005; MARTINEZ, **Reforma da Previdência dos Servidores**: comentários à EC n. 41/03. São Paulo: LTR, 2004, p. 13-19.

⁵⁴ MELO, Carlos Ranulfo; ANASTASIA, Fátima. A Reforma de Previdência em Dois Tempos. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 48, nº 2, 2005, p. 309.

O segundo grande passo da reforma da previdência foi dado pelo governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, com o envio do Projeto de Emenda Constitucional nº 40/2003 que resultou na Emenda Constitucional nº 41/2003 – uma continuação da reforma da previdência iniciada em 1995. Nesse sentido, Melo e Anastasia afirmam que a simples necessidade de um novo projeto, logo nos primeiros meses do governo, demonstra de maneira clara o quão limitado foi o sucesso de Fernando Henrique Cardoso na primeira reforma da previdência⁵⁵.

Seguindo a mesma diretriz do Projeto de Emenda Constitucional nº 33/1995, o Projeto de Emenda Constitucional nº 40/2003 teve o nítido propósito de reduzir direitos sociais para manter o sistema hígido, no entanto, se ateuve em estabelecer modificações no Regime Próprio de Previdência Social dos servidores públicos, diminuindo o número de pessoas afetadas com a medida e, conseqüentemente, a resistência para a aprovação da proposta.

Apesar de o Partido dos Trabalhadores ter sido, em massa, contrário ao Projeto de Emenda Constitucional nº 33/1995, em 2003, estando no governo, grande parte dos parlamentares do PT aprovaram o projeto de nº 40/2003. Melo e Anastasia explicam que a adoção da agenda reformista pelo Partido dos Trabalhadores ocasionou um abalo na coesão do grupo, que teve de lançar mão dos instrumentos de disciplina para fazer com que vários parlamentares se alinhassem à pretensão governamental⁵⁶.

Vários parlamentares, como, por exemplo, Heloisa Helena, Luciana Genro, Chico Alencar e Babá foram expulsos do Partido dos Trabalhadores, pois não seguiram a linha partidária determinada e votaram contra o Projeto de Emenda Constitucional nº 40/2003, alegando que o PT sempre foi contra a reforma da previdência e a diminuição de direitos sociais que ela acarreta. Após a dissidência, esses parlamentares fundaram, em 2004, o Partido Socialismo e Liberdade⁵⁷.

Ao contrário de seu predecessor no governo de Fernando Henrique Cardoso, o Projeto de Emenda Constitucional nº 40/2003 foi aprovado no mesmo ano de sua tramitação. Para o economista Sylberstajn, “nenhuma tentativa de reforma da previdência

⁵⁵ MELO, Carlos Ranulfo; ANASTASIA, Fátima. A Reforma de Previdência em Dois Tempos. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 48, nº 2, 2005, p. 308.

⁵⁶ Ibid., p. 322-323.

⁵⁷ JELIN, Daniel. Reforma da Previdência: o que Lula ensinou em 2003 (e o que o Brasil aprendeu em 2005). **Revista VEJA**, São Paulo, 13 set. 2016. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/reveja/reforma-da-previdencia-o-que-lula-ensinou-em-2003-e-o-que-o-brasil-aprendeu-em-2005/>>, acesso em 7 dez. 2017.

conseguiu tanto, em tão pouco tempo”⁵⁸. Isso se deu por várias razões: adoção das medidas coercitivas adotadas pelo Partido dos Trabalhadores; foco na alteração das normas relativas ao Regime Próprio de Previdência Social; fatores políticos; além da frágil oposição feita pelos Partido da Social Democracia Brasileira e Partido da Frente Liberal (atual partido Democratas), que tinham como programa de governo a reforma da previdência⁵⁹.

No entanto, no âmbito jurídico, a Emenda Constitucional nº 41/2003, especialmente por reduzir diversos direitos individuais dos servidores públicos, também acarretou inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da violação dos limites materiais ao Poder Constituinte derivado, previstos no art. 60, §4º, da Constituição da República, conforme se verá.

O Projeto de Emenda Constitucional nº 227/2004, por sua vez, que resultou na Emenda Constitucional nº 47/2005, de autoria da senadora Ideli Salvatti foi alcunhada de “PEC Paralela”. Melo e Anastasia, esse projeto foi uma alternativa negociada com o governo para que os senadores pudessem alterar pontos da reforma da previdência, sem, contudo, alterar o Projeto de Emenda Constitucional nº 40/2003 aprovado na Câmara⁶⁰.

A Emenda Constitucional nº 47/2005, em apertada síntese, somente modificou as regras de transição e revogou o art. 6º, parágrafo único, da Emenda Constitucional nº 41/2003, com efeitos retroativos à data de vigência desta Emenda, com o intuito de amenizar os requisitos para aquisição de benefícios previdenciários e melhorar a situação dos segurados que estavam vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social há mais tempo, bem como de prever certa isenção de contribuição para os portadores de doença grave especificadas em lei⁶¹.

As Emendas Constitucionais nº 70/2012 e nº 88/2015 foram pontuais, alterando, respectivamente, a forma de cálculo e de reajuste dos proventos da aposentadoria por invalidez dos servidores que ingressaram no serviço público até a data de promulgação da Emenda Constitucional nº 41/2003 e o limite de idade da aposentadoria compulsória do Regime Próprio de Previdência Social, de modo a garantir mais direitos aos beneficiários desse sistema.

⁵⁸ ZYLBERSTAJN, Hélio. **Não é pouco**. São Paulo: O Estado de São Paulo, 2003. *Apud* MELO, Carlos Ranulfo; ANASTASIA, Fátima. A reforma de previdência em dois tempos. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 2, 2005, 309.

⁵⁹ MELO, Carlos Ranulfo; ANASTASIA, Fátima. A Reforma de Previdência em Dois Tempos. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 48, nº 2, 2005, p. 314 e 323.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 328.

⁶¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de. **Manual de Direito Previdenciário**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 54.

Por não haver redução de direitos sociais ou de possíveis afrontas ao princípio democrático, as Emendas Constitucionais nº 47/2005, nº 70/2012 e nº 88/2015 não serão objetos de estudo na presente dissertação.

3.4.1. Processo de unificação dos regimes previdenciários

Um dos grandes objetivos das reformas previdenciárias promovidas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003 foi o início do processo de unificação dos regimes previdenciários em uma única unidade de regramento, de modo a evitar um tratamento desigual para pessoas da mesma geração.

Existem, na atual Constituição da República, como dito anteriormente, três divisões do regime básico de previdência social, contudo, cada qual com regras específicas e díspares entre si. O Regime Geral de Previdência Social, voltado ao amparo dos trabalhadores em geral e seus dependentes (art. 201); o Regime Próprio de Previdência Social, destinado à proteção dos servidores públicos efetivos e seus dependentes (art. 40); e a previdência dos militares (art. 42, § 1º, e art. 142, §3º).

Como adverte Afonso,

Uma fonte indesejada de distribuição intergeracional é o tratamento desigual dado pela previdência social a indivíduos de uma mesma geração. Havendo um sistema previdenciário único, com regras iguais para todos os indivíduos, a magnitude desse problema se reduz bastante. Não é esta a situação brasileira, na qual ainda coexistem no início do século XXI pelo menos três sistemas, com características distintas.⁶²

Barroso, por sua vez, apesar de entender que os servidores públicos merecem tratamento constitucional próprio, concorda que as características existentes entre os regimes do servidor público e dos militares, quando comparadas com as dos trabalhadores em geral, não fornecem justificativas razoáveis para a extensão e a intensidade das desigualdades. O jurista afirma que essa disparidade entre os sistemas já não mais se fundamenta e é insustentável, quando relacionada com as ideias democráticas da primazia da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais⁶³, conforme estudado no item 2.2.2.1.

⁶² AFONSO, Luís Eduardo. Seguridade Social. In: ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro (org.). **Economia do Setor Público do Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 388.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência: ascensão e queda de um regime de erros e privilégios. In: SARMENTO, Daniel et. al. **A Reforma da Previdência Social**: temas polêmicos e aspectos controvertidos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 63-64.

Diante dessa desarmonia de regras, as Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003 buscaram iniciar, mesmo que de forma conservadora, o processo de unificação dos regimes previdenciários em uma única unidade de regramento⁶⁴. Nesse sentido, é eloquente a exposição de motivos que acompanhou o Projeto de Emenda Constitucional nº 33/1995, *in verbis*:

[...] a atual conformação da previdência social é fruto de uma evolução histórica caracterizada por dois aspectos básicos. De um lado, **continuam existindo diversos regimes especiais com regras de concessão e reajuste de benefícios diferenciadas das Regras do Regime Geral de Previdência Social – RGPS** e de outro, vem ocorrendo uma incorporação paulatina de ações assistenciais, o que resulta em diluição gradativa do vínculo contributivo do segurado, princípio essencial de qualquer sistema de seguro social. [...]

Trata-se, em primeiro lugar, de **avançar no sentido da uniformização dos regimes especiais de previdência, aplicando-lhes os mesmos requisitos e critérios fixados para a esmagadora maioria dos cidadãos brasileiros**. Em segundo lugar, é necessário resgatar o caráter contributivo da política previdenciária, transferindo para a área de assistência social os benefícios que lhe são próprios. [...]

Ambas as linhas de ação atendem à necessidade de reformar a previdência social brasileira, no sentido de torná-la socialmente mais justa e garantir sua viabilidade financeira em diversos horizontes temporais, respondendo ao clamor popular por um sistema mais efetivo na consecução dos seus objetivos.

Conforme já mencionado, além do Regime Geral de Previdência Social, onde se enquadra a grande massa dos trabalhadores, **existem, por força de dispositivos constitucionais, algumas categorias profissionais, enquadradas em regimes previdenciários específicos. Esses regimes possuem regras de contribuição e de pagamento de benefícios privilegiada, que são inconsistentes do ponto de vista financeiro atuarial**. (negrito nosso)⁶⁵

A fundamentação do Projeto de Emenda Constitucional nº 40/2003 não é diferente, demonstrando que é necessário avançar no “sentido da convergência de entre os regimes atualmente existentes, aplicando-se aos servidores públicos, no que for possível, requisitos e critérios mais próximos dos exigidos para os trabalhadores do setor privado”⁶⁶.

Apesar dessa tendência de unificação dos regimes, pode-se afirmar, como se verá no decorrer do próximo item, que todas as alterações promovidas no sistema previdenciário dos servidores públicos, por meio das Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003, foram pontuais e específicas, sem, contudo, estabelecer uma modificação radical no Regime Próprio de Previdência Social.

⁶⁴ LEITÃO, André Studart; DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Nova Previdência Complementar**. São Paulo: Ed. Método, 2012. p. 93.

⁶⁵Disponível

em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Camara/EC020_cam_28051998_em.pdf>, acesso em 23 nov. 2017.

⁶⁶Disponível

em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3A41E103496F267766EBB95884BE6B48.proposicoesWebExterno1?codteor=129815&filename=PEC+40/2003>, acesso em 23 nov. 2017.

3.4.2. Regulamentações do Regime Próprio de Previdência introduzidas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003 que ocasionaram redução de direitos sociais dos servidores públicos

O Poder Constituinte derivado criou e modificou, por meio da Emenda Constitucional nº 20/1998, normas constitucionais que regulamentavam o exercício do direito à previdência social do servidor público (vide item 2.4.), além de prever regras de estrutura e organização do Regime Próprio de Previdência Social, para tornar esse sistema mais adequado ao equilíbrio financeiro-atuarial.

Sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, as alterações mais significativas e que geraram discussões a respeito da redução de direitos fundamentais se referem à criação de um sistema de previdência contributivo; à indicação de novos requisitos de elegibilidade para a concessão de aposentadoria; à proibição de contagem de tempo de contribuição fictício; e à criação da aposentadoria complementar para o servidor público, com a consequente limitação do valor da aposentadoria no regime básico.

A partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 20/1998, ratificou-se a ideia de que somente os servidores públicos efetivos seriam os segurados do Regime Próprio de Previdência Social e deveriam contribuir para fazer jus ao benefício previdenciário. Adotou-se, assim, o critério da contribuição-redistribuição já existente no Regime Geral de Previdência Social, de modo a resguardar o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

Como leciona Martinez, o *caput* do art. 40 da *Lex Maior* era bem sucinto, prevendo a aposentadoria do servidor público independentemente de contribuição⁶⁷, e passou a ter a seguinte redação:

Art. 40. Aos **servidores titulares de cargos efetivos** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de **caráter contributivo**, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (negrito nosso)

Além disso, criaram-se requisitos para a aquisição da aposentadoria, antes inexistentes. Logo, após esta emenda constitucional, para que o segurado fizesse jus ao benefício previdenciário da aposentadoria, deveria satisfazer dois critérios: tempo de contribuição e idade mínima, nos termos do art. 40, §1º, da Constituição da República, *in verbis*:

⁶⁷ “Art. 40 – O servidor será aposentado: [...]” (MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Reforma da Previdência Social**: comentários à Emenda Constitucional nº 20/98. São Paulo: LRT, 1999, p. 30).

Art. 40. [...] § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do §3º:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao **tempo de contribuição**, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao **tempo de contribuição**;⁶⁸

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) **sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição**, se homem, e **cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição**, se mulher;

b) **sessenta e cinco anos de idade**, se homem, e **sessenta anos de idade**, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.” (negrito nosso)

No tocante à instituição do requisito por tempo de contribuição, pretendeu o Poder Constituinte derivado acabar com a contagem de tempo fictícia que ocorria antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/1998, bem como vincular o pagamento de benefícios à efetiva contribuição do segurado, substituindo a aposentadoria por tempo de serviço pela aposentadoria por tempo de contribuição.

A respeito do tempo ficto, informa-se que era comum ao legislador ordinário contabilizar, para fins de aposentadoria, alguns períodos, independentemente do efetivo desempenho do cargo público ou de contribuição ao sistema previdenciário, por exemplo, as férias e as licenças-prêmio não gozadas. Por meio dessas ficções legais, o servidor público acabava se aposentando mais cedo e recebendo benefícios vitalícios, em evidente prejuízo para o sistema de previdência social. Ramos alerta que

Era esse o caso de inúmeras leis estaduais que beneficiavam os integrantes das chamadas carreiras jurídicas (Magistratura, Ministério Público, Procuradorias e Defensorias), facultando-lhes a contagem ficta, como se de efetivo exercício fosse, do tempo de advocacia privada.⁶⁹

Para evitar essas práticas, a Emenda Constitucional nº 20/1998 proibiu expressamente, por meio da alteração do §10 do art. 40 da Constituição da República, “qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício”. Apesar da previsão constitucional, Martinez assevera que essa vedação causa estranheza, pois diante do critério contributivo adotado pela Emenda Constitucional nº 20/1998, automaticamente, o

⁶⁸ Atualmente, a aposentadoria compulsória dos servidores públicos, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, ocorre aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar, conforme redação dada ao art. 40, §1º, II, da Constituição da República, pela Emenda Constitucional nº 88/2015.

⁶⁹ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 260.

tempo de serviços fictícios não tem o condão de gerar qualquer contribuição ou contagem⁷⁰.

Porém, para minimizar os prejuízos da exigência do requisito de tempo de contribuição, a Emenda Constitucional nº 20/1998 garantiu que os servidores públicos ativos, que já integravam o sistema previdenciário à época da reforma, pudessem contar o tempo de serviço já prestado como se de contribuição fosse, conforme art. 4º, *in verbis*:

Art. 4º - Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição.

Se assim não fosse, vários servidores públicos, especialmente aqueles que já estavam filiados há muito tempo no sistema, não preencheriam o critério para a aposentadoria por tempo de contribuição, não fazendo jus, por conseguinte, ao benefício de forma integral. Afinal, a previsão da exigência de contribuição somente ocorreu por meio da Emenda Constitucional nº 3/1993 e foi efetivamente imposta após a Emenda Constitucional nº 20/1998.

No que diz respeito à implantação do requisito de idade, o Poder Constituinte derivado buscou uma solução para o aumento da expectativa de vida da população brasileira em geral⁷¹, bem como evitar que vários servidores se aposentassem muito novos, garantindo um equilíbrio atuarial ao Regime Próprio de Previdência Social.

A inexistência desse requisito, durante anos a fio, acarretou grande aumento do número de beneficiários em relação ao de servidores ativos, tendo em vista que a aposentadoria do servidor ocorria de forma precoce⁷². Esse problema ainda se agravava no regime de repartição simples adotado no Brasil (vide item 3.2.), pois, para que se

⁷⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Reforma da Previdência Social**: comentários à Emenda Constitucional nº 20/98. São Paulo: LRT, 1999, p. 62.

⁷¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Tábua completa de mortalidade para o Brasil – 2015**: Breve análise da evolução da mortalidade no Brasil. Rio de Janeiro: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2016. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Tabuas_Completas_de_Mortalidade/Tabuas_Completas_de_Mortalidade_2015/tabua_d_e_mortalidade_analise.pdf>, acesso em 03 ago. 2017.

⁷² Na União, no ano de 2002, o número de servidores ativos era de 883.192 (oitocentos e oitenta e três mil cento e noventa e dois), o de inativos era de 538.537 (quinhentos e trinta e oito mil quinhentos e trinta e sete) e o de pensionistas era de 405.237 (quatrocentos e cinco mil duzentos e trinta e sete) cf. AFONSO, Luís Eduardo. *Seguridade Social*. In: ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro (org.). **Economia do Setor Público do Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 388. No Estado de São Paulo, no ano de 2013, o número de ativos era de 504.206 (quinhentos e quatro mil duzentos e seis), o de inativos era de 269.261 (duzentos e sessenta e nove mil duzentos sessenta e um) e o de pensionistas de 130.349 (cento e trinta mil trezentos e quarenta e nove). Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/dados-da-previdencia/estatisticas-rpps>>>, acesso em 19 nov. 2017.

mantivesse a higidez desse modelo, era necessária certa correspondência entre o número de servidores ativos e inativos.

Outra regulamentação importante trazida pela Emenda Constitucional nº 20/1998 foi a instituição de carência para que os servidores pudessem se aposentar de forma voluntária. A partir desta emenda, passou a ser exigido do servidor público, para fazer jus à aposentação, no mínimo dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, nos termos do art. 40, §1º, III, da Lei Maior:

Art. 40. [...] § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do §3º:

[...]

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de **dez anos de efetivo exercício no serviço público** e **cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria**, observadas as seguintes condições:

[...] (negrito nosso)

Com isso, o Poder Constituinte derivado buscou impedir que alguns servidores, cujo ingresso no setor público foi tardio, se aposentassem sem um número mínimo de contribuições mensais necessário à solvabilidade do sistema previdenciário, também com a finalidade de manter certo equilíbrio financeiro-atuarial no regime.

Além dessas medidas regulamentadoras, esta emenda previu a implantação de um regime de previdência complementar para os servidores públicos, de modo a limitar, com fundamento nos art. 40, §§ 14, 15 e 16, da Magna Carta, a base de cálculo da contribuição previdenciária e do pagamento de benefícios ao teto do Regime Geral de Previdência Social⁷³.

Como dito alhures, Barroso afirma que a conjugação do modelo básico e do complementar é necessário para controlar o *déficit* dos Regimes Próprios, cabendo ao Estado, de forma obrigatória, a manutenção do mínimo existencial do indivíduo (vide item 2.2.2.1.) e ao segurado, de forma facultativa, a manutenção de sua qualidade de vida além desse mínimo⁷⁴.

Assim, dada a importância da implantação desse regime complementar, as regras foram alteradas, de forma pontual, pela Emenda Constitucional nº 41/2003 para melhor detalhar o novo sistema e garantir aos entes federativos total autonomia para a instituição.

⁷³ Em que pese a permissão ter existido desde 1998, no âmbito federal, o instituto de previdência complementar do servidor público foi instituído pela Lei nº 12.618, em 30 de abril de 2012. Outros exemplos são a criação deste regime no Estado de São Paulo, por meio da Lei estadual nº 14.653, em 22 de dezembro de 2011; e no Estado do Rio de Janeiro pela Lei estadual nº 6.243, em 21 de maio de 2012.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência: ascensão e queda de um regime de erros e privilégios. In: SARMENTO, Daniel et. al. **A Reforma da Previdência Social**: temas polêmicos e aspectos controvertidos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 57-58.

Esta emenda constitucional, em síntese, previu que o Regime de Previdência Complementar somente poderia ser instituído por iniciativa do Poder Executivo; retirou a previsão expressa da necessidade de lei complementar e de caráter nacional para a regulamentação do modelo; estabeleceu que o regime deveria oferecer planos na modalidade de contribuição definida; e, por fim, determinou que a operacionalização deveria ser feita por entidades fechadas de previdência pública.

O Poder Constituinte derivado, outrossim, por meio da Emenda Constitucional nº 41/2003 realizou outras modificações que ocasionaram redução de direitos sociais, dentre elas as mais importantes referem-se: à criação de um sistema solidário, com a imposição de contribuição previdenciária aos servidores inativos e pensionistas (tema que será mais bem analisado nos itens 3.5.1. e 4.4.4.), bem como ao ente público; o abandono do cálculo do valor dos benefícios pela integralidade e do reajuste pela paridade; bem como a redução do valor das pensões.

O *caput* do art. 40 da Constituição da República foi novamente modificado pela Emenda Constitucional nº 41/2003, de modo a prever a solidariedade do sistema previdenciário do servidor público e ampliar a respectiva base de financiamento para manutenção do equilíbrio financeiro-atuarial, *in verbis*:

Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e **solidário**, mediante **contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas**, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (negritos nosso)

O caráter solidário do sistema previdenciário básico já estava implícito para o Regime Próprio de Previdência Social, uma vez que já era adotado o regime de repartição simples, cujas contribuições dos servidores ativos são utilizadas para o pagamento dos benefícios previdenciários dos atuais aposentados e pensionistas, conforme estudado no item 3.2., sendo, portanto, desnecessária a previsão da expressão “solidário” no texto constitucional⁷⁵.

Como visto antes, a Emenda Constitucional nº 20/1998 já impunha a contribuição previdenciária do servidor ativo, todavia, não havia a responsabilidade de pagamento pelos entes estatais, sob a justificativa de que era descabido o Estado contribuir para ele

⁷⁵ TAVARES, Marcelo Leonardo. Reforma da previdência: caminhos e descaminhos da proteção previdenciária dos servidores. In: SARMENTO, Daniel et. al. **A Reforma da Previdência Social**: temas polêmicos e aspectos controvertidos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 121.

mesmo⁷⁶. Porém, tal contribuição estatal é necessária para a adequação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário.

Assim, para melhoria da gestão da coisa pública, os recursos para a previdência social do servidor público devem estar desatrelados do orçamento fiscal, conforme previsão específica de um orçamento para a seguridade social e de criação de fundo de reserva nos art. 165, §5º, III, e art. 249 da Constituição da República, bem como de gerenciamento por uma unidade única, nos termos do art. 40, §20, da *Lex Maior*⁷⁷:

Art. 165. [...]

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá:

[...]

III - o **orçamento da seguridade social**, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

[...]

Art. 249. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos respectivos servidores e seus dependentes, em adição aos recursos dos respectivos tesouros, **a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir fundos** integrados pelos recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desses fundos.

[...]

Art. 40 [...]

§ 20. Fica **vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social** para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X.

[...] (negrito nosso)

Nesse sentido, Tavares afirma que, se a despesa com o pagamento dos benefícios previdenciários não pode atingir diretamente o orçamento fiscal, os entes políticos devem formar um fundo próprio ao qual será destinada a contribuição estatal⁷⁸. A título de exemplo, a contribuição da União e do Estado de São Paulo para financiamento dos respectivos Regimes Próprios de Previdência Social é debitada em fundo específico e corresponde ao dobro da tributação do servidor ativo, nos termos do art. 8º da Lei federal nº 10.887/2004 e do art. 32, parágrafo único, da Lei Complementar estadual nº 1.010/2007, respectivamente.

Ademais, a Emenda Constitucional nº 41/2003 instituiu a contribuição do servidor inativo e do pensionista, cuja finalidade é a de buscar corrigir as políticas inadequadas do passado que previam pagamento de benefícios sem aporte de qualquer contribuição (vide

⁷⁶ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Reforma da previdência: caminhos e descaminhos da proteção previdenciária dos servidores**. In: SARMENTO, Daniel et. al. **A Reforma da Previdência Social**: temas polêmicos e aspectos controvertidos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 122.

⁷⁷ Ibid., p. 122.

⁷⁸ Ibid., p. 122.

item 3.3.). Contudo, esse ensaio de tributar os proventos de aposentadoria e pensões não foi inédito. O governo federal, por meio da Lei Federal nº 9.783/99, ainda sob a égide da Emenda Constitucional nº 20/1998, já havia tentado instituir contribuição dos servidores inativos e dos pensionistas, para o custeio do sistema previdenciário dos servidores públicos. O *caput* do art. 1º deste diploma normativo possuía a seguinte redação:

Art. 1º - A contribuição social do servidor público civil, ativo e **inativo, e dos pensionistas** dos três Poderes da União, para a manutenção do regime de previdência social dos seus servidores, será de onze por cento, incidente sobre a totalidade da remuneração de contribuição, do provento ou da pensão.
[...] (negrito nosso)

Porém, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela impossibilidade de instituir contribuição sobre os inativos e pensionistas por meio de lei. A Suprema Corte defendeu, nesta oportunidade, que o art. 195, II, da Constituição da República, que vedava a contribuição dos aposentados e pensionistas do Regime Geral de Previdência Social, era aplicado subsidiariamente ao Regime Próprio de Previdência Social, por conta do art. 40, §12, da *Lex Maior*⁷⁹, *in verbis*:

Art. 40 – [...] § 12 - Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

Desse modo, diante da impossibilidade de tributação por meio de lei específica, o Poder Constituinte derivado viu-se obrigado a novamente alterar o *caput* do art. 40 da Magna Carta, de modo a prever expressamente a contribuição dos servidores inativos e dos pensionistas no texto constitucional. Tal medida foi objeto de calorosos debates a respeito da violação de direitos fundamentais, inclusive do direito adquirido, conforme se verá nos itens 3.5.1. e 4.4.4. da presente dissertação.

Além de estabelecer novos contribuintes para financiamento do sistema previdenciário, a Emenda Constitucional nº 41/2003 buscou amenizar a grande diferença que existia entre os valores dos benefícios concedidos pelos Regimes Próprios de Previdência Social e os conferidos pelo Regime Geral de Previdência Social.

De acordo com a exposição de motivos do Projeto de Emenda Constitucional nº 40/2003,

⁷⁹ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Reforma da previdência: caminhos e descaminhos da proteção previdenciária dos servidores**. In: SARMENTO, Daniel et. al. **A Reforma da Previdência Social: temas polêmicos e aspectos controvertidos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 123.

A primeira distorção, em relação ao regime de previdência dos servidores públicos, diz respeito à regra de cálculo do valor das aposentadorias, que não guarda qualquer relação com as contribuições dos servidores quando em atividade [...], pois o benefício é equivalente à última remuneração do cargo efetivo.⁸⁰

Desse modo, propôs-se o abandono do instituto da integralidade, consubstanciado na concessão de aposentadorias e pensões cujo valor é baseado na última remuneração do servidor, independentemente do montante contribuído para o sistema previdenciário. Por meio da Emenda Constitucional nº 41/2003, modificou-se o §3º do art. 40 da Magna Carta, para prever que

Art. 40 – [...] §3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.

Com essa alteração, a base de cálculo do valor das aposentadorias e das pensões deixa de corresponder à última remuneração do servidor e passa a ser a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, devidamente atualizadas na forma da lei, nos termos do art. 40, §17, da Constituição da República e art. 1º da Lei federal nº 10.887/2004.

Com tal alteração o Poder Constituinte derivado pretendeu tornar o Regime Próprio de Previdência Social mais justo socialmente, tendo em vista a criação de vínculo sinalagmático entre o custeio do sistema e o valor dos benefícios previdenciários, garantindo-se melhor equilíbrio financeiro e atuarial.

Além da forma de cálculo, alterou-se também o modo de reajuste do valor dos benefícios previdenciários. Após a Emenda Constitucional nº 41/2003, a revisão da aposentadoria e da pensão não mais corresponde ao mesmo índice aplicado à remuneração do servidor ativo (paridade), devendo o valor do benefício previdenciário ser reajustado por indicadores oficiais, para lhes preservar o valor real, nos termos do art. 40, §8º, da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 40 – [...] § 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

⁸⁰

Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3A41E103496F267766EBB95884BE6B48.proposicoesWebExterno1?codteor=129815&filename=PEC+40/2003, acesso em 23 nov. 2017.

Na União e no Estado de São Paulo, a títulos de exemplo, o valor das aposentadorias e das pensões é reajustado na mesma data utilizada para fins de reajuste dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, com base, respectivamente, no Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, nos termos do art. 15 da Lei federal nº 10.884/2004 e do art. 29-B da Lei federal nº 8.213/91, e no Índice de Preços ao Consumidor da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – IPC-FIPE, conforme art. 1º da Lei Complementar estadual nº 1.105/2010.

Não se pode olvidar que o percentual referente ao salário mínimo não pode ser utilizado para fins de indexação, nos termos do art. 7º, IV, da Magna Carta, e também porque o aumento do salário mínimo não guarda variação com o custo de vida no período⁸¹.

A Emenda Constitucional nº 41/2003, ademais, previu a redução do valor da pensão que supere o do Regime Geral de Previdência Social, nos termos do art. 40, §7º, da *Lex Maior*, com evidente tentativa de aproximação dos regimes básicos estudada no item 3.4.1.:

Art. 40 [...] § 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual:

I - ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou

II - ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito.

Por meio dessa alteração, o Poder Constituinte derivado parte do pressuposto de que, com o falecimento do servidor, os gastos com a manutenção da família são reduzidos, devendo o valor também sofrer decréscimo, conforme se depreende da exposição de motivos do Projeto de Emenda Constitucional nº 40/2003, *in verbis*:

No Brasil, em posição distante dessa doutrina e das normas adotadas pela maioria dos países desenvolvidos, a pensão possui caráter vitalício, independe da situação econômica do beneficiário, não está condicionada a qualquer limite de idade, pode ser acumulada com outros benefícios previdenciários e também é **integral, isto é, corresponde a 100% da remuneração do servidor ou do provento que o aposentado percebia**. Em especial, o último aspecto abriga um equívoco conceitual, pois se, pelos parâmetros previdenciários usualmente aceitos, o fulcro é a proteção da perda de renda dos dependentes, **a reposição integral da última remuneração bruta do servidor falecido gera um nível de reposição de renda per capita na família do falecido muito superior ao nível**

⁸¹ TAVARES, Marcelo Leonardo. Reforma da previdência: caminhos e descaminhos da proteção previdenciária dos servidores. In: SARMENTO, Daniel et. al. **A Reforma da Previdência Social**: temas polêmicos e aspectos controvertidos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 133.

de renda de que desfrutava a família antes do fato gerador da pensão [...] (negrito nosso)

Diante de todas as regulamentações do sistema previdenciário pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003, inclusive com evidentes reduções de direitos sociais, surgiram diversas indagações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da violação do núcleo duro da atual Constituição da República, consubstanciado no princípio democrático e seus elementos essenciais, conforme estudo feito nos itens 1.4.1. a 1.4.1.3. e 1.5.3.

3.5. Debates acerca da violação do elemento essencial da proteção dos direitos fundamentais: redução de direitos sociais pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003

Pela análise das alterações mais importantes trazidas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003, citadas no item anterior, verifica-se que houve evidente redução de direitos sociais, em busca de proteger o sistema previdenciário e de adequá-lo à nova realidade do país.

Correia, ao analisar os impactos dessas emendas constitucionais, defende que normas que regulamentam o direito fundamental à previdência também são protegidas pelo art. 60, §4º, IV, da Constituição da República, uma vez que compõem os denominados direitos fundamentais adstritos, cujo escopo é dar efetividade ao direito propriamente dito e garantir o não retrocesso social⁸².

Com posição similar, Piovesan afirma que, para a concretização dos objetivos da Constituição da República (art. 3º)⁸³, as conquistas em relação aos direitos fundamentais se petrificam e passam a operar como garantia do avanço, não podendo existir nenhum retrocesso⁸⁴. Desse modo, todos os direitos relativos a direitos sociais previdenciários estariam abrangidos no núcleo essencial da Constituição da República, de modo que

⁸² CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Comentário à Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. In: CANOTILHO, Gomes José Joaquim et al (coordenação científica); LEONCY, Léo Ferreira (coordenação executiva). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2313-2314.

⁸³ “Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”.

⁸⁴ Inteiro teor do acórdão disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>>, acesso em 23 jun 2017. Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 183.

qualquer redução pelo Poder Constituinte derivado seria eivada de inconstitucionalidade e sujeita ao controle pelo Poder Judiciário, conforme visto no item 1.7.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o ministro Carlos Britto, no voto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.104-DF, ao analisar os impactos da Emenda Constitucional nº 41/2003 nas aposentadorias dos servidores públicos, defendeu que

um dos sentidos das cláusulas pétreas é impedir o retrocesso. É garantir o avanço. [...] A nova Constituição traz uma conquista política, social, econômica e fraternal, de que natureza for, e a petrealidade passa a operar como uma garantia do avanço, então obtido. Uma interdição ao retrocesso.⁸⁵

A presente dissertação, contudo, afasta-se desta teoria. A impossibilidade de qualquer alteração das normas que regulamentam os direitos fundamentais acarreta a inflexibilidade demasiada da própria Constituição da República, pondo em risco a manutenção e a permanência da ordem jurídica e da própria democracia em uma perspectiva temporal e espacial. A exegese ampliativa da proteção das cláusulas pétreas impossibilita que o Congresso Nacional promova as devidas correções normativas das distorções porventura existentes no ordenamento jurídico, criando um instrumento antidemocrático.

O ministro Joaquim Barbosa, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105, afirma que a absolutização das cláusulas pétreas é nociva à manutenção do ordenamento jurídico e aos fins que a Constituição foi promulgada, tendo em vista a impossibilidade de realizar correções à eliminação paulatina das distorções e dos incríveis e inaceitáveis privilégios admitidos pelo texto constitucional originário⁸⁶. Sarmiento, neste sentido, esclarece que

[...] a maximização das cláusulas pétreas representa um sério atentado contra o princípio democrático, que postula que o povo deve ter, a cada momento, o poder de decidir os rumos que pretende seguir. Por outro lado, o alargamento da esfera intangível da Constituição pode expor a risco a sua própria continuidade no tempo, estimulando rupturas e saídas não institucionais, que poderiam ser facilmente evitadas através de um arranjo institucional um pouco mais maleável. Ademais, o engessamento da ordem constitucional frustra a possibilidade de adaptar-se à realidade cambiante, que assume conformações muitas vezes imprevisíveis no momento do pacto constituinte.⁸⁷

Deve o hermenauta, portanto, fazer uma interpretação restritiva do art. 60, §4º, da Constituição da República, conforme estudado no item 2.1.4., de modo a proteger somente

⁸⁵ Inteiro teor do acórdão disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>, acesso em 23 jun. 2017.

⁸⁶ Inteiro teor do acórdão disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>, em 20 jul. 2017.

⁸⁷ SARMENTO. Daniel. *Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e a Reforma da Previdência*. In: _____ et. al. **A Reforma da Previdência Social: temas polêmicos e aspectos controvertidos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 15.

o núcleo fundamental da Carta Política, caracterizado pela democracia e pela dignidade da pessoa humana, sendo que as demais normas subjacentes não constituem limites materiais em relação ao Poder Constituinte derivado.

Neste sentido a ministra Carmen Lúcia, no aditamento de voto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.104-DF, ao tratar das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 41/2003, esclareceu que não há que se falar em vedação ao retrocesso social, uma vez que não se está extinguindo ou diminuindo a efetividade do direito à aposentadoria, previsto na Constituição da República, mas somente adaptando os critérios do modelo previdenciário para que se adequem à nova realidade⁸⁸.

Dentro desse contexto, a vedação ao retrocesso social, como estudado no item 2.5., deve ser analisado como orientador da atuação do Poder Constituinte derivado, que deverá voltar suas atividades para a concretização do ideal democrático, com a promoção e a proteção do máximo possível de direitos fundamentais. No entanto, não poderá ter mais força cogente que as próprias cláusulas pétreas, limitando a atuação do poder de reforma sobre quaisquer normas referentes a estes direitos, mas, tão somente, quando há violação da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, nenhuma das alterações citadas no item 3.4.2., que regulamentam o Regime Próprio de Previdência Social do servidor público, constituem mácula ao núcleo essencial do direito fundamental à previdência, pois, por se tratar de matérias periféricas e de mera regulamentação do exercício desse direito, passam ao largo do limite material estabelecido no art. 60 §4º, IV, da Constituição da República, conforme estudado no item 2.4. da presente dissertação.

3.5.1. Imposição de contribuição previdenciária aos servidores inativos e pensionistas do Regime Próprio de Previdência Social pela Emenda Constitucional nº 41/2003⁸⁹

O tema que gerou mais polêmica quanto à violação do núcleo fundamental da Constituição da República foi a instituição, pela Emenda Constitucional nº 41/2003, de contribuição previdenciária dos servidores inativos e pensionistas, nos termos do *caput* e do §18 do art. 40 da *Lex Maior*, *in verbis*:

⁸⁸ Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>> acesso em 23 jun. 2017.

⁸⁹ O tema referente à imposição de contribuição social aos servidores inativos e pensionistas será revisitado no item 4.4.4., no qual se tratará da discussão a respeito da eventual violação dos direitos adquiridos.

Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante **contribuição** do respectivo ente público, dos servidores ativos e **inativos e dos pensionistas**, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

[...]

§18. **Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões** concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. (negrito nosso)

Silva e Martinez defendem que a Emenda Constitucional nº 41/2003, por meio destes dispositivos, criou um tributo sobre os proventos de aposentadoria e pensão, olvidando-se da natureza jurídica da contribuição previdenciária⁹⁰. Essa modalidade de tributo, diferentemente dos impostos, taxas e contribuições de melhoria, tem o produto de sua arrecadação vinculado ao financiamento do sistema previdenciário e carece de contraprestação do Estado, consubstanciada no pagamento de benefícios.

Nesse sentido, Martins esclarece que

A exigência é um tributo sem causa jurídica. Não há relação causal com o fato gerador da obrigação tributária. Nenhuma contraprestação é devida ao segurado com a exigência de contribuição do inativo. A contribuição previdenciária é um tributo vinculado a uma espécie de prestação: o benefício [...]. O objetivo da contribuição do inativo é somente aumentar a arrecadação.⁹¹

Desse modo, para Martinez, o Poder Constituinte derivado, ao estabelecer tributação destacada da majoração ou pagamento de novos benefícios previdenciários aos servidores inativos e pensionistas, ignorou a necessária correlação entre contribuição e prestações previdenciárias (sinalagma), simplesmente reduzindo o valor final da aposentadoria e da pensão, em evidente afronta do direito fundamental da irredutibilidade do valor dos benefícios previsto no art. 194, parágrafo único, IV, da Constituição da República⁹²:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

[...]

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
(negrito nosso)

⁹⁰ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 365-367; MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Reforma da Previdência dos Servidores**: comentários à EC n. 41/03. São Paulo: LTR, 2004. p. 184-185.

⁹¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A reforma previdenciária**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 147 e 150.

⁹² MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Reforma da Previdência dos Servidores**: comentários à EC n. 41/03. São Paulo: LTR, 2004. p. 184-185.

A Emenda Constitucional nº 41/2003 teria criado, assim, sob o título de contribuição previdenciária, um autêntico imposto sobre a renda, maculando a proibição da bitributação⁹³ e o direito fundamental da irredutibilidade do valor dos benefícios.

No entanto, Tavares, em sentido contrário, defende que não há óbice à cobrança de contribuição previdenciária dos servidores inativos e pensionistas pelo valor recebido a título de proventos e pensão, desde que respeitadas os limites constitucionais da reserva legal tributária, da isonomia, da irretroatividade, da anterioridade e da vedação ao confisco, previstos no art. 150 da Constituição da República⁹⁴.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.105 e nº 3.108, seguindo esta corrente doutrinária, declarou a constitucionalidade da cobrança de contribuição previdenciária do servidor inativo e do pensionista, tendo em vista a natureza solidária do regime previdenciário e a inexistência de violação do núcleo essencial protegido pelo art. 60, §4º, IV, da Lei Maior.

Transcrevem-se as ementas para melhor elucidar os motivos da declaração de constitucionalidade da exação tributária:

EMENTAS: 1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. [...] Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, *caput*). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos art. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, da CF, e art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. [...] 2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. **Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária.** Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. **Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento [...].** (negritos nossos)⁹⁵

A tributação se justifica já que é predestinada ao custeio da previdência social e se volta à manutenção do equilíbrio financeiro-atuarial e à proteção do direito das futuras gerações. Diante disso, a Suprema Corte decidiu que o sinalagma entre contribuições e

⁹³ Importante frisar que a competência para criar imposto sobre a renda é exclusiva da União, nos termos do art. 153, III, da Constituição. A contribuição para financiamento dos Regimes Próprios de Previdência Social, por sua vez, deve ser instituída por todos os entes federados, conforme art. 149, §1º, da Constituição.

⁹⁴ TAVARES, Marcelo Leonardo. Reforma da previdência: caminhos e descaminhos da proteção previdenciária dos servidores. In: SARMENTO, Daniel et. al. **A Reforma da Previdência Social:** temas polêmicos e aspectos controvertidos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 124.

⁹⁵ STF, ADI nº 3105/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão de 1/08/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>, acesso em 30 out. 2017.

benefícios não precisa ser equivalente, podendo haver majoração da carga tributária sem o necessário aumento do valor do benefício.

Ao Poder Público, portanto, não é obstado criar ou majorar tributos sob alegação de afronta ao princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios, afinal, a norma do art. 194, parágrafo único, IV, da Constituição da República, não se aplica diante de eventual ocorrência de fato gerador de tributação, salvo se a contribuição social for evidentemente confiscatória ou não isonômica.

Neste ponto, Martins e Tavares alertam que não há que se falar em confisco tampouco em redução de proventos quando da incidência de contribuição previdenciária, uma vez que a carga tributária é baixa e o valor bruto benefício continua o mesmo⁹⁶.

3.5.2. Tratamento não isonômico na tributação dos servidores inativos e pensionistas da União e dos demais entes federados pela Emenda Constitucional nº 41/2003

Como estudado no item anterior, para o Supremo Tribunal Federal, é possível a incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadorias e pensões no Regime Próprio de Previdência Social. No entanto, o art. 4º, parágrafo único, da Emenda Constitucional nº 41/2003 ainda instituiu um tratamento desigual de tributação para os servidores inativos e pensionistas da União em relação aos demais entes políticos, *in verbis*:

Art. 4º Os **servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o caput incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:

I - **cinquenta por cento** do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para **os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**;

II - **sessenta por cento** do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para **os servidores inativos e os pensionistas da União.**” (negritos nossos)

⁹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **A reforma previdenciária**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 138-139; TAVARES, Marcelo Leonardo. Reforma da previdência: caminhos e descaminhos da proteção previdenciária dos servidores. In: SARMENTO, Daniel et. al. **A Reforma da Previdência Social**: temas polêmicos e aspectos controvertidos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 125.

Essas diferenças de “cinquenta por cento” e “sessenta por cento” criadas pela Emenda Constitucional nº 41/2003, para Martinez, afrontam diretamente o princípio da isonomia, tendo em vista que estabelece uma discriminação não razoável para servidores públicos em situações equivalentes⁹⁷.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3105 e nº 3108, seguindo esta corrente doutrinária, declarou inconstitucional o estabelecimento de bases-de-cálculo diferentes para os servidores dos Estados, Distrito Federal e Municípios, em relação aos servidores da União, sob justificativa de afronta ao núcleo essencial do direito fundamental à igualdade⁹⁸.

Para a Suprema Corte, o art. 4º, parágrafo único, da Emenda Constitucional nº 41/2003 cria uma imunidade tributária não permitida pela Constituição da República, com a utilização de critérios arbitrários para a diferenciação de tratamento, violando o direito fundamental previsto no art. 150, II, da Constituição da República:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos; [...] (grifos nossos)

Em que pese somente a declaração de inconstitucionalidade das expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do” previstas na norma do parágrafo único do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41/2003, Martins defende a ideia de que a tributação sobre os proventos de aposentadoria do servidor inativo e pensões no Regime Próprio de Previdência Social seria inconstitucional, tendo em vista o tratamento desigual em face dos aposentados e pensionistas do Regime Geral de Previdência Social⁹⁹.

A discussão não é nova. Como dito no item 3.4.2., o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010, já havia declarado a impossibilidade de contribuição dos inativos, sob a égide da Emenda Constitucional nº 20/1998, pelo fundamento de isonomia com o Regime Geral de Previdência Social, nos termos do art. 195, II, e do art. 40, §12, da *Lex Maior*.

A Suprema Corte alterou esse entendimento, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3105 e nº 3108, sob argumento de que a Emenda Constitucional nº

⁹⁷Wladimir Novaes. **Reforma da Previdência dos Servidores**: comentários à EC n. 41/03. São Paulo: LTR, 2004. p. 186-187.

⁹⁸ STF, ADI nº 3105/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão de 1/08/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>, em 30 out. 2017.

⁹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A reforma previdenciária**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 142-145.

41/2003 fez referência expressa, no *caput* do art. 40 da Constituição da República, à natureza solidária do sistema e à tributação dos aposentados e dos pensionistas do Regime Próprio de Previdência Social, permitindo-se, assim, a nova exação.

3.6. Debates acerca da violação do elemento essencial do Estado de Direito: alteração do regime previdenciário dos servidores públicos ocupantes de cargos exclusivamente comissionados, temporários e celetistas pela Emenda Constitucional nº 20/1998

O *caput* do artigo 40 da Magna Carta foi alterado pela Emenda Constitucional nº 20/1998, para estabelecer que somente aqueles servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, seriam vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social.

Os demais servidores públicos, portanto, nos termos do §13 do mesmo artigo, estariam automaticamente excluídos deste regime e filiados ao Regime Geral de Previdência Social.

Art. 40 - Aos servidores **titulares de cargos efetivos** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

[...]

§13 - Ao **servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração** bem como de outro **cargo temporário** ou de **emprego público**, aplica-se o **regime geral de previdência social**.”. (negritos nosso)

A Emenda Constitucional nº 20/1998, conforme explica Di Pietro, criou um sistema híbrido de filiação previdenciária dos servidores públicos na atual Constituição da República, sendo os ocupantes de cargos efetivos vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social (art. 40) e os servidores ocupantes, exclusivamente, de cargo em comissão, os empregados públicos e os temporários vinculados ao Regime Geral de Previdência Social (art. 195 e 201)¹⁰⁰.

Diante disso, vários debates surgiram a respeito da diminuição da autonomia dos entes federados de disciplinarem a respeito da proteção previdenciária dos seus servidores públicos, haja vista que o Regime Geral de Previdência Social é gerenciado pela União, nos termos do art. 22, XXIII, art. 24, XII, e art. 201 da *Lex Maior*.

É imperioso ressaltar, diante disso, que as alterações das normas constitucionais sobre a forma federativa de Estado devem ser analisadas, caso a caso, de modo a permitir a

¹⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 560.

verificação de eventual mácula do núcleo essencial protegido pela Carta Política, levando-se sempre em consideração o modelo de federalismo por cooperação adotado pela República Federativa do Brasil e o movimento centrífugo de sua formação, conforme estudado no item 1.5.3.1.

Nesse sentido, o ministro Marco Aurélio asseverou, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.024-2/DF, que a forma federativa de Estado

[...] 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 que 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 protege.¹⁰¹

Assim, nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu que não viola o núcleo fundamental da forma federativa do Estado a submissão do servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público ao Regime Geral de Previdência Social, nos termos do §13 do art. 40 da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998.

O Poder Constituinte derivado, neste caso, veio buscar soluções para corrigir a distorção normativa historicamente existente no ordenamento jurídico, que permitia a filiação de servidores que não possuíam qualquer vínculo efetivo ou de longa duração com os entes políticos ao Regime Próprio de Previdência Social, pelo simples fato de exercerem suas funções na Administração Pública.

A filiação desses servidores com vínculo precário junto à Administração Pública ao Regime Geral de Previdência Social, portanto, é mais compatível com a lógica do sistema previdenciário pátrio, gozando eles da mesma proteção social que a maioria dos brasileiros. Afinal, os vínculos estatutário e previdenciário não se confundem e, conseqüentemente, não há porque se alegar qualquer prejuízo à federação ou redução da autonomia dos entes políticos, pois continuam a reger a vida funcional dos respectivos servidores públicos.

Nesse sentido, a ministra Ellen Gracie, no voto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105, destacou que “após uma análise histórica da previdência

¹⁰¹ Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=466214>>, acesso em 03 jul. 2017.

dos servidores, [...] há equívoco em confundir sistema estatutário com sistema previdenciário”¹⁰².

3.6.1. Criação de alíquota mínima para o financiamento do Regime Próprio de Previdência Social pela Emenda Constitucional nº 41/2003

Outro debate importante acerca da violação do Estado de Direito foi o estabelecimento de um limite mínimo à alíquota da contribuição previdenciária para o financiamento do Regime Próprio de Previdência Social dos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, por meio da alteração do §1º do art. 149 da Constituição da República, promovida pela Emenda Constitucional nº 41/2003, *in verbis*:

Art. 149 - [...]

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **instituirão contribuição**, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, **cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União**. (negritos nosso)

Di Pietro afirma que a obrigatoriedade de contribuição e o estabelecimento de alíquota em percentual mínimo revelam nítido caráter centralizador da reforma da previdência e vão de encontro com o art. 60, §4º, I, da Constituição da República, porque olvida a autonomia dos entes políticos de instituir a contribuição do Regime Próprio de Previdência Social, de acordo com os exclusivos aspectos atuariais e financeiros (art. 24, XII)¹⁰³.

Porém, não se pode esquecer que a formação histórica do federalismo brasileiro permite certo grau de centralismo das competências constitucionais na União, garantindo coerência do ordenamento jurídico, sem, contudo, afetar o núcleo fundamental protegido pelo art. 60, §4º, I, da Constituição da República.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.138-DF, decidiu que a “observância de alíquota mínima (...) não configura quebra da autonomia dos Estados Federados”, porque não existe infração ao núcleo essencial do princípio federativo, pelo contrário, permite a redução das

¹⁰² STF, ADI nº 3105/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão de 1/08/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>, em 30 out. 2017.

¹⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 580-581.

desigualdades e a criação de um sistema de compensação entre os regimes previdenciários, nos termos do art. 201, §9º, da *Lex Maior*¹⁰⁴:

Art. 201 – [...]

§ 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a **contagem recíproca** do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os **diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente**, segundo critérios estabelecidos em lei. (negritos nosso)

A interpretação lógico-sistemática adotada pela Suprema Corte assevera que a alíquota mínima de contribuição ao Regime Próprio de Previdência Social não afeta a autonomia dos entes políticos, mas se coaduna com os princípios da solidariedade e da contributividade do sistema previdenciário.

A ideia do federalismo por cooperação adotado pela Constituição da República, com a conseqüente colaboração recíproca dos entes políticos para a formação de um sistema previdenciário sólido e eficaz que permita um adequado mecanismo de compensação dos diversos regimes previdenciários (art. 201, §9º), bem como garanta equidade na participação do custeio e redução das desigualdades entre os contribuintes e segurados (art. 194, parágrafo único, V), permite que o Poder Constituinte derivado estabeleça uma alíquota mínima aos entes federados, sem qualquer violação da respectiva autonomia. A partir desse limite, poderão os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, após um estudo financeiro-atuarial, definir a alíquota de contribuição a ser cobrada dos segurados para a manutenção dos respectivos Regimes Próprios de Previdência Social.

Sem prejuízo do acima disposto, Martinez entende que a alíquota de 11%, sem qualquer escalonamento (como previsto no Regime Geral de Previdência Social), viola o princípio da distributividade previsto no art. 194, parágrafo único, III, da Constituição da República¹⁰⁵.

Em que pese os judiciosos argumentos do jurista, o presente estudo afasta-se dessa corrente por entender que a alíquota proporcional garante efetividade ao princípio da distributividade e é largamente utilizada no Regime Geral de Previdência Social como, por exemplo, na contribuição dos segurados contribuintes individuais e na quota patronal dos segurados empregados. Ademais, a cada ente político poderá fixar alíquota razoável sem a

¹⁰⁴ Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1730536>>, acesso em 23 ago. 2017.

¹⁰⁵ Wladimir Novaes. **Reforma da Previdência dos Servidores**: comentários à EC n. 41/03. São Paulo: LTR, 2004. p. 136.

necessidade de ser equânime com a dos demais regimes previdenciários, respeitando-se somente a alíquota mínima para fins de compensação previdenciária.

Portanto, de acordo com a discussão feita no presente capítulo, é possível perceber que as discussões mais acirradas a respeito da violação do Estado de Direito pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e 41/2003 e, conseqüentemente, da própria democracia, dizem respeito à proteção do direito adquirido. Tendo em vista a complexidade e particularidade da matéria, reservou-se o próximo capítulo para tratar do direito intertemporal e verificar se as reformas da previdência tiveram o condão de violar os direitos individuais dos segurados e dependentes do Regime Próprio de Previdência Social.

4. PROTEÇÃO DOS DIREITOS ADQUIRIDOS COMO LIMITES MATERIAIS AO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS Nº 20/1998 E 41/2003

4.1. Proteção do direito adquirido em face das alterações constitucionais

A aplicação das leis³⁵⁹ no decorrer do tempo é um dos temas mais complexos do direito na atualidade, tendo em vista que exige do interprete e do aplicador do direito a conciliação de duas matérias aparentemente controversas. De um lado, a necessidade de modificação do sistema normativo para adaptação da ordem jurídica às novas realidades sociais e, de outro, a segurança jurídica, como princípio vetor do Estado de Direito e da própria democracia.

Como estudado no item 1.2., os ordenamentos jurídicos dos Estados hodiernos preveem mecanismos e procedimentos para alteração de suas normas, de modo a torná-las aptas a reger, numa perspectiva espacial e temporal, a vida dinâmica de determinada sociedade.

Os sistemas normativos, desse modo, passam a gozar de certa estabilidade e continuidade, evitando-se o rompimento da ordem jurídica a cada ciclo de gerações, embora a concepção de que “um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a sua constituição: uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras”³⁶⁰ continue vigorando. Basta lembrar as lições de Ferreira Filho sobre as constituições definitivas ou imutáveis, cuja finalidade era a de perdurar por todo o tempo, mas se tornaram meras lembranças históricas e objetos de debates acadêmicos (vide item 1.1.6.)³⁶¹.

No entanto, os mecanismos de alteração das normas jurídicas, apesar de proporcionarem certa flexibilidade ao arcabouço normativo de determinado Estado, quando empregados, afetam, muitas vezes, relações fático-jurídicas e direitos subjetivos já existentes. Afinal, a nova legislação, ao entrar em vigor, pode disciplinar matéria já tratada por regramento jurídico anterior.

³⁵⁹ No presente capítulo, o vocábulo “leis” será utilizado em sentido amplo, de modo a compreender todos os atos normativos, inclusive as emendas constitucionais.

³⁶⁰ O art. 28, *in fine*, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 24 de junho de 1793. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>>, acesso em 19 jun. 2017.

³⁶¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 128. No mesmo sentido cf. CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 118.

Diante dessa realidade, Ramos adverte que a sucessão de leis no tempo pode se tornar uma ameaça à estabilidade dos direitos subjetivos individuais³⁶². É necessário, portanto, que o intérprete e o aplicador do direito utilizem as regras doutrinárias a respeito da Teoria Geral do Direito para resolver os problemas relativos ao direito intertemporal, de modo a regular as questões que surgem quando da alteração das leis, salvaguardando o princípio da segurança jurídica³⁶³.

Conceituar segurança jurídica, contudo, é matéria complexa em razão da polissemia do significado da expressão. Esse princípio está intimamente ligado com o conceito de Estado de Direito e se caracteriza pela submissão da atuação estatal às normas jurídicas que edita, representadas pela vontade popular, com o intuito de garantir equilíbrio às relações de poder³⁶⁴.

Vasconcelos e Braga explicam que o Estado de Direito é organizado sob a máxima do *tempus regit actum*, consubstanciada na ideia de que uma norma legal deve reger os atos realizados sob seu império, mesmo que venha a ser revogada por lei posterior³⁶⁵. Silva sintetiza essa argumentação ao afirmar que os indivíduos devem ter conhecimento antecipado das consequências jurídicas dos seus atos e fatos, bem como relativa certeza de que essas ações, realizadas sob a égide de uma norma anterior, continuarão a ser regidas por ela, mesmo após a sua eventual alteração³⁶⁶.

Pires, por sua vez, afirma que a segurança jurídica se traduz em um sistema de garantias que se propõe a manter o equilíbrio das relações pela imposição de limites à retroatividade das novas normas jurídicas, bem como pela preservação dos efeitos das leis

³⁶² RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 270-271.

³⁶³ SILVA, José Afonso da. **Reforma Constitucional e Direito Adquirido**, Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, jul/set. 1998, p. 121. Disponível em: <[tp://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47202/45410](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47202/45410)>, acesso em 02 ago. 2017.

³⁶⁴ Adverte Elival da Silva Ramos que, sem a presença do Estado de Direito, “não pode haver democracia, como bem demonstram as experiências totalitárias e autoritárias de passado recente, as quais, de um modo ou de outro, sempre registraram fraturas importantes nos alicerces do arranjo institucional característico do ‘império da lei’.” (RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 127).

³⁶⁵ VASCONCELOS, Antônio Gomes de. BRAGA, Renê Moraes da Costa. **O conceito de segurança jurídica no Estado Democrático de Direito**. Brasília: Conpedi, 2016, p. 8 (disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/189tcxgv/8s8jzpmuipkXmeG0.pdf>>, acesso em 12 set. 2017).

³⁶⁶ SILVA, José Afonso da. op.cit., Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, jul/set. 1998, p. 122. Disponível em: <[tp://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47202/45410](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47202/45410)>, acesso em 02 ago. 2017.

revogadas para proteger, por exemplo, os direitos adquiridos³⁶⁷, como será estudado no decorrer do presente capítulo.

4.2. Vigência e eficácia das normas constitucionais

Para se entender o fenômeno da sucessão das leis no tempo, primeiramente, há necessidade de o intérprete e o aplicador do direito correlacionarem os institutos da *vigência* e da *eficácia* das normas jurídicas, características intrínsecas de todo o ato normativo, inclusive das normas constitucionais.

Com o início da vigência, a lei passa a produzir efeitos, atribuindo ao fato descrito na hipótese de incidência (*fattispecie*) as implicações nela descritas. A *fattispecie* é a descrição hipotética prevista na norma, escolhida pelo legislador ordinário ou pelo Constituinte entre as diversas situações existentes no mundo fenomênico. Uma vez preenchidas todas as condições previstas no texto legal, ocorre o fato gerador e a consequente aplicação de todas as consequências jurídicas.

A vigência, para Ramos, é a qualidade da lei que se encontra com poder de produzir efeitos. Esse conceito traz em si a ideia de um limite temporal, que é precisamente o lapso que vai do início da vigência à sua cessação³⁶⁸.

É de costume que o legislador ordinário e o constituinte estabeleçam como marco de início da vigência a publicação do ato normativo, tendo em vista o permissivo legal do art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Exemplos são as Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003, cujas datas de início da vigência ocorreram com as respectivas publicações.

O legislador pode, entretanto, estabelecer prazo diverso, criando um lapso temporal entre a publicação e a entrada em vigor da lei, denominado *vacatio legis*. Em caso de omissão do prazo de início da vigência, contudo, este será de quarenta e cinco dias após a publicação do ato normativo, como preconiza o art. 1º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *in verbis*:

Art. 1º Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.
[...]

³⁶⁷ PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito Adquirido e Ordem Pública**: segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

³⁶⁸ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 12-13.

A *vacatio legis* suspende totalmente os efeitos da nova norma jurídica³⁶⁹. Durante esse período de tempo, a norma jurídica anterior que disciplinava a mesma situação continua gerando normalmente os seus efeitos, sem existência de qualquer conflito de direito intertemporal em relação à nova lei. Somente com a entrada em vigor, a nova legislação passa a reger os fatos sob seu império.

O termo final da vigência, por sua vez, é, em regra, indeterminado. Ocorre quando há revogação expressa ou por incompatibilidade material e lógica do ato normativo ou mesmo quando há modificação total (ab-rogação) ou parcial (derrogação) de suas normas por outro ato normativo posterior, conforme *caput* e §1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *in verbis*:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

[...]

Nesse ponto, é importante ressaltar, conforme leciona Ramos, que a revogação por substituição ou revogação *tout court* é um fator resolutivo da eficácia da lei anterior, no momento que a lei nova a sucede no tempo³⁷⁰.

A revogação acarreta, portanto, a cessação completa da eficácia da antiga norma. E, salvo disposição em contrário, tal norma revogada não será mais restaurada, ainda que a lei revogadora perca futuramente a vigência (fenômeno da repristinação), nos termos do §3º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Além disso, não se pode olvidar que, conforme previsão do art. 2º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pode a lei prever uma vigência temporária, bem como, sem estabelecer qualquer prazo, disciplinar uma matéria transitória. Ambos os

³⁶⁹ Além da suspensão dos efeitos de uma norma pela “*vacatio legis*”, há outras formas de os efeitos da lei não serem plenos. Algumas leis – inclusive as normas constitucionais – podem depender de ulterior regulamentação para que possam ter plena eficácia. Adverte Ramos, que, nesses casos, a norma entra em vigor e, apesar de a eficácia não ser total, existem em alguma medida (Cf. RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 10). Quanto aos direitos sociais, dentre eles o direito previdenciário, Agra consente que possuem alta carga de abstração e precisam ser regulamentados, todavia, defende a produção dos seguintes efeitos imediatos: assegurar a eficácia da densidade suficiente de seu conteúdo; revogar as normas anteriores; vincular o legislador a produzir sua regulamentação; parametrizar a interpretação, integração e aplicação das normas; e acionar o controle de constitucionalidade das normas que infligirem seu conteúdo, seja por ação ou omissão (Cf. AGRA, Walber de Moura. *Direitos Sociais*. In: **Tratado de Direito Constitucional**. Ives Gandra Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valter do Nascimento (org.). 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 615).

³⁷⁰ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 11.

casos atuarão como fator resolutivo da eficácia da norma, aquele com o decurso do prazo previsto no próprio texto legal e este com o esgotamento do comando legal³⁷¹.

Importante exemplificar a última situação com o art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República que, de modo imediato, reduziu ao valor do teto constitucional do art. 37, XI, da Magna Carta, os vencimentos, remunerações, vantagens, adicionais, proventos de aposentadoria que estivessem em desconformidade com os limites ali previstos. Uma vez cumprido o mandamento constitucional, seus efeitos cessam conseqüentemente.

Apesar de gêmeas, a vigência e a eficácia não se confundem. Ramos leciona que “a vigência diz respeito a força propulsora dos efeitos, enquanto a eficácia diz respeito aos efeitos em si, à maneira pela qual a lei os produz. A eficácia pressupõe a vigência e não vice-versa”³⁷². Deve-se ter em mente, portanto, que o tempo de vigência e eficácia não guarda correlação perfeita com a dimensão temporal dos efeitos produzidos pela norma.

Assim, os efeitos de uma norma serão aplicados, geralmente, aos fatos concomitantes e posteriores à sua entrada em vigor e cessarão no momento que a norma não mais estiver vigendo. Todavia, tais efeitos poderão, excepcionalmente, alcançar fatos ocorridos antes do início da vigência, bem como poderão ser projetados para período posterior ao término dela³⁷³.

4.3. Efeitos da norma constitucional

Ao se estudar direito intertemporal na dimensão fático-normativa da projeção dos efeitos da norma que entra em vigor, os fatos podem ser divididos em quatro grupos: passado, presente, futuro e pendente, cada um tem conseqüências jurídicas próprias. Ramos sintetiza cada um dos fatos e dos efeitos da norma jurídica³⁷⁴:

Os fatos passados (*facta præterita*) são aqueles que ocorreram antes da entrada em vigor do novo ato normativo. Em regra, tais fatos, com base no princípio do *tempus regit actum*, são regulados pelo ato normativo em vigor à época que ocorreram, mesmo que haja sua revogação por ato normativo posterior. Caso a nova legislação, portanto, venha a

³⁷¹ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 11.

³⁷² *Ibid.*, p. 13-15.

³⁷³ *Ibid.*, p. 13.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 25-26.

projetar seus efeitos para atingir os fatos já realizados, haverá, por conseguinte, retroatividade (efeito retroativo).

Os fatos presentes, por sua vez, consubstanciam-se naqueles cuja existência normativa é contemporânea ao início da vigência da norma. Tais fatos estarão sujeitos à observância da nova legislação (efeito imediato).

Os fatos futuros (*facta futura*) são os posteriores ao início da vigência lei. A estes, igualmente aos fatos presentes, aplicam-se as disposições na nova lei (efeito prospectivo), sem se falar, por óbvio, em retroatividade.

Os fatos pendentes aquisitivos ou extintivos de direitos (*facta pendentia*) são aqueles cujo início ocorreu antes da entrada em vigor da nova lei revogadora, todavia, as implicações dos fatos se prolongam no tempo, ultrapassando o período de vigência da lei revogada.

Estes fatos são os que causam maiores dificuldades de aplicação do direito intertemporal e de incidência das normas. Para França, o intérprete e o aplicador do direito devem decompor a *facta pendentia*, diferenciando os fatos ocorridos antes da nova norma, que não poderiam ser alcançados sem retroatividade, e aqueles posteriores, sujeitos à incidência da nova legislação³⁷⁵.

A aplicação do ato normativo revogador às partes presente e futura da *facta pendentia* não pressupõe a retroatividade da lei, mas meramente a aplicação dos seus efeitos ordinários (efeitos imediato e prospectivo), sendo denominado, por Ramos, de efeito retrospectivo da norma³⁷⁶.

Percebe-se, pois, que o novo diploma normativo, pela Teoria Geral do Direito, tomando por referência a data de início da vigência, regerá imediatamente os fatos presentes e futuros (efeitos ordinários) sem atingir, portanto, os fatos passados, regidos por outra norma anterior, salvo se a nova legislação estabelecer expressamente que seus efeitos serão projetados para atingir os fatos passados (efeitos extraordinários).

4.3.1. Princípio geral da irretroatividade das leis

³⁷⁵ FRANÇA, Rubens Limongi. Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 296.

³⁷⁶ RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 37-47.

Mendes esclarece que o estudo sobre a retroatividade das leis é fruto de duas grandes correntes doutrinárias: a do direito adquirido e a do fato passado³⁷⁷.

A primeira delas, também chamada de corrente subjetivista, teve seu ápice na obra *Teoria della retrattività delle leggi* de Carlos Francesco Gabba, influenciada por Ferdinand Lassale, Savigny, Emidio Pacifici Mazzoni³⁷⁸. Para essa teoria, em síntese, a nova lei não poderia retroagir para atingir direitos subjetivos já incorporados ao patrimônio jurídico do titular, sem, contudo, fazer qualquer distinção a respeito da projeção dos efeitos das leis no tempo.

Para Mendes, essa teoria subjetivista foi a acolhida pelo ordenamento jurídico pátrio, porque há previsão expressa, no artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República de 5 de outubro de 1988, e no art. 6º, *caput, in fine*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, da proteção ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido³⁷⁹. França, nesse sentido, afirma que o direito constitucional pátrio há mais de setecentos anos defende a proteção dos direitos adquiridos em relação aos efeitos retroativos e imediatos da nova norma jurídica³⁸⁰.

No entanto, este jurista afirma, com propriedade, que o direito intertemporal brasileiro possui diversas particularidades que não permitem adotar a corrente subjetivista em detrimento da objetivista, também chamada de teoria do fato passado³⁸¹. Esta teoria veio como reação à doutrina clássica dos direitos adquiridos, sendo marcada pela obra *Les conflits de lois dan le temps (théorie dite la non-rétroactivité des lois)* de Paul Roubier, sustentada por Chironi, Vareilles-Sommières, Friedrich Affolter, Léon Duguit³⁸².

Os signatários desta teoria, em breve compêndio, como elucidada Ramos, buscavam traçar métodos objetivos de eficácia temporal dos efeitos dos atos legislativos, sem fazer

³⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentário ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal*. In. *Comentários à Constituição do Brasil*. JJ. Gomes Canotilho [et. al.] São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 368.

³⁷⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 285.

³⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentário ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal*. In. *Comentários à Constituição do Brasil*. JJ. Gomes Canotilho [et. al.] São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 368.

³⁸⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 294.

³⁸¹ O princípio da Irretroatividade das Leis é, por natureza, de caráter constitucional. O mesmo se pode afirmar em relação ao do Respeito ao Direito Adquirido (...) Não obstante, e a despeito disso ter advindo de melhores esclarecimentos dos nossos legisladores, não há incompatibilidade entre a substância da Doutrina Clássica e a ideia de ‘efeito imediato’. Essa virtude das novas leis, de se aplicarem imediatamente, entre nós, remonta às melhores e mais antigas tradições, e, no que tange às modernas formulações da Doutrina Clássica, é reconhecida por autores como Pacifici-Mazzoni. (...) o limite do efeito imediato é o Direito Adquirido.” (FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 296)

³⁸² FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 286-287.

qualquer alusão à proteção de direitos adquiridos subjetivos³⁸³. Procurava-se, assim, diferenciar os efeitos retroativos daqueles considerados imediatos e prospectivos da novel legislação.

Ao fazer essa diferenciação dos efeitos da lei, conclui-se que, em regra, que os fatos passados e as partes realizadas dos fatos pendentes, que estavam sob o império de uma lei revogada, não podem ser atingidos pela nova lei revogadora, uma vez que tal projeção dos efeitos de modo retroativo vai de encontro com a natureza do próprio ato legislativo, que tende a se projetar para o futuro, a partir de sua vigência. A corrente objetivista foi adotada no ordenamento positivo brasileiro no art. 6º, *caput, in initio*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao prever que “*a lei em vigor terá efeito imediato*”.

O princípio geral da irretroatividade é, portanto, a outra face dos efeitos imediatos e prospectivos da norma jurídica, consubstanciado na ideia de que as leis, em regra, foram feitas para reger as situações presentes e futuras, ou seja, aquelas que ocorrerão a partir do início da vigência do diploma normativo, devendo ficar incólumes os fatos passados (*facta præterita*), como importantíssima garantia da segurança jurídica.

Além disso, conforme ensinamentos de França, o princípio da irretroatividade além de definir que, em regra, os efeitos da lei não se projetam para atingir fatos anteriores à sua vigência, também disciplina que os efeitos imediatos e prospectivos da nova norma não poderão atingir direitos adquiridos, conforme art. 6º, *caput, in fine*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³⁸⁴.

4.3.2. Efeitos imediatos e prospectivos

A nova legislação, conforme ensina Noronha, ao entrar em vigor, aplica-se, de modo imediato e prospectivo, a todos os fatos presentes e futuros que se coadunem com a *fattispecie* da norma, conforme previsão do art. 6º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *in verbis*³⁸⁵:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

³⁸³ Vide RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 63-74.

³⁸⁴ FRANÇA, Rubens Limongi. Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 210.

³⁸⁵ NORONHA, Fernando. *Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para a solução de problemas intertemporal*. In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, v. 6. N. 23., abr/jun 1988, p. 95.

Há necessidade de decompor esse artigo para se estudar o alcance da norma jurídica, iniciando pelo vocábulo “lei” disposto no início do texto. Apesar de o dispositivo legal dar a ligeira impressão de tratar apenas de matéria ordinária infraconstitucional, é cediço que disciplina regra estrutural e de condicionamento de todos os atos normativos, inclusive das normas constitucionais, correspondendo, portanto, à Teoria Geral do Direito³⁸⁶.

O “efeito imediato”, por sua vez, é também denominado, juntamente com o efeito prospectivo, de ordinário, = independe de qualquer previsão expressa no texto legal para que possa surtir. Isso ocorre porque todas as normas jurídicas são criadas, em regra, para incidir sobre os fatos presentes e futuros, deixando incólumes os fatos passados, já que regulados por ato normativo anterior.

No tocante ao *facta pendentia*, deve-se dividir o fato em partes. Os fatos ocorridos após a vigência da novel legislação estão sujeitos a ela, pois aplicam-se os efeitos imediatos e prospectivos. Nesse ponto, Roubier assevera que a lei, ao atuar no presente sobre os fatos e relações ocorridas no passado, operaria com efeitos imediatos e não retroativos³⁸⁷. Porém, as partes passadas da *facta pendentia*, ocorridas antes da entrada em vigor da nova lei revogadora, ficam submetidas à lei anterior, salvo se a lei expressamente prever a projeção de efeitos retroativos.

Assim, se os pressupostos para a aquisição ou extinção do direito se concretizaram sob o império de uma lei revogada (*facta præterita*), contudo, as consequências jurídicas do fato passado ultrapassam a vigência da respectiva lei, a incidência imediata da norma revogadora aplica-se aos fatos novos que surgirem sob o seu manto, sem, contudo, reconfigurar os efeitos jurídicos já realizados³⁸⁸.

Os efeitos da nova legislação, neste caso, não se manifestarão somente se houver previsão nesse sentido. Ou seja, caso o ordenamento jurídico pretenda excluir a incidência dos efeitos imediato e prospectivo a determinados fatos, deverá fazê-lo de modo expresso. Essa foi a vontade do Poder Constituinte ao prever, no artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República, que os efeitos imediatos dos atos normativos não poderão atingir os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

³⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Reforma Constitucional e Direito Adquirido*, Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, jul/set. 1998, p. 126. Disponível em: [tp://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47202/45410](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47202/45410), acesso em 02 ago. 2017.

³⁸⁷ ROUBIER, Paul. *Les conflits de lois dan le temps (théorie dite la non-rétroactivité des lois)*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929, p. 371.

³⁸⁸ RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 32.

No tocante ao “efeito geral” previsto na primeira parte do art. 6º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, entende-se que não se trata de direito intertemporal, mas sim de conteúdo do ato normativo, uma vez que as leis devem conter matérias gerais e abstratas, tratando, portanto, de matéria que foge ao objeto da presente dissertação. Em sentido contrário, Ramos aduz que o termo “geral” possui conteúdo de direito intertemporal e vem reforçar o efeito imediato e prospectivo dos atos normativos³⁸⁹.

4.3.3. Efeitos retroativos

A lei será retroativa, para Ramos, quando seus efeitos se projetarem para invadir ou alterar fatos ocorridos antes do início de sua vigência, pela previsão hipotética na *fattispecie*, com repercussão jurídica no passado ou no presente, bem como pela definição de situações presentes que modifiquem as consequências jurídicas de realidade já ocorrida³⁹⁰.

É lógico que tal efeito somente pode se dar no plano ideal, ou seja, do *dever ser*, projetando-se para atingir realidades passadas, conformando-as no presente, às suas exigências. Os efeitos se projetam, portanto, do presente para o passado, já que os planos de vigência e de eficácia da norma sempre se situarão no presente e o fato já ocorreu outrora sem a possibilidade de modificação no plano fático³⁹¹.

Por ser considerado anormal ou extraordinário, o efeito retroativo só pode ocorrer quando a própria lei os estabelecer expressamente³⁹². Diante disso, a lei poderá atribuir, de modo ideal, a fatos passados, determinadas consequências ou mesmo estabelecer que fatos presentes adquiram eficácia no passado.

³⁸⁹ RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 77

³⁹⁰ RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 30-32.

³⁹¹ RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 13-14.

³⁹² “Em matéria penal ou tributária, em que o favorecimento da previsibilidade em relação a normas que afetam a liberdade de locomoção, ou que repercutirem diretamente sobre a situação econômica dos contribuintes, costuma impor a conjugação do princípio da legalidade com o da irretroatividade, a tendência é, pois, a de uma limitação completa à projeção de efeitos retroativos, salvo em benefício do réu ou do contribuinte, no tocante à imposição de sanções fiscais.” (RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 55). No ordenamento jurídico pátrio, o princípio da irretroatividade das leis em matéria penal e tributária, bem como a retroatividade benigna, estão previstas no art. 5º, XXXIX e XL, e art. 150, III, “a”, da Constituição da República, c.c. art. 106 do Código Tributário Nacional.

No entanto, a retroatividade das leis não possui a mesma intensidade, sendo classificada pela doutrina³⁹³ em: máxima, média e mínima.

A retroatividade máxima, denominada restitutória ou de segundo grau, ocorre quando o novo diploma normativo ataca o direito adquirido e os fatos já consumados, restituindo, em regra, as partes ao *statu quo ante*.

Suponha-se que o art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias tenha exigido, além da sujeição dos vencimentos, proventos de aposentadoria e pensão ao teto constitucional (art. 37, XI), que os valores já recebidos fossem restituídos aos cofres públicos. Estar-se-ia, assim, diante do grau máximo de retroatividade.

Outro exemplo dado pela doutrina é a da lei canônica que aboliu a usura e obrigava os credores a restituir os valores a título de juros cobrados ao devedor, herdeiros ou, na ausência deles, aos pobres³⁹⁴.

A retroatividade média, por sua vez, ocorre quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de atos jurídicos realizados antes de sua vigência, desde que ainda não tenham sido consumados. Por exemplo, uma norma que diminuísse a taxa de juros e fosse aplicada aos débitos já vencidos, e não pagos.

A retroatividade mínima, também chamada de temperada, mitigada ou de primeiro grau, se dá quando a *fattispecie* da lei contempla fatos passados e lhes atribui efeitos apenas a partir da entrada em vigor da novel legislação em diante. Por exemplo, a previsão de que o tempo de serviço público prestado antes da Emenda Constitucional nº 20/1998 será considerado, após a sua entrada em vigor, como tempo de contribuição para fins previdenciários.

Não se deve confundir a retroatividade de grau mínimo com os efeitos imediato e prospectivo da lei revogadora às partes da *facta pendentia* ocorridas após a data de início de sua vigência, como fez o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493-CF³⁹⁵. Há nesta hipótese incidência da regra de

³⁹³ Cf. voto do Ministro Moreira Alves na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493-CF. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266383>, acesso em 20 set. 2017.

³⁹⁴ Cf. voto do Ministro Moreira Alves na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493-CF. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266383>,> acesso em 20 set. 2017, p. 34.

³⁹⁵ O Ministro Moreira Alves, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493-CF, afirma, com base nas lições de Matos Peixoto, que a retroatividade mínima ocorre quando a “lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data que ela entra em vigor”. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266383>,> acesso em 20 set. 2017, p. 34.

condicionamento ordinário dos atos normativos, que ocorrerá independentemente de previsão expressa no diploma legal.

Afirma Mello que as leis que passam a vigorar sempre agem no presente e para o futuro, atingindo os efeitos oriundos dos fatos ocorridos no passado que ultrapassam o término da vigência da lei revogada. A norma revogadora, ao abraçar às partes presentes e futuras da *facta pendentia*, opera com os efeitos imediato e prospectivo, respectivamente, não havendo quaisquer efeitos retroativos, pois a nova disciplina legal respeita todos os fatos que antecederam ao advento de sua vigência³⁹⁶.

É imperioso ressaltar que, para Porchat, com fundamento na teoria subjetiva de Gabba, a nova lei, ao entrar em vigor, não poderá retroagir para atingir direitos subjetivos já adquiridos, pois configuraria retroatividade injusta³⁹⁷. Não se pode olvidar, porém, que a norma de proteção aos direitos adquiridos limita não só os efeitos retroativos, mas também os efeitos imediatos e prospectivos em relação a fatos ocorridos no passado cujas implicações se prolongam para além da vigência da lei revogada (efeitos retrospectivos).

4.3.4. Efeitos retrospectivos

O estudo dos efeitos retrospectivos da lei está intimamente ligado com os fatos pendentes. Esses fatos, como dito antes, são os que causam maiores complexidades no campo do direito intertemporal, pois decorrem de fatos passados cujas implicações ultrapassam a vigência da norma jurídica anterior, penetrando no domínio de outra posterior.

O intérprete e o aplicador do direito devem, portanto, decompor a *facta pendentia* em partes: passada, presente e futura. A parte passada do *facta pendentia*, de acordo com França, a princípio, fica incólume aos efeitos da nova legislação, tendo em vista que foram regidas sob o império da lei anterior³⁹⁸.

A nova lei, como é cediço, somente regula as situações a partir de sua entrada em vigor, logo, a parte passada do *facta pendentia* só poderia ser alcançada se a própria norma expressamente previsse efeitos retroativos. As partes presentes e futuras, todavia, serão

³⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O direito adquirido e o direito administrativo. Interesse público*. Porto Alegre, v. 8, n. 38, 2006, p. 18.

³⁹⁷ PORCHAT, Reinaldo. *Da retroactividade das leis civis*. São Paulo: Duprat e& Comp., 1909, p. 6-7.

³⁹⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 296.

alcançadas pelos efeitos imediatos e prospectivos da novel legislação, e a esse efeito dá-se o nome de retrospectividade.

Ramos adverte que o fenômeno da retrospectividade tem características próprias, e não coincide com a retroatividade da norma, tampouco com os efeitos ordinários típicos dos atos legislativos. Afirmo o jurista que o instituto da retrospectividade, por atribuir efeitos da nova lei a fatos geradores ocorridos no passado, sem a necessária previsão expressa na lei de regência, tem grande potencial lesivo à segurança jurídica³⁹⁹.

Pode o ordenamento jurídico prever mecanismos para evitar que os efeitos imediatos e prospectivos sejam aplicados de forma indiscriminada aos fatos pendentes, salvaguardando a estabilidade das situações jurídicas já ocorridas. A Constituição da República, por sua vez, além de conter os efeitos retroativos, limitou também o efeito retrospectivo da norma revogadora, ao estabelecer que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI).

A nova lei, portanto, como sintetiza Nery, apesar de válida, quando esbarra com direitos adquiridos, não produzirá quaisquer efeitos⁴⁰⁰.

4.3.5. Efeitos ultrativos

É precisamente essa contenção dos efeitos da nova legislação para os fatos que se iniciaram sob o domínio de uma lei revogada e se prolongaram para além de sua vigência que recebe o nome de ultratividade.

O efeito da ultratividade consiste, portanto, na projeção de efeitos de uma norma já revogada para além de sua vigência, sem, contudo, atribuir à lei revogada o poder de incidir sobre os fatos ocorridos após a sua vigência⁴⁰¹.

Diante disso, Ramos bem critica a expressão utilizada por Roubier de que a lei revogada “sobrevive” em face da lei revogadora ou mesmo o conceito de “pós-atividade” proposto por Fernando Noronha⁴⁰². Isso porque a lei não mais vige e, por conseguinte, não tem se aplica a nenhum outro fato posterior ao término de sua vigência.

³⁹⁹ RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 38, 53 e 175.

⁴⁰⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 83.

⁴⁰¹ RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 43.

⁴⁰² RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 44-46.

Note-se que o que perdura para além da vigência da norma são somente os efeitos da lei revogada, com o intuito, único e exclusivamente, de disciplinar determinada categoria de fatos protegidos pelo ordenamento jurídico, por exemplo, o direito adquirido.

O direito intertemporal brasileiro, ao disciplinar, no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República em conjunto com o art. 6º, *caput, in fine*, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, a proteção dos direitos adquiridos em face do efeito imediato da lei, deu coerência ao sistema jurídico e garantiu a ultratividade dos efeitos de normas já revogadas para além da respectiva vigência.

4.4. Proteção do direito adquirido na Constituição da República de 5 de outubro de 1988

Todas as constituições, com exceção da Carta de 1937, consagraram proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada⁴⁰³⁻⁴⁰⁴. Na atual Constituição da República a previsão está no inciso XXXVI do art. 5º, *in verbis*:

Art. 5º - (...) XXXVI - a lei não prejudicará o **direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada**; (negrito nosso)

Essa norma, diferentemente da prevista no art. 6º, *caput, in initio*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que trata do efeito imediato dos atos normativos em geral, não é norma de condicionamento, mas sim de limitação da eficácia retroativa e retrospectiva das leis⁴⁰⁵.

O ordenamento jurídico constitucional brasileiro, portanto, com especial atenção ao princípio da segurança jurídica e ao Estado de Direito, condicionou que as novas leis que venham a entrar em vigor não prejudicarão o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Todavia, ainda que a proteção desses institutos em face do conflito de leis no tempo assumam estatura de ordem constitucional, o Supremo Tribunal Federal já decidiu,

⁴⁰³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Poder Constituinte e Direito Adquirido*. São Paulo: Revista Direito Mackenzie, ano 3, nº 1, p. 15-16. Disponível em: [Mahttp://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7229/4897](http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7229/4897), acesso em 9 ago. 2017.

⁴⁰⁴ A Constituição do Império de 1824 e a Constituição da República de 1891 previam expressamente a irretroatividade. Elival da Silva Ramos esclarece que, a despeito da expressão literal vedando a retroatividade das leis, “sempre se entendeu que não estava impedida, em nosso ordenamento jurídico, de modo absoluto, a edição de leis com efeitos retroativos e sim a edição de leis prejudiciais aos direitos adquiridos, decorresse esse prejuízo do fenômeno da retroatividade ou da retrospectividade” (RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 115-116).

⁴⁰⁵ RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 76.

com fundamento nos estudos de França, que compete à lei ordinária traçar os elementos essenciais que devem compor seus conceitos.

Para a Suprema Corte,

Não se pode confundir [...] a noção conceitual de direito adquirido (tema da legislação ordinária) com o princípio inerente à proteção das situações definitivamente consolidadas (matéria de extração constitucional), pois é apenas a tutela do direito adquirido que ostenta natureza constitucional, a partir da norma de sobredireito inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política.⁴⁰⁶

Em que pese essa decisão do Supremo Tribunal Federal, entende-se, na linha dos ensinamentos de Ramos e Modesto, que a norma do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República é de eficácia plena, sendo incompatível com a regulamentação infraconstitucional. Cabem aos intérpretes e aos aplicadores do direito estabelecer, com base na doutrina, o exato sentido e alcance dos institutos jurídicos⁴⁰⁷.

Ao legislador ordinário, contudo, não é vedado tratar da matéria, desde que não haja inovação no conteúdo significativo da norma constitucional. No ordenamento jurídico pátrio os conceitos dos institutos foram tratados no art. 6º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, sendo: ato jurídico perfeito aquele “já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou” (§1º); a coisa julgada a “decisão judicial de que já não caiba recurso” (§3º); e o direito adquirido aquele que “o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aquele cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (§2º).

Apesar de alguns autores entenderem que os institutos se complementam, criando um sistema efetivo para tratar da eficácia temporal das leis⁴⁰⁸, alinha-se à doutrina de Mendes de que os conceitos de ato jurídico perfeito e de coisa julgada estão contemplados, de certa maneira, no de direito adquirido⁴⁰⁹.

Neste sentido, França afirma que a referência ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada é inútil por razões de ordem histórica, lógica, bem como em face da realidade

⁴⁰⁶ Inteiro teor do acórdão disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=274599>, acesso em 18 ago. 2017.

⁴⁰⁷ RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 265. MODESTO, Paulo. *A reforma Administrativa e direito adquirido*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/374/reforma-administrativa-e-direito-adquirido>, acesso em 27-09-2017.

⁴⁰⁸ RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 155; 183.

⁴⁰⁹ Não se pode olvidar que o constitucionalista, apesar de reconhecer que o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são abrangidos pelo conceito de direito adquirido, observa que a tripartição conceitual possui vantagens práticas em diversas situações. Vide MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentário ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal*. In. *Comentários à Constituição do Brasil*. JJ. Gomes Canotilho [et. al.] São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 368-369.

jurídica, desse modo o legislador ordinário deveria ter se restringido à definição de direito adquirido⁴¹⁰.

O conceito legal de direito adquirido proposto no art. 6º, §3º, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, contudo, merece temperamentos, uma vez que, pela interpretação meramente literal da norma, atribui-se à qualquer direito existente a característica de adquirido⁴¹¹. Propõe-se, assim, uma releitura do dispositivo legal, com fundamento na teoria subjetivista de Gabba, coadunando-a com os propósitos da Constituição⁴¹².

Para tanto, o intérprete e o aplicador do direito devem diferenciar os significados de direito objetivo, subjetivo e adquirido. O direito objetivo, que nunca se tornará adquirido, é consubstanciado no conjunto sistemático de normas, abstratamente considerado, destinado a reger a conduta humana e a própria sociedade, por exemplo: as normas constitucionais, de direito civil ou de direito penal.

O direito subjetivo, por sua vez, decorre da implicação concreta do direito objetivo, atribuindo ao titular do direito a faculdade de agir ou determinada vantagem individual, que poderão ser exigidas de modo imediato ou mesmo, se necessário, pela via jurisdicional⁴¹³. Nem todo direito subjetivo, contudo, terá qualidade de direito adquirido.

Para se tornar adquirido, conforme leciona Ramos, com base na doutrina de Gabba⁴¹⁴, há necessidade de que o direito subjetivo seja incorporado ao **patrimônio jurídico** do titular⁴¹⁵. A definição de patrimônio, contudo, deve ser analisada de forma ampliativa pelo intérprete e pelo aplicador do direito, compreendendo, além do conceito técnico-jurídico sobre o valor econômico, o conteúdo político, social, moral⁴¹⁶ etc.

⁴¹⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 219-223.

⁴¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 6ª ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 213.

⁴¹² Nesse ponto, é imperioso ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que as matérias relacionadas ao direito intertemporal são de ordem constitucional, e não infraconstitucional (STF. RE nº 226.855. Min. Moreira Alves. DJ 13-10-2000).

⁴¹³ SILVA, José Afonso da. *Parecer elaborado à Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e à Associação dos Magistrados Brasileiros*. Disponível em: http://www.dca.fee.unicamp.br/~leopini/consu/reformadaprevidencia/parecer_JAS.htm, em 26 jun 2017.

⁴¹⁴ “(...) todo direito que **a**) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei do tempo em que foi realizado e cuja ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo objeto; e que **b**) nos termos da lei sob o império da qual ocorreu, entrou imediatamente no patrimônio de quem o adquiriu”. (GABBA, Carlos Francesco. *Teoria della retrattività delle leggi*. 3 ed. V. 1. Torino: Torino Uniope Tipográfico Editrice, 1981, p. 191).

⁴¹⁵ RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 182.

⁴¹⁶ No que diz respeito ao direito moral, afirma Rubens Limongi França que, ao tempo de Gabba, a discussão não tinha grande importância, vindo a prevalecer a tese da proteção ao direito moral posteriormente. No arcabouço jurídico brasileiro, protege-se tanto o direito moral como o patrimonial e os de personalidade

França, por sua vez, define direito adquirido como

a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto.⁴¹⁷

Percebe-se, por este conceito, que, não raras as vezes, a realização efetiva de um direito subjetivo fica à critério do seu titular, que, apesar de preencher todos os requisitos para a aferição do direito, não o exerce. Nessa hipótese, caso o titular ainda não tenha exigido seu direito e uma nova lei superveniente entre em vigor para alterar as bases normativas sob as quais foi constituído, tal ato normativo não terá o condão de obstar a fruição do direito subjetivo, posto que se tornou adquirido e, por conseguinte, protegido pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição da República⁴¹⁸. Exemplo paradigmático é o caso do indivíduo que já completou todas as condições constitucionais e legais para a aquisição da aposentadoria (carência, tempo de contribuição, idade, etc.), porém, deixa de requerê-la e, antes de sua inativação, uma nova norma modifica o regime previdenciário, tornando mais rigorosos os requisitos para obtenção do benefício.

Os efeitos imediatos dessa nova legislação, diante da proteção constitucional do direito adquirido, não atingirão a situação jurídica específica, que será regida pelos efeitos da norma vigente no momento do preenchimento de todos os requisitos (efeitos ultrativos). Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 359 com o seguinte teor: “Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários”⁴¹⁹.

É importante destacar, ademais, a decisão da Suprema Corte nos Embargos de Declaração do Recurso Extraordinário nº 72.509, que provocou a modificação da Súmula nº 359, por asseverar que o servidor que tenha preenchido todas as condições para aposentadoria na vigência de lei anterior, mas não tenha requerido o benefício, não o condiciona ao novo regramento legislativo, posto que possui direito adquirido⁴²⁰.

(FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 215-216).

⁴¹⁷ Apesar de se basear na doutrina de Gabba, Rubens Limongi França adverte sobre a necessidade de aplicar a teoria clássica com ponderações no direito pátrio. Isso porque, para essa doutrina, a regra é a retroatividade da lei desde que protegido os direitos adquiridos e, para o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, a retroatividade a exceção. (FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 214-215).

⁴¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Reforma Constitucional e Direito Adquirido*, Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, jul/set. 1998, p. 123. Disponível em: [tp://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47202/45410](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47202/45410), acesso em 02 ago. 2017.

⁴¹⁹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1580>, acesso em 18 ago. 2017. (g.n.)

⁴²⁰ STF. RE 72509 Ed-EDv /PR, Rel. Min. Luiz Gallotti. DJ 30/03/1973.

Não se pode olvidar, ainda, que, caso o direito venha a ser exercido antes da modificação legislativa, estaremos diante de uma situação de direito consumado, não cabendo também ao novo ato normativo modificar a situação jurídica já constituída também protegida pela Constituição da República.

Adotadas essas premissas a respeito dos direitos adquiridos, deve-se dividir o estudo da proteção desses direitos em face da alteração das normas constitucionais em dois grupos: normas constitucionais originárias e derivadas.

4.4.1. Direito adquirido e Poder Constituinte originário

Conforme estudado no item 1.1. a 1.1.6., o Poder Constituinte originário é aquele que cria a primeira ou a nova carta político-jurídica de determinado Estado, de acordo com o *consensus* da sociedade à época. Questiona-se, assim, se esse Poder estaria sujeito aos eventuais direitos adquiridos eventualmente garantidos pela ordem jurídica anterior.

É cediço que, no momento em que o Poder Constituinte originário surge para editar a nova Constituição, ele assume todas as suas características de inicialidade, incondicionalidade e ilimitabilidade, inaugurando uma nova ordem jurídica, com a conseqüente desconstituição da anterior (se houver), sem vinculação a qualquer norma de direito positivo⁴²¹.

Desse modo, conforme ensinamentos de Martins, caso a Constituição anterior tenha previsto direitos subjetivos que não mais se coadunem com os ideais da nova Carta Magna e da sociedade, poderá o Poder Constituinte originário realizar a supressão desses direitos, mesmo que adquiridos⁴²², desde que faça de modo expresso.

Apesar de alguns autores defenderem a possibilidade de supressão implícita de direitos adquiridos pelo Constituinte, por meio da aplicação de efeitos retroativos das normas constitucionais originárias⁴²³, entende-se que tais efeitos não podem ser presumidos. Afinal, como estudado antes, todos os atos normativos se sujeitam à regra de condicionamento, da Teoria Geral do Direito, de que são criados para reger os fatos presentes e futuros, a partir de sua vigência e, somente excepcionalmente, e desde que haja referência neste sentido, os fatos passados.

⁴²¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p. 87.

⁴²² MARTINS, Sergio Pinto. *Reforma Previdenciária*. São Paulo: Atlas, 2006. 2ª edição. p. 126.

⁴²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.1, de 1969*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, t. 6., p. 385.

Ferreira Filho adverte, neste sentido, que sempre se deve presumir a irretroatividade, e não o contrário. Afirma o jurista que, “apenas quando resulta de modo suficientemente claro a intenção de colher os fatos passados, é que deve interpretar como retroativa uma norma constitucional originária”⁴²⁴.

O Supremo Tribunal Federal, na mesma trilha, por meio do Recurso Extraordinário nº 140.499-GO, estabeleceu que os efeitos ordinários das normas constitucionais são o imediato e o prospectivo, devendo o efeito extraordinário retroativo, por sua vez, estar expresso no texto da Constituição⁴²⁵.

Mais do que isso, como ensina Ramos, além dos efeitos retroativos, os retrospectivos da norma constitucional originária também deverão estar expressos no texto da Lei Maior caso venham a prejudicar direitos adquiridos. Isso porque todo o sistema jurídico constitucional brasileiro foi fundado no espírito da proteção desses direitos⁴²⁶.

Assim, caso o Constituinte originário tenha sido omissivo quanto à manutenção dos direitos adquiridos que subsistiam no ordenamento jurídico anterior, não há espaço para interpretação de que os efeitos imediatos e prospectivos atinjam tais direitos de forma implícita. Como exemplo é possível citar o art. 17 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição da República que, por meio da manifestação do Poder Constituinte originário, determinou, de modo claro e expresso, a imediata redução dos vencimentos, remunerações, vantagens, adicionais, proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Magna Carta, sem se admitir, nesses casos, invocação de direitos adquiridos.

4.4.2. Direito adquirido e Poder Constituinte derivado reformador

Como assevera Ferreira Filho, com base na teoria de Sieyès, ao Poder Constituinte derivado⁴²⁷ foi atribuída a competência para adaptar a Constituição no decorrer do tempo e

⁴²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Poder Constituinte e Direito Adquirido*. São Paulo: Revista Direito Mackenzie, ano 3, nº 1, p. 15. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7229/4897>, acesso em 9 ago. 2017.

⁴²⁵ Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=208337>, acesso em 26 set. 2017.

⁴²⁶ RAMOS, Elival da Silva. A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 213-216.

⁴²⁷ Cabe lembrar que somente se trata, na presente dissertação do poder de reforma, as competências atribuídas aos Estados federados para a criação das Constituições Estaduais, denominado Poder Constituinte decorrente, e a Emenda de Revisão não serão objeto de estudo. Para aprofundamento da matéria recomenda-se a leitura da obra jurídica: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 6ª ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2014.

do espaço, a fim de torna-la compatível com a nova realidade social. Porém, esse Poder é limitado pela própria ordem constitucional e subordinado ao Poder Constituinte originário, devendo, pois, respeito às regras balizadoras de sua atividade⁴²⁸.

Assim, nas constituições rígidas, dotadas de supremacia, o Poder Constituinte derivado estará sujeito a limitações de ordem formal, quanto à observância do procedimento definido na própria Constituição, bem como de ordem material, quanto ao conteúdo de suas manifestações⁴²⁹. Na Constituição da República, como analisado nos itens 1.5. a 1.5.3.4., esses limites são classificados em formais, circunstanciais e materiais.

Importa, para o presente capítulo, o estudo a respeito dos limites materiais, corporificado nas cláusulas pétreas. Dentre elas, o art. 60, §4º, IV, da Constituição da República, prevê a impossibilidade de o Poder Constituinte derivado propor alterações tendentes a abolir os direitos e garantias individuais.

Apesar de a expressão se referir a direitos e garantias individuais, a doutrina⁴³⁰, seguida pelo Supremo Tribunal Federal⁴³¹, advoga no sentido de que a interpretação literal do dispositivo é insuficiente para atribuir o real alcance e eficácia da norma constitucional. Propõe-se, assim, a interpretação lógico-teleológica do dispositivo de modo a abranger todos os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, como examinado no item 2.1.

Um dos direitos fundamentais de liberdade clássica, abrangido pela cláusula da inalterabilidade⁴³² pelo Poder Constituinte derivado, é o da proibição de a “lei” prejudicar o direito adquirido, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 5º - (...) XXXVI - a **lei** não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; (negrito nosso)

Tendo em vista o vocábulo “lei” constante no mandamento constitucional, questiona-se se a proteção dos direitos adquiridos se volta somente à atuação legiferante

⁴²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 6ª ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 256.

⁴²⁹ RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 218.

⁴³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 6ª ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 265-266. RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 269-270. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 470.

⁴³¹ STF. ADI 939. Min. Sydney Sanches. DJ 18-03-1994.

⁴³² A expressão “inalterabilidade” merece temperamentos, conforme estudado no item 1.5.3. da presente dissertação, a permitir modificações nas normas constitucionais que não atinjam o núcleo essencial do direito fundamental.

ordinária ou também alcança o Poder Constituinte derivado quando da proposição de emendas à constituição.

Uma primeira corrente hermenêutica, adotando a interpretação literal do dispositivo supra referido, defende que somente o legislador infraconstitucional estaria subordinado à regra de limitação protetiva dos direitos adquiridos⁴³³. O Poder Constituinte derivado, portanto, poderia editar emendas constitucionais com efeitos retroativos ou retrospectivos que obstem a fruição de direitos já adquiridos.

Nesse sentido, Modesto afirma que o art. 60, §4º, IV, da Constituição da República somente visou proteger a garantia dos direitos adquiridos, ou seja, somente a norma do art. 5º, XXXVI, não poderia ser suprimida pelo Constituinte derivado, no entanto, um ou outro pretense direito adquirido poderia ser atingido pela emenda constitucional⁴³⁴.

Afasta-se dessa diretriz, tendo em vista que tal interpretação esvazia o conteúdo da norma constitucional, permitindo a subtração de determinados direitos subjetivos já adquiridos, desde que realizada por meio de alterações de normas constitucionais. Filia-se, portanto, à segunda corrente, que adota a exegese lógico-sistemática do art. 5º, XXXVI, *in initio*, da Constituição da República, para atribuir ao vocábulo “lei” interpretação ampliativa, de modo a abranger todos os atos normativos, dentre eles as emendas constitucionais⁴³⁵.

A proteção do direito adquirido constitui, portanto, verdadeira limitação material à atuação do Poder Constituinte Derivado, nos termos do art. 60, §4º, IV, da Constituição da República.

O Ministro Menezes Direito, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.104-DF, afirma que a interpretação dada por Modesto consagra a paradoxal situação de que um indivíduo tem o direito constitucional inviolável de proteção do direito adquirido, mas

⁴³³ Cf. MODESTO, Paulo. **A reforma Administrativa e direito adquirido**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/374/reforma-administrativa-e-direito-adquirido>>, acesso em 27 set. 2017; MACHADO, Hugo de Brito. **Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais**. São Paulo: revista dos Tribunais, 1995; Cardozo, Martins. **O princípio do direito adquirido no Direito Constitucional**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, jul./set. 1989.

⁴³⁴ MODESTO, Paulo. **A reforma Administrativa e direito adquirido**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/374/reforma-administrativa-e-direito-adquirido>>, acesso em 27 set. 2017.

⁴³⁵ Cf. MARTINS, Sergio Pinto. **Reforma Previdenciária**. São Paulo: Atlas, 2006. 2ª edição. p. 126; SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e poder popular (estudos sobre a Constituição)**. São Paulo: Malheiros. 2000; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2014; RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

pode ter suprimido cada um de seus direitos individualmente considerados. Tal prática mitigaria a norma constitucional do art. 5º, XXXVI, e a tornaria inócua⁴³⁶.

Informa-se, ademais, que no Brasil são frequentes as mudanças das normas que compõe a ordem constitucional. Atualmente a Magna Carta vigora com 91 (noventa e uma) emendas constitucionais. É preciso, portanto, que a ordem jurídica estabeleça mecanismos para a proteção dos direitos subjetivos e para garantir a estabilidade das relações jurídicas em face das alterações constitucionais.

Para a presente dissertação, importa exemplificar a limitação dos efeitos retroativos e retrospectivos das emendas constitucionais que promoveram a reforma da previdência social no Brasil.

Conforme vislumbramos no capítulo anterior, as Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003 modificaram de modo substancial os requisitos para aquisição da aposentadoria, dificultando o exercício do direito por aqueles que já se encontravam filiados ao sistema previdenciário. No entanto, aqueles segurados que já tinham preenchidos todos os requisitos para a aposentação e foram surpreendidos com a alteração constitucional passaram a possuir direito adquirido à aposentadoria pelas regras anteriormente estabelecidas, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República.

Apesar dessa norma ser autoaplicável, ambas as Emendas Constitucionais nº 20/1998 (art. 3º, §3º) e nº 41/2003 (art. 3º, *caput*) possuíam previsão expressa de salvaguarda dos direitos adquiridos. Tais disposições, assim, são desprovidas de qualquer eficácia normativa em relação aos direitos dos segurados, todavia, como bem pontua Ramos, há a conveniência prática de acalmar os ânimos dos beneficiários durante o período de alteração das normas constitucionais⁴³⁷.

4.4.3. Direito adquirido e normas de ordem pública

O direito adquirido atua como limite aos efeitos retroativos e retrospectivos dos atos normativos, sendo instrumento efetivo para a garantia da segurança e da estabilidade das relações jurídicas. No entanto, esse instituto é alvo de inúmeras teorias que pretendem afastar sua aplicação. Destaca-se, para a presente dissertação, a que diz respeito à inexistência de direito adquirido em face das normas de ordem pública.

⁴³⁶ Inteiro teor do disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>, acesso em 23 jun. 2017.

⁴³⁷ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 259.

Silva adverte que não são raras as alegações de que, contra as normas de direito público ou de ordem pública, não há que se falar em direito adquirido⁴³⁸. Para essa corrente exegética, a supremacia do interesse coletivo prevalece sobre o direito individual e, desse modo, as normas que veiculam matérias de direito público não devem observância à proteção insculpida no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República.

Ferreira Filho e Santos, com fundamento nessa corrente, afirmam que nem sempre o direito adquirido deverá preponderar em face de normas de ordem pública. Nesses casos, há necessidade de o intérprete e o aplicador do direito, em cada caso concreto e de acordo com o peso da restrição, ponderar se a primazia da ordem pública em face dos direitos individuais deve prevalecer em relação à proteção constitucional do direito adquirido⁴³⁹.

França, no mesmo sentido, apesar de nitidamente ser adepto da teoria subjetiva de Gabba, relativiza a proteção dos direitos adquiridos em relação às normas de ordem pública. Afirma que “o fundamento da ordem pública, para desconhecer o Direito Adquirido, não pode ir a ponto de atingir os casos em que esse desconhecimento geraria o desequilíbrio social e jurídico”⁴⁴⁰.

Afasta-se dessa teoria, contudo, por entender que não há que se falar em ponderação da norma constante do no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, mas sim em aplicação. A regra de proteção dos direitos adquiridos deve ser aplicada em sua totalidade e, por não haver qualquer exceção no texto constitucional, tanto as normas de direito privado quanto as normas de direito público devem observância a ela.

Adota-se, portanto, a corrente hermenêutica defendida por Porchat, Miranda e Mendes, de que nem mesmo as normas públicas podem fazer tábula rasa dos direitos adquiridos⁴⁴¹. O ordenamento jurídico constitucional buscou assegurar o equilíbrio das relações jurídicas já constituídas e as normas de ordem pública devem respeitar os direitos adquiridos, uma vez que possuem grande aptidão de alterar ou desconstituir direitos subjetivos individuais. Neste sentido, Pontes de Miranda afirma que a

⁴³⁸ SILVA, José Afonso da. **Reforma Constitucional e Direito Adquirido**, Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, jul/set. 1998, p. 124. Disponível em: <tp://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47202/45410>, acesso em 02 ago. 2017.

⁴³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 218-219. SANTOS, Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 50.

⁴⁴⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. **Direito intertemporal brasileiro: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 259.

⁴⁴¹ Cf. PORCHAT, Reynaldo. **Curso Elementar de Direito Romano**. 2ª ed. Vol. I. São Paulo: Cia Melhoramentos de São Paulo, 1937, p. 338-339; MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. 2ª ed. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 99; MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal. In. **Comentários à Constituição do Brasil**. JJ. Gomes Canotilho et. al. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 368.

regra jurídica de garantia é, todavia, comum ao direito privado e ao direito público. Quer se trate de direito público, quer se trate de direito privado, a lei nova não pode ter efeitos retroativos (critério objetivo), nem ferir direitos adquiridos (critério subjetivo), conforme seja o sistema adotado pelo legislador constituinte⁴⁴² (negrito nosso).

Diante do exposto, informa-se que, no direito positivo nacional, não podem as normas com viés público olvidar da regra da proteção dos direitos adquiridos, uma vez que a segurança jurídica é uma das colunas da própria ordem pública e da própria democracia. Porchat, com propriedade, aduz que as “(...) a lei não deve retroagir, porque a simples invocação de um motivo de ordem pública não basta para justificar a ofensa ao direito adquirido, cuja inviolabilidade, no dizer de Gabba, é também um forte motivo de interesse público”⁴⁴³.

Ramos, por sua vez, alerta que a norma de limitação constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, aplica-se tanto em relação aos efeitos retroativos como aos efeitos retrospectivos da norma de ordem pública. A concepção que nega a proteção dos direitos adquiridos em relação a essas normas padece de dois vícios: autoritarismo, tendo em vista a aniquilação pura e simples de direitos individuais; e confusão no que tange ao conceito de patrimonialização, ao abranger somente o conceito técnico-jurídico de valor econômico⁴⁴⁴.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493-DF, manifestou-se no sentido de que “o disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva”⁴⁴⁵. Portanto, a proteção constitucional prevista no art. 5º, XXXVI, proíbe que os efeitos retroativos e retrospectivos das normas de ordem pública ou privada sejam aplicados aos direitos subjetivos individuais já incorporados ao patrimônio jurídico do titular.

Para a presente dissertação, importa exemplificar com o direito previdenciário que, apesar de se tratar de matéria de direito público, as alterações provenientes das Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003 não poderiam desconstituir os direitos já

⁴⁴² MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969**. 2ª ed. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 99.

⁴⁴³ PORCHAT, Reynaldo. **Curso Elementar de Direito Romano**. 2ª ed. Vol. I. São Paulo: Cia Melhoramentos de São Paulo, 1937, p. 339.

⁴⁴⁴ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 204.

⁴⁴⁵ Inteiro teor do acórdão. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266383>>, acesso em 20 set. 2017.

adquiridos pelos beneficiários, concretizados para aqueles indivíduos cujos requisitos haviam sido satisfeitos na data da alteração legislativa.

4.4.4. Direito adquirido e alteração de regime jurídico

As duas principais teorias sobre aplicação da lei no tempo, tanto a corrente subjetivista como a objetivista, rechaçam a possibilidade de subsistir direito individual em face da alteração de regime ou estatuto jurídico, uma vez que não há direito adquirido em relação às normas de direito objetivo, mas somente em relação aos direitos subjetivos já incorporados ao patrimônio jurídico do titular⁴⁴⁶.

Importante relembrar que os direitos objetivos são o conjunto sistemático de normas abstratas e genéricas criado para reger a conduta humana no seio de determinada sociedade, e os direitos subjetivos, por sua vez, se caracterizam pela aplicação dessas normas objetivas ao caso concreto, atribuindo ao titular do direito a faculdade de agir ou mesmo vantagens individuais específicas, que poderão ser imediatamente exigidas, inclusive pela via jurisdicional⁴⁴⁷.

Os regimes jurídicos, conforme leciona Mendes, nada mais são do que normas abstratas que outorgam aos indivíduos uma qualificação quanto ao exercício do direito, não havendo, portanto, que se falar em direito adquirido⁴⁴⁸. Desse modo, caso uma lei venha a alterar determinado instituto jurídico, essa nova norma é aplicada, ordinariamente, de forma imediata e prospectiva a todos os destinatários previstos na *fattispecie* e, excepcionalmente, de forma retroativa. Exemplo paradigmático foi a imposição, pela Emenda Constitucional nº 41/2003, de contribuição previdenciária aos servidores inativos e pensionistas do Regime Próprio de Previdência Social. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3105-DF⁴⁴⁹ e 3128-DF⁴⁵⁰, decidiu, na trilha dos ensinamentos de Martins, que não há direito adquirido em relação à não tributação sobre os valores referentes às aposentadorias e pensões dos servidores

⁴⁴⁶ STF. ADI 3105. Rel. Min. Cesar Peluso. DJ 18-02-2005. Inteiro teor do acórdão disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>, em 20 jul. 2017.

⁴⁴⁷ SILVA, José Afonso da. **Parecer elaborado à Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e à Associação dos Magistrados Brasileiros**. Disponível em: <http://www.dca.fee.unicamp.br/~leopini/consu/reformadaprevidencia/parecer_JAS.htm>, em 26 jun. 2017.

⁴⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal. In. **Comentários à Constituição do Brasil**. JJ. Gomes Canotilho et. al. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 369.

⁴⁴⁹ Inteiro teor do acórdão disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>, acesso em 20 jul. 2017.

⁴⁵⁰ Inteiro teor do acórdão disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363314>>, acesso em 20 jul. 2017.

públicos e dependentes⁴⁵¹. Mesmo porque não há qualquer direito subjetivo de não ser tributado. A Emenda Constitucional nº 41/2003 modificou, nesse ponto, regime jurídico tributário, corporificado em normas objetivas, não alcançadas, portanto, pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição da República. Como visto no 1.5.3. da presente dissertação, pode o Poder Público, assim, criar ou majorar tributos desde que respeitado o núcleo fundamental da *Lex Maior*.

É importante observar, porém, que essa possibilidade de alteração das normas gerais e abstratas pelo legislador não denota a ideia de que nenhum direito seria protegido pela Constituição da República em face da alteração de regimes jurídicos. Em relação aos direitos subjetivos já adquiridos, os efeitos retroativos e retrospectivos da nova legislação não serão projetados, prevalecendo os efeitos da lei anterior⁴⁵². É este o entendimento do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.104, segundo o qual não há direito adquirido em face de modificação das normas que regem regimes jurídicos⁴⁵³. Nessa oportunidade, a Suprema Corte decidiu, com propriedade, que somente os segurados que já haviam completado todos os requisitos para a aquisição da aposentadoria estariam protegidos sob o manto do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República. Desse modo, todos os demais segurados, que não possuíam direito adquirido, estariam submetidos às normas do novo regime jurídico de previdência social criado pela Emenda Constitucional nº 41/2003⁴⁵⁴, *in verbis*:

Somente os servidores que preenchiam os requisitos estabelecidos pela Emenda Constitucional nº 20/1998, durante as normas por ela fixadas, poderiam reclamar a aplicação das normas nela contida, com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional nº 41/2003.

Os servidores públicos, que não tinham completado os requisitos para a aposentadoria quando do advento das novas normas constitucionais, passaram a ser regidas pelo regime previdenciário estatuído na Emenda Constitucional nº 41/2003, posteriormente alterado pela Emenda Constitucional nº 47/2005. (negrito nosso)⁴⁵⁵.

Desse modo, como leciona Martins, aqueles segurados que estavam em processo de aquisição do direito, ou seja, que ainda não tinham preenchido todos os requisitos dispostos na *fattispecie* da norma para requerer a aposentação, automaticamente seriam

⁴⁵¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A reforma previdenciária**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 138.

⁴⁵² RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 185.

⁴⁵³ Inteiro teor do acórdão disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>>, acesso em 23 jun. 2017.

⁴⁵⁴ Alterado, em 2005, pela Emenda Constitucional nº 47/2005.

⁴⁵⁵ Inteiro teor do acórdão disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>>, acesso em 23 jun. 2017.

submetidos ao novo regramento jurídico⁴⁵⁶. Afinal, a Constituição da República não protege as expectativas de direito em face dos efeitos da nova legislação, mas somente os direitos adquiridos.

Como bem ensina Ramos, se a Constituição protegesse expectativas, “haveria dificuldades insuperáveis relativamente à erradicação de um determinado instituto jurídico, que sempre colhe situações constituídas no passado com efeitos ainda em curso no presente”⁴⁵⁷. Assim, caso todos os direitos subjetivos fossem protegidos pela Magna Carta em face da nova legislação, haveria, conseqüentemente, a cristalização das normas de direito objetivo e a impossibilidade de modificação dos regimes jurídicos, diante das novas realidades sociais.

Tal corrente, contudo, não é isenta de críticas. Correia, em sentido contrário, afirma que o direito subjetivo ao regime jurídico previdenciário se adquire, quer no setor público, quer no privado, no momento em que o segurado se filia ao sistema⁴⁵⁸, e não quando completa todos os requisitos para aquisição do benefício. Diante disso, as alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003, para o jurista, somente poderiam atingir aqueles que ingressaram no sistema após a entrada em vigor dos respectivos atos normativos⁴⁵⁹.

Seguindo o mesmo raciocínio, Melo assevera que qualquer alteração das normas previdenciárias que prejudiquem a situação do segurado não poderá ser aplicada, de modo imediato, àqueles indivíduos que já estejam participando do sistema, mesmo que não tenham cumprido os requisitos previstos no suporte fático normativo da norma (*fattispecie*). Alega o autor que “a ênfase constitucional de considerar os direitos sociais como direitos imutáveis deixa irretorquível que se trate de direito social, subjetivamente considerado, sempre direito adquirido, não havendo margem para ser tratado como expectativa de direito”⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **Reforma Previdenciária**. São Paulo: Atlas, 2006. 2ª edição. p. 114.

⁴⁵⁷ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 56.

⁴⁵⁸ “Filiação é o vínculo jurídico que se estabelece entre pessoas que contribuem como segurados para a previdência social, vínculo este do qual decorrem direitos e obrigações.” (Cf. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 183).

⁴⁵⁹ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Comentário à Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. In. **Comentários à Constituição do Brasil**. JJ. Gomes Canotilho et. al. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2305. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria e prática do poder de ação na defesa dos direitos sociais**. São Paulo: LTr, 2002, p.36.

⁴⁶⁰ MELO, José Tarcísio de Almeida. **Direito Constitucional Brasileiro: normas intangíveis, controles, direito adquirido, garantias e reformas**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, 221. No mesmo sentido cf. GARCIA,

Em que pese o argumento destes juristas, afasta-se dessa corrente, tendo em vista que há confusão dos institutos do direito adquirido, constitucionalmente protegido pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, e da expectativa de direito, não protegida pelo ordenamento jurídico pátrio⁴⁶¹.

4.4.4.1. Direito adquirido e expectativa de direito

Com base na Teoria Geral do Direito e na doutrina, o intérprete e o aplicador do direito devem identificar, conceituar e diferenciar os institutos da faculdade jurídica, da expectativa de direito, do direito adquirido e do direito consumado, evitando-se, assim, diversos paradoxos no ordenamento jurídico positivo.

A faculdade jurídica tem um sentido amplo e deve ser entendida como o complexo de possibilidades subjetivas de agir e fruir no campo do Direito⁴⁶². Por exemplo, a faculdade de o indivíduo conferir matrimônio, desde que atendidos os requisitos legais.

Como bem elucida Ramos, não há nem sequer expectativa, mas mera faculdade legal que poderá ser exercida a qualquer momento⁴⁶³. Caso o indivíduo não exerça a faculdade até o advento de nova lei que modifique ou extinga o direito abstratamente considerado, não se poderá alegar a existência de direito adquirido.

A expectativa de direito, diferentemente da faculdade, exige que o fato ou o ato jurídico esteja em desenvolvimento. Entretanto, o suporte fático normativo da lei ainda não tinha sido preenchido por completo quando nova legislação veio alterá-lo. Como não há direito subjetivo exigível, tampouco incorporado ao patrimônio jurídico do titular, não há que se falar em direito adquirido. Nesse sentido, França afirma que

o conceito de direito adquirido não se estende às expectativas de direito, isto é, às faculdades jurídicas abstratas ou em vias de se concretizarem, cuja perfeição está na dependência de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico. (negrito nosso)⁴⁶⁴

Maria. **A emenda previdenciária e os direitos adquiridos**. São Paulo: Caderno de direito constitucional e ciência política, nº 26, jan/mar 1999, p. 117-118.

⁴⁶¹ Vide voto do Min. Cezar Peluso na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3104. Supremo Tribunal Federal - Inteiro teor do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3104-DF disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>, acesso em 23 jun. 2017.

⁴⁶² FRANÇA, Rubens Limongi. **Direito intertemporal brasileiro**: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 227-230.

⁴⁶³ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 184.

⁴⁶⁴ FRANÇA, Rubens Limongi. **Direito intertemporal brasileiro**: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 226;

No direito adquirido, diferentemente da expectativa de direito, a *fattispecie* é aperfeiçoada por completo, podendo o titular gozar a qualquer momento de seu direito subjetivo, inclusive pela via judicial. Todavia, não o exerce antes da alteração das normas objetivas que regulamentavam seu direito. Neste caso, os efeitos retroativos e retrospectivos do novo diploma legal, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não terão eficácia em relação ao direito adquirido, fazendo com que a norma revogada continue tendo efeitos, mesmo após o término da respectiva vigência, até que haja o esgotamento do próprio direito (ultratividade)⁴⁶⁵.

O direito consumado, por sua vez, se caracteriza pelo preenchimento de todos os requisitos da *fattispecie* e, além disso, pelo exercício do direito subjetivo antes da modificação do regime jurídico por lei posterior. Tais direitos também serão regulados pelas normas vigentes no momento de seu exercício.

Para a presente dissertação, destaca-se a diferença entre o direito adquirido e a expectativa de direito, cuja confusão causa grandes discussões doutrinárias a respeito da aplicação das Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003 em relação aos direitos dos beneficiários que já estavam filiados ao sistema previdenciário. Para tanto, há necessidade de estudar os direitos de aquisição simples e de aquisição complexa.

4.4.4.2. Direitos de aquisição simples e de aquisição complexa

No caso dos *facta pendentia*, que se iniciam antes da entrada em vigor da nova lei revogadora, mas suas implicações se prolongam para além do período de vigência da lei revogada, há necessidade de distinguir o procedimento de aquisição do direito em simples e complexo.

O procedimento simples é mais singelo e não requer a configuração de elementos sucessivos para que a aquisição ou extinção do direito se consumam em um só instante⁴⁶⁶. Por exemplo, o direito à pensão por morte do filho menor de 21 anos ou inválido, se aperfeiçoa instantaneamente com a morte do segurado, não havendo a necessidade de verificação de qualquer outro requisito.

⁴⁶⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 216-217.

⁴⁶⁶ Os direitos a termo e sob condição são considerados de aquisição simples e não complexa, nos termos do art. 6ª da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e art. 131 do Código Civil. Deixa-se de aprofundar na matéria por não ser o objeto da presente dissertação. (Cf. FRANÇA, Rubens Limongi. **Direito intertemporal brasileiro**: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 230-237).

É importante colacionar a Súmula nº 340 do Superior Tribunal de Justiça que define como “a lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte [...] aquela vigente na data do óbito do segurado”⁴⁶⁷. Nesse caso, mesmo que o titular do benefício não faça o requerimento no momento da morte do segurado, lei posterior não poderá alterar a sua situação jurídica, tendo em vista possuir direito adquirido ao benefício previdenciário.

Já o procedimento complexo requer o preenchimento de diversos requisitos autônomos ou dependentes para a formação do direito, ou seja, que as partes se consumam separadamente, podendo, até mesmo, existir uma distância de tempo entre o aperfeiçoamento de uma e outra⁴⁶⁸.

Neste caso, há necessidade de o intérprete e o aplicador do direito verificarem se, no momento em que a lei nova entra em vigor, todas as partes da *fattispecie* já haviam sido preenchidas pelo titular do direito. Caso haja o aperfeiçoamento total de todos os requisitos previstos no suporte fático normativo haverá direito adquirido, caso contrário, se o direito ainda estiver em formação, haverá mera expectativa de direito⁴⁶⁹.

Martins bem elucida o conceito de expectativa de direito no âmbito previdenciário:

Expectativa de direito ocorre quando o beneficiário ainda não reuniu todas as condições para adquirir o direito, que não faz parte do seu patrimônio jurídico, nem pode ser exercitado de imediato. Na expectativa de direito há esperança, a probabilidade de adquirir o direito no curso do tempo. (negrito nosso)⁴⁷⁰

É muito comum, no direito previdenciário, que alguns requisitos sejam preenchidos durante a vigência de uma norma revogada (por exemplo: filiação, carência etc), enquanto outros sejam preenchidos após outra legislação revogadora (por exemplo: tempo de contribuição, idade etc)⁴⁷¹.

Neste caso, a nova legislação aplica-se de forma imediata e prospectiva às situações ainda não constituídas, posto que a expectativa de direito não está abrangida na proteção

⁴⁶⁷ Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula340.pdf>, acesso em 20 ago. 2017.

⁴⁶⁸ Cf. GABBA, Carlos Francesco. **Teoria della reattività delle leggi**. 3ª ed. v. 1. Torino: Torino Uniope Tipográfico Editrice, 1981, p. 228; RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 28.

⁴⁶⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 438.

⁴⁷⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito adquirido e a reforma previdenciária**. São Paulo: Ano 23, nº 222, 1999, p. 454.

⁴⁷¹ Cf. MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Reforma da Previdência dos Servidores. Comentários à EC n. 41/03**. São Paulo: LTR, 2004, p. 163.

do art. 5º, XXXVI da Constituição da República. Desse modo, por exemplo, do momento que a Emenda Constitucional nº 41/2003 entrou em vigor, todos os destinatários do novo ato normativo seriam por ele regulados, salvo aqueles que já preencheram todos os requisitos da *fattispecie* antes dessa data, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.104⁴⁷².

Não se pode olvidar que, para França, o efeito retroativo e retrospectivo da nova legislação, no tocante às expectativas de direito, apesar de aplicável, deve encontrar embasamento no princípio da proporcionalidade⁴⁷³. Diante desse princípio, o Poder Constituinte derivado houve por bem, nas reformas da previdência social realizadas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998, 41/2003 e 47/2005, estabelecer diversas regras de transição para aqueles segurados que já estavam filiados ao regime previdenciário por longo período de tempo.

4.5. Regras de transição

As regras de transição, dispostas nas Emendas Constitucionais nº 20/1998 (art. 8º⁴⁷⁴ e 9º), nº 41/2003 (art. 2º, 6º e 6º-A⁴⁷⁵) e nº 47/2005 (art. 3º), têm por finalidade primordial disciplinar a relação daqueles segurados que já se encontravam há mais tempo no regime previdenciário. Para que se evitasse uma alteração abrupta das regras para aqueles beneficiários que estavam próximos de se aposentar, o Poder Constituinte derivado criou algumas regras mais brandas para a aquisição do direito.

Questiona-se, diante disso, se o estabelecimento de regras de transição é obrigatório pelo poder legiferante, diante do princípio da proporcionalidade, ou se é ato facultativo, materializado em política legislativa.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no voto proclamado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3104-DF⁴⁷⁶, defende a ideia da necessidade de criação de regras de transição razoáveis e proporcionais, rechaçando a dualidade clássica direito

⁴⁷² Inteiro teor do acórdão disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>>, acesso em 23 jun. 2017.

⁴⁷³ O jurista dá o exemplo da redução do prazo prescricional de 30 (trinta) para 15 (quinze) anos, afirmando que, na data de vigência da nova legislação, se faltassem 10 (dez) anos para completar o prazo anteriormente previsto, deve tal prazo, portanto, ser reduzido para 5 (cinco) anos. (Cf. FRANÇA, Rubens Limongi. **Direito intertemporal brasileiro**: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 246).

⁴⁷⁴ Revogado posteriormente pela Emenda Constitucional nº 41/2003.

⁴⁷⁵ Incluído pela Emenda Constitucional nº 70/2012.

⁴⁷⁶ Inteiro teor do acórdão disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>>, acesso em 23 jun. 2017.

adquirido/expectativa de direito. Afirma o constitucionalista que o legislador constituinte não pode, no caso de modificação radical de regime jurídico, fazer *tabula rasa* das situações jurídicas já consolidadas, sob pena de ofensa à segurança jurídica⁴⁷⁷.

Nesse sentido, Rocha defende a possibilidade de modificação do sistema de previdência pelo Poder Constituinte derivado, desde que preservado o núcleo do direito fundamental e estabelecidas regras de transição bem definidas e proporcionais de acordo com o tempo de filiação de cada segurado. Alerta, ainda, com base no princípio da segurança jurídica, que esse Poder, ao estabelecer uma regra de transição, não mais poderia alterá-la ou revogá-la por outra emenda constitucional⁴⁷⁸.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, Silva, em parecer elaborado à Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e à Associação dos Magistrados Brasileiros, advoga no sentido de que as regras de transição previstas nas emendas constitucionais ressalvam direitos para o futuro, transformando as expectativas de direito em direitos subjetivos. Desse modo, é impossível ao Poder Constituinte derivado substituir a regra de transição por outra em evidente prejuízo do beneficiário, uma vez que o “direito subjetivo (...) se transforma em direito adquirido no momento da entrada em vigor de eventual norma nova que modifique as bases sob as quais ele se incorporou no patrimônio do titular”⁴⁷⁹.

Não se vislumbra, contudo, sob o ponto de vista jurídico positivo e da Teoria Geral do Direito, gradações dos níveis das expectativas de direito, considerando quanto tempo o beneficiário esteve filiado ao regime de previdência, tampouco direito adquirido às regras de transição.

A limitação imposta pelo Poder Constituinte originário ao poder legiferante é o respeito ao direito adquirido nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, caso haja mera expectativa de direito não há qualquer obstáculo a ser observado. Desse modo, as regras de transição são meras faculdades, atreladas à política legislativa, que fogem à análise do direito positivo. Exemplo paradigmático foi a exclusão dos servidores ocupantes, exclusivamente, de cargos em comissão, dos servidores temporários e dos empregados públicos do Regime Próprio de Previdência Social, promovida pela Emenda

⁴⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal. In. **Comentários à Constituição do Brasil**. JJ. Gomes Canotilho et. al. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 372.

⁴⁷⁸ ROCHA, Daniel Machado da. Comentário à Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003. In. **Comentários à Constituição do Brasil**. JJ. Gomes Canotilho et. al. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2305.

⁴⁷⁹ SILVA, José Afonso da. **Parecer elaborado à Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e à Associação dos Magistrados Brasileiros**. Disponível em: <http://www.dca.fee.unicamp.br/~leopini/consu/reformadaprevidencia/parecer_JAS.htm>, em 26 jun. 2017.

Constitucional nº 20/1998, sem a observância de qualquer regra de transição e independentemente do tempo de filiação. Dispõe atualmente o art. 40, §13, da Constituição da República que:

Art. 40 [...] §13 - Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o **regime geral de previdência social**. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98).

No tocante à necessidade de respeito das regras de transição por ato normativo posterior, em que pese os judiciosos argumentos dos juristas supra mencionados, entende-se que os direitos subjetivos somente se tornam adquiridos quando preenchidos todos os requisitos para a sua obtenção, conforme explicado no item precedente.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3104-DF, esclarecendo que não há direito adquirido a regime previdenciário, logo, os servidores que não completaram o requisito até a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/2003 – posteriormente alterada pela Emenda Constitucional nº 47/2005 – passaram a ter o seu regime regidos por ela. O Ministro Menezes Direito foi eloquente ao tratar da questão, *in verbis*:

[...] nós estaríamos de fato a reconhecer que o regime de transição é, ele próprio, um direito adquirido. Isso, a meu sentir, seria, no plano de fundo, uma verdadeira contradição, porque o direito adquirido está vinculado diretamente ao preenchimento do suporte fático que autoriza o evento da aposentadoria. Estamos diante de uma transição que [...] está subordinada ao critério da expectativa de direito, e esta expectativa de direito não gera, ela própria, um direito adquirido. (negrito nosso)⁴⁸⁰

É cediço que o art. 8º da Emenda Constitucional nº 20/1998, posteriormente revogada pelo art. 10 da Emenda Constitucional nº 41/2003⁴⁸¹, limitou-se a estabelecer pressupostos fáticos que deveriam ser implementados pelos beneficiários para a aquisição do direito subjetivo. Se, na data de promulgação desta emenda, a *fattispecie* da norma não havia sido aperfeiçoada por completo, o segurado somente teria expectativa de direito, não protegida pelo no art.5º, XXXVI, da Constituição da República, e, portanto, estaria sujeito ao novo regime jurídico previdenciário.

Assim, conclui-se que antes do integral preenchimento de todos os requisitos da norma constitucional ou legal, mesmo os provenientes de regras de transição, há apenas

⁴⁸⁰ Inteiro teor do acórdão disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>>, acesso em 23 jun. 2017.

⁴⁸¹ A Emenda Constitucional nº 41/2003, que revogou expressamente a regra de transição do art. 8º da Emenda Constitucional nº 20/1998, de modo a permitir, principalmente, que o cálculo de aposentadoria pela média dos maiores salários-de-contribuição e que os proventos de aposentadoria e pensão fossem reajustados por índices preestabelecidos, pôs fim aos institutos da integralidade e da paridade.

mera situação fática, sem a existência de qualquer direito subjetivo, não podendo se falar, portanto, em direito adquirido.

CONCLUSÃO

As reformas da previdência social dos servidores públicos que ocorreram durante a vigência da atual Constituição da República do Brasil, principalmente as realizadas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003, geraram diversos debates doutrinários e jurisprudenciais a respeito da constitucionalidade das medidas governamentais adotadas, uma vez que houve evidente redução de direitos sociais.

Diante disso, objetivou-se, com a presente dissertação, estudar, à luz das teorias do Poder Constituinte e do núcleo essencial da Constituição, as principais reformas do Regime Próprio de Previdência Social realizadas nos governos dos presidentes Fernando Henrique Cardoso e Luiz Inácio Lula da Silva.

O ponto de partida da análise realizada foi o aparente conflito entre a necessidade das alterações das normas que disciplinam a previdência social e a limitação material do poder de reforma quanto à proteção dos direitos fundamentais.

Subordinação do poder de reforma constitucional aos limites formais, circunstanciais e materiais estabelecidos pelo Poder Constituinte originário

Após um exame analítico, verificou-se que o Poder Constituinte originário é inicial, incondicionado e ilimitado, porque somente ele é capaz de iniciar a nova ordem jurídica, independentemente de forma pré-concebida ou de observância de qualquer norma jurídica anterior. Assim, este poder, revestido de soberania, institui os demais poderes, órgãos e instituições, bem como estabelece as normas jurídicas cogentes a toda a sociedade e ao próprio Estado.

Desse modo, o poder de reforma é apenas um corpo representativo do povo, criado pelo Poder Constituinte originário, voltado a preservar a Constituição nos momentos em que a transição é necessária. Além de ser derivado da própria Constituição e possuir atribuição específica, este poder é condicionado, pois possui forma pré-estabelecida para sua manifestação, e subordinado, uma vez que deve respeitar os parâmetros e limites estabelecidos pelo Poder Constituinte originário.

Percebeu-se, porém, que nem sempre houve a noção de que a Carta Política do Estado é obra de um poder distinto, separado daqueles que ela mesma estabelece. Isso somente ocorreu com o surgimento das constituições escritas e rígidas. Afinal, somente

assim, existiu a possibilidade de convivência das ideias de estabilidade e possibilidade de alteração da Magna Carta.

A atual Constituição da República do Brasil, ao adotar esse modelo, atribuiu ao Congresso Nacional a competência para alterar as normas constitucionais, que deverá seguir regras mais complexas do que aquelas previstas no processo de elaboração das leis ordinárias, nos termos do art. 60, *caput*, e §§ 2º e 3º, da *Lex Maior* (limites formais).

Além disso, o Poder Constituinte derivado está impossibilitado de modificar a Magna Carta enquanto perdurar momentos de instabilidade política: intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio, conforme previsão expressa do art. 60, § 1º da Carta Política (limites circunstanciais).

O Poder Constituinte originário, ainda, criou balizas para a proteção da própria identidade constitucional, ou seja, tornou elementos nucleares da Constituição da República imodificáveis pelo poder de reforma. Tais limites são denominados de “cláusulas pétreas” e encontram-se no art. 60, §4º, da Lei Maior (limites materiais).

Núcleo essencial da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988

Verificou-se que os limites materiais impostos ao Poder Constituinte derivado reformador são os que causam maiores discussões na doutrina e na jurisprudência e, portanto, foi objeto de estudo mais aprofundado na presente dissertação.

Por meio da dimensão normativa, propôs-se que o intérprete e o aplicador do direito façam uma exegese restritiva do art. 60, §4º, da Constituição da República, de modo a permitir que sejam feitas modificações nas normas que veiculem matérias referentes às cláusulas pétreas, desde que tais alterações não extingam, eliminem ou ponham fim, por via direta ou mesmo oblíqua, ao núcleo duro da Magna Carta.

Estudo mais complexo se deu ao pretender estabelecer qual o alcance desse núcleo imutável e, partindo-se da premissa de que a atual Carta Política do Brasil é fruto do rompimento do antigo governo ditatorial para outro democrático, concluiu-se que somente as normas que tratem da democracia e seus elementos essenciais, gozam da característica de imutabilidade.

Os elementos da democracia se dividem em: Estado de Direito, participação política e proteção dos direitos fundamentais. O Estado de Direito é consubstanciado na ideia de que todas as normas, órgãos e instituições governamentais são concebidos por meio do

consenso popular e que a atuação estatal está submetida às normas jurídicas que edita. A participação política, por sua vez, identifica-se pela figura do povo, de forma ativa e passiva, no processo decisório do Estado. E a proteção dos direitos fundamentais caracteriza-se pela promoção da dignidade humana como finalidade maior do Estado democrático.

Amplitude do termo “direitos individuais” do art. 60, §4º, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988

Uma vez que a presente dissertação visou estudar as reformas da previdência social realizadas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003, tendo em vista a redução de diversos direitos sociais, o elemento referente à proteção dos direitos fundamentais foi objeto de estudo em capítulo separado (Capítulo 2).

Ao se interpretar o termo “direitos individuais” previsto no art. 60, §4º, IV, da *Lex Maior*, definiu-se que abrange todos os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, bem como aqueles decorrentes dos regimes e princípios por ela adotados (art. 5º, §2º, da Constituição da República). Isso porque, todos os direitos fundamentais estão inter-relacionados e devem ser considerados cláusulas pétreas, já que a desobservância de qualquer deles macula os demais.

Apesar dessa exegese mais elástica, a interpretação do art. 60, §4º, IV, da Constituição da República deve ser feita de forma restrita, para compreender, no rol da regra de imutabilidade, somente os direitos fundamentais ligados ao princípio democrático (p. ex. direito à vida, à liberdade, ao trabalho, à previdência social etc.), além daqueles previamente estabelecidos no ordenamento jurídico interno pelo Poder Constituinte originário.

Ficam excluídos do rol das cláusulas pétreas, portanto, os direitos não essenciais à democracia (p. ex. o direito ao sono, à coexistência com a natureza etc.); os direitos humanos, caracterizados como vetores meramente dirigentes e programáticos; bem como os direitos fundamentais provenientes de emendas constitucionais ou de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pela República Federativa do Brasil.

Verificou-se, além disso, que as meras regulamentações dos direitos fundamentais, necessárias à concretização desses direitos, também estão fora da proteção constitucional

estabelecida no art. 60, §4º, IV, da *Lex Maior*, por tratar de matéria ancilar ao direito propriamente dito.

Mínimo existencial como parâmetro para a aferição do limite da atuação do Poder Constituinte derivado reformador

A dignidade da pessoa humana, por sua vez, como elemento da democracia, deve ser o parâmetro para definir o limite de atuação do Poder Constituinte derivado quando houver alteração de normas constitucionais que veiculem matérias referentes a esses direitos fundamentais. Este limite se justifica uma vez que o Poder Constituinte originário, ao inseri-la logo no início do texto da Constituição da República (art. 1º, III), atribuiu-lhe eficácia estruturante e integradora do arcabouço normativo, servindo como parâmetro de aplicação, interpretação e integração do ordenamento jurídico pátrio.

Desse modo, o Congresso Nacional deve voltar sua atuação para a concretização do máximo de direitos fundamentais possível. Todavia, em caso de evidente necessidade de redução desses direitos, o Poder Constituinte derivado poderá fazê-lo, desde que respeitado o mínimo existencial (núcleo duro). Não se pode olvidar que o mínimo existencial demanda mais do que direitos para a mera sobrevivência física, mas sim a possibilidade de pleno desenvolvimento das potencialidades individuais, bem como da garantia de uma liberdade plena.

Entretanto, por ser a dignidade da pessoa humana um conceito aberto e estar em eterna disputa a respeito de seu alcance, é impossível a fixação de um critério objetivo e universal sobre qual o mínimo existencial a ser garantidos para que o indivíduo possa viver de forma digna. Cabe ao intérprete e ao aplicador do direito, portanto, a busca pela delimitação dos direitos mínimos para viabilização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Tal atividade deverá ser feita caso a caso, visando garantir maior eficácia, precisão e segurança jurídica a este princípio, sem olvidar, contudo, da complexidade das relações no Estado democrático contemporâneo. No que tange o Direito Previdenciário, Tavares propõe alguns critérios exemplificativos que restringiriam a atividade do Poder Constituinte derivado, ao responder as seguintes questões:

Qual seria então a configuração mínima de previdência suficiente para garantir a dignidade humana? O que seria previdência como direito fundamental?
A previdência fundamental deve ser baseada nos princípios da universalidade, da uniformidade e da solidariedade na proteção dos segurados mais desvalidos, mediante a participação do Estado; na cobertura dos riscos sociais da morte,

idade avançada, da incapacidade, da maternidade e do desemprego involuntário; e no estabelecimento de patamares mínimo e máximo de pagamento dos benefícios, com a manutenção real do valor das prestações.

Esses parecem ser os requisitos mínimos para configuração da previdência como direito fundamental e os principais alicerces sobre os quais deve ser estruturada. [...]

Assegurada essa configuração mínima, da qual o Estado não pode se furtar, a proteção perde o caráter de fundamentalidade e passa a ser merecedora de proteção na medida das disponibilidades orçamentárias e a partir de uma avaliação de conveniência e oportunidade do povo, mediante manifestação democrática.⁴⁸²

Exegese restrita do princípio da vedação ao retrocesso social

O princípio da vedação ao retrocesso social surge como garantia de concretude dos direitos fundamentais, fazendo com que não possa existir supressão normativa ou mesmo, no caso dos direitos sociais, diminuição das prestações. Funciona, portanto, como barreira ao Poder Constituinte derivado reformador e ao legislador ordinário, evitando que haja redução de direitos fundamentais quando já atingido determinado patamar, com nítido propósito de expansão dos direitos.

Todavia, se se adotar uma interpretação deveras protetiva, tal princípio tem o condão de transformar todos os direitos fundamentais, inclusive os decorrentes de atos infraconstitucionais ou provenientes do Poder Constituinte derivado, em verdadeiras normas supraconstitucionais, com proteção equivalente às próprias cláusulas pétreas.

Com este viés, o princípio da vedação ao retrocesso social funcionaria como instrumento antidemocrático e inviabilizaria quaisquer reformas necessárias no texto constitucional, mesmo nos períodos de instabilidade ou quando necessário corrigir eventuais distorções porventura existentes na Constituição, uma vez que ignora qualquer fator externo ao direito.

A interpretação adotada na presente dissertação foi a de que este princípio deve ser enxergado como vetor da atuação dos poderes do Estado, especialmente do Poder Legislativo, indicando as medidas a serem adotadas para que se atinja o ideal democrático e, conseqüentemente, a concretização do máximo de direitos fundamentais possível, bem como constringendo o Poder Público a justificar as medidas restritivas destes direitos. Todavia, não tem poder para limitar a atuação do Poder Constituinte derivado e, por conseguinte, proibir atos normativos retroativos de todo e qualquer direito fundamental.

⁴⁸² TAVARES, Marcelo Leonardo. Reforma da previdência: caminhos e descaminhos da proteção previdenciária dos servidores. In: SARMENTO, Daniel et al. **A Reforma da Previdência Social: temas polêmicos e aspectos controvertidos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 116-117.

Análise das reformas da previdência social dos servidores públicos promovidas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003

Por meio de uma dimensão empírica, adotando-se como parâmetro as decisões do Supremo Tribunal Federal, analisou-se se as reformas da previdência social dos servidores públicos realizadas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003 foram capazes de violar a democracia e seus elementos constitutivos.

Partiu-se, primeiramente, de uma análise histórica da seguridade social e da previdência do Brasil, de modo a verificar que os servidores públicos sempre tiveram benefícios e privilégios diferentes dos demais trabalhadores.

Constatou-se, ademais, que o Regime Próprio de Previdência Social não se coadunava com os contornos de um sistema previdenciário adequado, afinal, além do *déficit* decorrente da ausência de contribuições pelo servidor público, havia diversos outros fatores normativos e estruturantes que legitimariam a alteração de suas regras: inexistência de idade para ingressar no serviço público, ausência de carência para a aquisição de benefícios; concessão de aposentadorias integrais com reajuste pela paridade; possibilidade de contagem de tempo ficto etc.

Verificou-se, ademais, que essas normas regulamentadoras de direitos fundamentais deveriam, *a priori*, estar disciplinadas nos atos normativos infraconstitucionais, como ocorre, por exemplo, no regime de previdência dos militares. No entanto, a realidade nacional é outra. Uma vez que a atual Constituição da República, por questões de conveniência política, criou, em seu corpo, um sistema de proteção demasiadamente complexo e detalhista para os servidores públicos, a maioria das modificações do Regime Próprio de Previdência Social só poderia ser realizada por meio de emendas constitucionais.

Desse modo, com o fito de tornar o Regime Próprio de Previdência Social hígido em uma perspectiva temporal de longo e médio prazo, as Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003 buscaram corrigir algumas normas que regulamentavam o sistema previdenciário dos servidores públicos, que apresentavam grande dissonância em relação com as do Regime Geral de Previdência Social.

Concluiu-se que estas emendas constitucionais, apesar de reduzirem direitos sociais e privilégios dos servidores públicos historicamente garantidos, de modo global, não violaram o princípio democrático e seus elementos constitutivos, mas somente adequaram

o Regime Próprio de Previdência Social dos servidores públicos à nova realidade social do país.

Outros pontos específicos, entretanto, geraram várias discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do desrespeito ao Estado de Direito e à proteção dos direitos fundamentais.

Os temas que mais suscitaram grandes polêmicas foram: a instituição de contribuição previdenciária aos servidores inativos e pensionistas; o estabelecimento da alíquota mínima de contribuição previdenciária da União à dos demais entes federados; a exclusão dos servidores públicos ocupantes de cargos exclusivamente comissionados, temporários e celetistas do Regime Próprio de Previdência Social; e a violação do direito adquirido dos servidores que já estavam filiados ao sistema previdenciário do servidor público quando da alteração das normas constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal, por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.024-DF, nº 3.104-DF, nº 3.105-DF, nº 3.128-DF e nº 3.138-DF, a despeito de existir diversos posicionamentos doutrinários em sentido contrário, declarou que as Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003 não violavam o núcleo essencial da Constituição da República, salvo quanto à instituição de tratamento não isonômico de tributação para os servidores inativos e pensionistas da União em relação aos demais entes políticos, previsto no art. 4º, parágrafo único, da Emenda Constitucional nº 41/2003.

Eventual violação de direito adquirido

Uma das maiores discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da constitucionalidade das reformas da previdência realizadas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003 decorreu da eventual violação do direito adquirido e, conseqüentemente, do Estado de Direito. Diante disso e da complexidade do estudo referente ao direito intertemporal, dedicou-se a este tema um capítulo próprio (Capítulo 4).

Por meio da análise dogmática do instituto, fundamentada nas teorias objetiva e subjetiva a respeito da aplicação das leis no tempo, bem como nas decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.104-DF, verificou-se que as Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003 não tiveram o condão de subtrair direitos já incorporados ao patrimônio do segurado do Regime Próprio de Previdência Social.

Isso porque é possível ao Poder Constituinte derivado alterar normas abstratas a respeito do regime jurídico previdenciário, desde que respeitados os direitos daqueles servidores públicos que, na data de promulgação das emendas constitucionais, já haviam preenchidos todos os requisitos para aquisição da aposentadoria, conforme estabelecido na Súmula nº 359 do Supremo Tribunal Federal. E estes direitos foram assegurados, inclusive de forma expressa, no texto das Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003.

Os demais segurados do sistema previdenciário, que haviam se filiado ao Regime Próprio de Previdência Social antes das reformas, mas ainda não haviam preenchidos todos os requisitos para a aposentação, somente possuem expectativa de direito e, portanto, estarão sujeitos às novas regras constitucionais estabelecidas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003. Tal postura não afronta o art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, tendo em vista que o direito à aposentadoria pelas regras originárias do texto constitucional ainda não constituía patrimônio do segurado, tendo em vista que não era sequer exigível pela via jurisdicional ou administrativa e, portanto, não constituía verdadeiro direito adquirido.

Porém, para atenuar os efeitos da reforma para os segurados que já se encontravam há mais tempo no regime previdenciário, o Poder Constituinte derivado, por mera deliberação e política legislativa, criou algumas regras de transição no corpo das emendas constitucionais, evitando que houvesse uma modificação abrupta de regras constitucionais aos indivíduos que estavam a mais tempo filiados no Regime Próprio de Previdência Social. Verificou-se, ademais, que as regras de transição não constituem direitos adquiridos e podem ser modificadas caso o servidor ainda não tenha completado todos os requisitos impostos pelas emendas constitucionais.

Por todo o exposto, conclui-se que há necessidade de o intérprete e o aplicador do direito realizar uma interpretação razoável a respeito da extensão da norma do art. 60, §4º, da Constituição da República, de modo a permitir reformas constitucionais que veiculem matérias referentes às cláusulas pétreas, inclusive as referentes ao Regime Próprio de Previdência Social. Com essa postura, garante-se a permanência e a efetividade da Carta Política numa perspectiva temporal e espacial, de acordo com as variáveis existentes no complexo Estado contemporâneo.

A *contrario sensu*, a adoção de uma interpretação demasiadamente ampla dos direitos que compõe a regra da imutabilidade torna as cláusulas pétreas instrumentos antidemocráticos, pois inviabilizaria por completo qualquer alteração de normas constitucionais, já que a maioria delas trata, direta ou indiretamente, de direitos

fundamentais. Isso geraria, por conseguinte, insegurança jurídica e instabilidade constitucional, uma vez que a adaptação da Constituição da República, com vistas à redução de quaisquer direitos fundamentais, somente seria possível por meio de nova manifestação do Poder Constituinte originário, com o rompimento da ordem jurídico-política.

Todavia, a possibilidade de alteração da Carta Política pelo Poder Constituinte derivado não é ilimitada, há necessidade de se observar a segurança jurídica e proteger o núcleo essencial da *Lex Maior*, consubstanciado nas matérias imprescindíveis à configuração de suas linhas-mestras, a saber: a democracia e a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Luís Eduardo. Seguridade Social. In: ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro (org.). **Economia do setor público do Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. In: MARTINS, Ives Gandra Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valter do. (org.). **Tratado de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 583-633.

ALMEIDA, Sandra Cristina Figueiras de. **Histórico de reformas: mudanças realizadas na previdência social**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003.

AMADO, Frederico. **Direito previdenciário sistematizado**. 3ª ed. Salvador: JusPodvm, 2012.

AMARO, Meiriane Nunes. **Terceira reforma da previdência: até quando esperar?** Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. 405 p.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 97, 2002. p. 107-125.

BARCELOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. Preâmbulo da CR: função e normatividade. In: CANOTILHO, Gomes José Joaquim et al (coordenação científica); LEONCY, Léo Ferreira (coordenação executiva). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 105-107.

BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência: ascensão e queda de um regime de erros e privilégios. In: SARMENTO, Daniel et al. **A**

Reforma da previdência social: temas polêmicos e aspectos controvertidos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 49-107.

BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2005. 142 p.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O futuro da democracia:** uma defesa das regras do jogo. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BONAVIDES, Paulo. A Constituinte de 1987-1988 e a restauração do Estado de Direito. In: CANOTILHO, Gomes José Joaquim et al (coordenação científica); LEONCY, Léo Ferreira (coordenação executiva). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 53-59.

_____. A Democracia participativa e os bloqueios das classes dominantes. In: BENEVIDES, Maria Vitória de Mesquita et al. **Direitos humanos, democracia e república:** homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quarter Latin, 2009. p. 825-840.

_____. **Curso de direito constitucional.** 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 836 p.

BRANDÃO, Rodrigo; SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 60 da Constituição Federal. In: CANOTILHO, Gomes José Joaquim et al (coordenação científica); LEONCY, Léo Ferreira (coordenação executiva). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1124-1138.

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

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1501 p.

BURDEAU, Georges. **O Estado**. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 194 p.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime próprio de previdência social dos servidores públicos**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Juruá, 2013.

CANOTILHO, Gomes José Joaquim. **Direito constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. 1367 p.

COELHO, Daniella Mello. *Regime de previdência dos servidores públicos*. In: FORTINI, Cristiana (org.). **Servidor público**: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Forum, 2009.

COELHO, Inocêncio Martires. Fundamentos do Estado de Direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira et. al. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORREIA. Marcus Orione Gonçalves. Comentário à Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. In: CANOTILHO, Gomes José Joaquim et al (coordenação científica); LEONCY, Léo Ferreira (coordenação executiva). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2301-2317.

_____. **Teoria e prática do poder de ação na defesa dos direitos sociais**. São Paulo: LTr, 2002. 136 p.

CORREIA. Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Bacha. **Curso de direito da seguridade social**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010. 1253 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. 875 p.

_____. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto/USP, v.1., n.2., 2014, p. 260-279.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. 2ª ed. Osasco: Edifício, 2015. 280 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. **Curso de direito constitucional**. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 448 p.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 230 p.

_____. **Do processo legislativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 303 p.

_____. **O poder constituinte**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 272 p.

_____. Poder constituinte e direito adquirido. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, ano 3, nº 1. p. 9-24.

_____. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 319 p.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Direito intertemporal brasileiro**: doutrina da irretroatividade das leis e do direito adquirido. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 368 p.

GARCIA, Maria. A emenda previdenciária e os direitos adquiridos. **Caderno de direito constitucional e ciência política**, São Paulo, nº 26, jan/mar 1999. p. 117-118.

GABBA, Carlos Francesco. **Teoria della retroattività delle leggi**. 3ª ed. Torino: Uniope Tipográfico Editrice, 1981.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1. 354 p.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 14ª ed. Niteroi: Impetus, 2009. 922 p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Batista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. 427 p.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito** Tradução José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. 727 p.

LEITÃO, André Studart; DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Nova previdência complementar**. São Paulo: Método, 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 33.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Reforma da previdência dos servidores**: comentários à EC n. 41/03. São Paulo: LTR, 2004. 222 p.

_____. **Reforma da previdência social**: comentários à Emenda Constitucional nº 20/98. São Paulo: LTR, 1999, 246p.

MARTINS, Ives Gandra. Família é aquela que perpetua a sociedade. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 maio 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>>, acesso em 30 ago. 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito adquirido e a reforma previdenciária. **Revista de previdência social**, São Paulo, v. 23, n. 222, p. 453-457, mai. 1999.

_____. **Direito da seguridade social**. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Reforma previdenciária**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MELO, Carlos Ranulfo; ANASTASIA, Fátima. A reforma de previdência em dois tempos. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 2, 2005.

MELO, José Tarcísio de Almeida. **Direito constitucional brasileiro**: normas intangíveis, controles, direito adquirido, garantias e reformas. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 382 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O direito adquirido e o direito administrativo: **Revista Interesse Público**. Porto Alegre, v. 8, n. 38, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e possíveis limitações. In. _____ et. al. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 210-241.

_____. Comentário ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal. In: CANOTILHO, Gomes José Joaquim et al (coordenação científica); LEONCY, Léo Ferreira (coordenação executiva). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 368-374.

_____. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos, 1998. p. 36.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1616 p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v.5.

MODESTO, Paulo. A reforma administrativa e direito adquirido. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/374>>, acesso em 27 set. 2017.

_____. A reforma da previdência e as peculiaridades do regime de previdenciário dos agentes públicos. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, jul. 2003.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. 3^a ed. Tradução Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1985.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 83.

PINTO, Érica Maria Garcia. **Instrumentos de participação democrática direta: o plebiscito e o referendo**. 2013. 134 p. Dissertação (mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 782 p.

PIRES. Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 1016 p.

PORCHAT, Reinaldo. **Da retroactividade das leis civis**. São Paulo: Duprat, 1909.

QUEIROZ, Vivian dos Santos; RAMALHO, Hilton Martins de Brito; A escolha ocupacional dos idosos no mercado de trabalho: evidências para o Brasil. Brasília: **Revista Economia**, v. 10, n. 4, 2009. p. 817-848.

RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. **A inconstitucionalidade das leis: vícios e sanção.** São Paulo: Saraiva, 1994. 255 p.

_____. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2003. 279 p.

_____. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução.** São Paulo: Saraiva, 2010. 502 p.

RAWLS, Jonh. **O liberalismo político.** Tradução Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1993. 431 p.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Manoel. **Do Poder Constituinte.** Salvador: Editora e Distribuidora de Livros Salvador, 1985.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos.** São Paulo: Saraiva, 1999. 615 p.

ROCHA, Daniel Machado da. Comentário ao art. 40 da Constituição Federal. In: CANOTILHO, Gomes José Joaquim et al (coordenação científica); LEONCY, Léo Ferreira (coordenação executiva). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 943-981.

ROUBIER, Paul. **Les conflits de lois dan le temps (théorie dite la non-rétroactivité des lois).** Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios do direito político.** São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 120.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional.** 3ª ed. Revisão e atualização Uadi Lamego Bulos. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995. 135 p.

SANTOS, Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. 411 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. 512 p.

_____. Comentário ao art. 1º, III, da Constituição. In: CANOTILHO, Gomes José Joaquim et al (coordenação científica); LEONCY, Léo Ferreira (coordenação executiva). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 513-515.

_____. **Dimensões da dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti et al (org.) **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 11-53.

SARMENTO. Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e a reforma da previdência. In: _____ et al. **A reforma da previdência social: temas polêmicos e aspectos controvertidos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.1-48.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa (Qu'est-ce que le Tiers-État?)**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 2015. 76 p.

SILVA. José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 1027 p.

_____. **Parecer sobre a PEC-67/2003 elaborado à Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e à Associação dos Magistrados Brasileiros**. São Paulo, CONAMP, AMB. Disponível em: <http://www.dca.fee.unicamp.br/~leopini/consu/reformadaprevidencia/parecer_JAS.htm>, acesso em 26 jun. 2017.

_____. Reforma constitucional e direito adquirido. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, jul/set. 1998. p. 121-131. Disponível em <tp://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47202/45410>, acesso em 02 ago. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. 279 p.

STRECK, Lênio Luiz; DE MORAIS, José Luís Bolzan. Comentário ao art. 1º da Constituição Federal. In: CANOTILHO, Gomes José Joaquim et al (coordenação científica); LEONCY, Léo Ferreira (coordenação executiva). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 108-116

_____. Comentário ao art. 3º da Constituição Federal. In: CANOTILHO, Gomes José Joaquim et al (coordenação científica); LEONCY, Léo Ferreira (coordenação executiva). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 368-374. p. 146-150.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Reforma da previdência: caminhos e descaminhos da proteção previdenciária dos servidores. In: SARMENTO, Daniel et al. **A Reforma da Previdência Social: temas polêmicos e aspectos controvertidos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.109-186.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de; BRAGA, Renê Moraes da Costa. **O conceito de segurança jurídica no Estado Democrático de Direito**. Brasília: Conpedi, 2016, 20 p. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/189tcxgv/8s8jzpmuipkXmeG0.pdf>>, acesso em 12 set. 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. **Lua Nova**: revista de cultura e política, São Paulo, n.42, 1997. p.53-97.

WONG, Laura L. Rodriguez. Carvalho, J. A. O rápido processo de envelhecimento populacional do Brasil: sérios desafios para as políticas públicas. **Revista Brasileira de Estudos de População**, São Paulo, v. 23, n. 1., p 20, jan/jun 2006.

Normas internacionais:

DECLARAÇÃO DE DIREITO DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1793. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>>, acesso em 19 jun. 2017

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>, acesso em 30 out. 2017.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DE 1966, instrumento ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 591 de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>, acesso em 30 out. 2017.

Jurisprudência:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3104-DF – Distrito Federal. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Data de julgamento: 26 set. 2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>>, acesso em 23 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2024-DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Data de julgamento: 3 maio 2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=466214>>, acesso em 3 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3105-DF – Distrito Federal. Relator: Ministra Ellen Gracie. Data de julgamento: 18 ago. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>, acesso em 20 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946-DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Sidney Sanches. Data de julgamento: 3 abr. 2003. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266805>>, acesso em 14 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 135.632-4-RS – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. Data de julgamento: 3 set. 1999. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=274599>>, acesso em 18 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 359. Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários. In:_____. **Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal:** anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 155. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1580>>, acesso em 18 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 72.509 ED-EDv/PR – Paraná. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Data de julgamento: 14 fev. 1973. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=38443>>, acesso em 20 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.138/DF – Distrito Federal. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Data de julgamento: 14 set. 2001. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1730536>>, acesso em 23 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Data de julgamento: 5 maio 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>, acesso em 30 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 493-DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Moreira Alves. Data de julgamento: 25 jun. 1992. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266383>>, acesso em 20 set. 2017.