ESTADO DE DIREITO
DIREITOS HUMANOS (*DIREITOS FUNDAMENTAIS*),
SEGURANÇA JURÍDICA E REFORMA DO ESTADO

FRANCISCO MAURO DIAS*

I — *Introdução*

A *DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão de 26 de agosto de 1789* proclamou solenemente no seu artigo 16:

“Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.”

Aprovada em Resolução da III Sessão Ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, a *DECLARAÇÃO UNIVERSAL dos direitos do homem* insculpiu em seu artigo VIII:

“Todo homem tem direito de receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.”

BOBBIO, ao discorrer sobre a lenta conquista que culminou no universalismo contemporâneo dos direitos do homem, identifica, na história da formação das declarações de direitos, a fase nascente das *teorias filosóficas*, a do momento em que essas teorias são acolhidas pela primeira vez pelo legislador, o que ocorre com as *Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos* e da *Revolução Francesa* e no qual a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto *direitos positivos ou efetivos*, e a do início de uma terceira e última, a da *Declaração Universal*, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva, mas expressando, introdutoriamente, em tom por ele próprio qualificado como *um pouco peremptório*, que o

* Livre-Docente em Direito Administrativo (PUC-Rio), Diretor do Departamento de Direito/PUC-Rio, Professor da Pós-Graduação em Direito/UGF.

*problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los*¹.

O grave problema objeto da preocupação externada por BOBBIO já aflorava, como é bem de ver, na Declaração de 1789, que, ao instituir um sistema de direitos positivos ou efetivos, proclamava desprovida de constituição e, pois, *autocrática*, toda sociedade na qual *a garantia desses direitos não fosse assegurada*; também se fazia presente na Declaração de 1948, que, ao universalizar a positivação, pela constituição ou pela lei, dos direitos de todo homem, garantiu-lhe o *acesso à Justiça*, para a obtenção de *remédio efetivo para os atos que violem seus direitos fundamentais*.

Tanto para a Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, em cujo programa ministro um Seminário de *Governo e Administração Pública*, como para a da UGF, em que venho desenvolvendo, de há alguns anos, um Seminário de Pesquisa sobre *Reformas Constitucionais*, a *era constitucional reformadora* que o País atravessa, ora atingindo verdadeiro clímax, enseja oportunidade ímpar de inspiração ao presente ensaio, cuja motivação imediata é suscitada pela divulgação, na data comemorativa da Proclamação da República, de documento subscrito pelos integrantes do Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça do país, a

“CARTA DO RECIFE

Os Presidentes de Tribunais de Justiça, reunidos no Recife, Capital do Estado de Pernambuco, de 13 a 15 de novembro, dirigem-se, mais uma vez, à Nação, para reiterar sua preocupação com o grave momento político que vive o País, sobre o qual não podem se omitir.

A Constituição Federal de 1988, grande conquista do cidadão, pelos direitos que a ele foram reconhecidos, vem sendo atingida, a pretexto da busca de solução de problemas econômicos, com a supressão de garantias do povo, conquistadas em longos anos de luta, em especial do servidor público, apontado injustificada e indevidamente como o grande responsável pelas dificuldades da atual conjuntura do País. Está ele sendo sacrificado, inclusive no seu direito sagrado a uma aposentadoria condigna.

Há consenso quanto à necessidade das reformas constitucionais em andamento que coloquem a Nação nos trilhos de seu desenvolvimento sócio-econômico em patamar sustentável e sua definitiva inserção no concerto universal.

Mas também há consenso no sentido de que, a pretexto de celeridade ou urgência na edição dos provimentos constitucionais e legais de que necessita o País, matéria de tal magnitude deve receber meditação aprofundada dos integrantes do Parlamento Nacional e não se admitir que o autoritarismo (ou o prestígio individual) seja utilizado para manifestação de constrangimento e de afirmação pessoal, com o malsinado

¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos. [Presente e Futuro dos Direitos do Homem]*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992, p. 25:47.

atropelo de disposições regimentais e constitucionais, pondo em risco a autenticidade do Direito como expressão livre e consciente dos representantes do povo no Congresso.

O Estado de Direito há de ser preservado e o Poder Judiciário, como seu guardião maior, sempre atento às garantias da cidadania, alerta todos os segmentos da sociedade para a necessidade de manifestação e participação no processo de mudanças em curso, para que venham elas efetivamente atender aos anseios da Nação.

Recife, 15 de novembro de 1997²

II — Estado de Direito

A Constituição da República de 1988 proclama como primeiro dos seus *princípios fundamentais* o da limitação do poder pela regra jurídica, ou seja, pela Constituição e pelas leis; consagra, assim, como primeiro, entre os fundamentais, o princípio do Estado de Direito (art. 1º).

A preleção que merece relembração para ilustrar o asserto é de AFONSO ARINOS³:

“... Encarada a matéria de forma objetiva, observamos a evidência de que a institucionalização do poder do Estado, ou dentro do Estado, só se pode processar através do direito. A definição jurídica do poder implica a sua limitação, e é a esta limitação do poder pela regra jurídica que se dá o nome de Estado de direito.

Dois pontos de partida se apresentam para a racionalização do Estado de direito: o primeiro é a certeza da diferença entre Estado e governo, ..., e o segundo é a segurança de que a função governativa é sempre o exercício de uma competência legal.

O Estado tem o seu poder definido e organizado pela Constituição, a qual estabelece, também, os processos mediante os quais os representantes daquele poder (governo) e os seus agentes (administração) exercitam as respectivas funções. Portanto, o Estado de direito encontra sua moldura na Constituição.

O fato de que esta Constituição seja escrita ou costumeira não altera os dados da questão. Em primeiro lugar, já vimos como essa distinção não corresponde à realidade, e como os dois sistemas constitucionais se interpenetram. Em seguida, deve-se observar que, na Constituição inglesa, a limitação do poder pelo direito organizou-se tanto (e às vezes mais do que) nos países de Constituição escrita. A diferença consiste, somente, na diversidade dos métodos. De um lado a sedimentação histórica, do outro a decisão do Poder Constituinte.

As questões que surgem do Estado de direito são outras, e referem-se ao seu alcance, ou à sua eficácia. Afim, os problemas são delicados. Partindo do princípio

2 D.O. — Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro — Parte III — Poder Judiciário — Seção I — Estadual — Terça-Feira, 18 Nov 97, p. 1.

3 MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Direito Constitucional. Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 66-68.

de que a Constituição, ao estabelecer o poder do Estado, o limita ao mesmo tempo, pelo estabelecimento dos seus chamados poderes (ou funções), fica em aberto a questão fundamental de saber-se a quem compete dizer se o poder está funcionando de acordo com a Constituição e com as leis dela decorrentes. Sim, o princípio do Estado de direito é o de que nenhum ato do poder (do governo ou da administração) pode ser praticado em infringência de uma lei anterior, que não impeça o ato e assegure a competência de quem o pratica. Mas quem declara, em última instância, que tal ou qual ato foi praticado em tais ou quais condições? É indispensável que, através do funcionamento do próprio sistema constitucional, esta pergunta possa ser respondida.

Duas respostas podem ser extraídas, e elas decorrem do conjunto das instituições constitucionais dos diversos países que praticam o Estado de direito. Aí é que, atualmente, se apresenta a diferença de prática entre os países de Constituição escrita, e aquele que mais completamente adota o regime da Constituição não escrita.

Nos países de Constituição escrita, principalmente nos Estados Unidos, o Estado de direito é sobretudo um conceito *jurídico*, e isto faz com que seja o Poder Judiciário (ou a função jurisdicional) aquele que guarda a conformidade do ato de poder com a regra de direito. Na Inglaterra o Estado de direito é uma concepção predominantemente legal, e isto faz com que seja o Parlamento (ou a função legislativa) aquele a quem cabe cumprir a missão referida.”

Em decorrência, a conclusão no sentido de que, em conjuntura constitucional reformadora, mas em país sob égide do princípio do Estado de Direito, não se pode olvidar a preocupação peremptoriamente manifestada por BOBBIO com a gravidade do problema de nosso tempo, não mais o da positivação ou efetivação dos direitos humanos, mas o de sua proteção, o que torna apropriada análise crítica, de cunho acadêmico-jurídico, sobre as questões exsurgentes em relação ao trinômio *direitos fundamentais, segurança jurídica e reforma do Estado*.

Sobretudo porque, fundamento do princípio do Estado de Direito, nos termos do mencionado artigo 1º da Constituição, inciso III, *a dignidade da pessoa humana*, a possibilidade, demagogicamente explorável e, não raras vezes, explorada, de se defender palatável a *degradação* da dignidade conquistada de cada um ou de muitos, como contrapartida da ilusória ascensão de u’a maioria, até então marginalizada, às migalhas que sobejariam da aluição do Estado de Direito Democrático proclamado no frontispício da Constituição, se tornaria, a toda evidência, inviável: Às favas, o direito, também fundamental, da *igualdade jurídica*?... Às urtigas, o regime *meritocrático*, que, mais adequadamente que o *democrático*, se instaurou com a primeira *efetivação igualitária* dos direitos do homem, com a abolição dos privilégios e o condicionamento da conquista de posições, cargos e honrarias tão-somente *segundo os talentos e a competência*?...

O magnífico contributo para uma compreensão da *Jurisdição Constitucional Federal Alemã*⁴, de LUÍS AFONSO HECK, na sua tese que teve orientação partilhada

4 HECK, Luís Afonso. *O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL E O DESENVOLVIMENTO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, 336 p.

entre o Prof. Dr., Dr. *honoris causa* KONRAD HESSE, da Universidade de Freiburg i. Br. e Juiz aposentado do Tribunal Constitucional e o Prof. Dr. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, da Universidade Federal de Minas Gerais, complementa o magistério de AFONSO ARINOS e tem adequação ao fecho do tópico:

“O Princípio do Estado de Direito, em vista da latitude e indeterminação, não encerra — na medida em que não está moldado e especificado para uma determinada matéria em frases isoladas da Constituição escrita —, em todos os detalhes, mandamentos ou proibições univocamente determinados, de categoria constitucional, senão é um preceito constitucional que carece de concretização, consoante os dados objetivos. Fundamentalmente, é assunto do legislador considerar o Princípio do Estado de Direito na legiferação e escolher, entre as alternativas possíveis, na concretização normativa de um preceito constitucional. Na concretização, todavia, precisam ficar mantidos, em suma, elementos fundamentais do Estado de Direito e a propriedade do Estado de Direito.[Grifo nosso] Há uma série de determinações constitucionais, que, para o seu âmbito de aplicação, apresentam uma concretização do Princípio do Estado de Direito, cuja validade não está limitada a determinados setores jurídicos.

Do Princípio do Estado de Direito mesmo deixam-se desenvolver preceitos jurídicos, como, v.g., *a proibição de leis retroativas onerosas, o preceito da proporcionalidade, a solução da relação tensa entre certeza jurídica e Justiça no caso concreto e o preceito da mais completa proteção jurídica possível. [Grifos nossos]. Isso se deve ao Tribunal Constitucional Federal⁵.*”

Isso, a concretização e a preservação à *outrance* do Princípio do Estado de Direito, se deverá, espera-se, na quadra que o País atravessa, ao Supremo Tribunal Federal.

III — Direitos Fundamentais

Constituindo a República Federativa do Brasil sob égide do Princípio Fundamental do Estado de Direito (art. 1º), a Lex legum do País dedicou o seu Título II, inovadoramente, à DECLARAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, proclamando, no caput do art. 5º a igualdade jurídica de todos e a inviolabilidade do direito, entre outros, à igualdade e à segurança, nos termos de preceitos jurídicos, corolários daquele Princípio Fundamental e, assim, erigidos em direitos e garantias fundamentais, enunciados nos seus LXXVII incisos e §§ 1º e 2º, e.g.: o da legalidade (II), o do acesso à Justiça (XXXV), o da certeza ou segurança jurídica e proteção à confiança (XXXVI), além de todos os demais, os expressos que não na declaração e os implícitos, mas, todos, decorrentes do Princípio Fundamental maior, quais, por exemplo, o da irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos civis e militares (art. 37, inciso XV), observado o limite máximo de remuneração estabelecido (art. 37, inciso XI), e os sob título Das Limitações ao Poder de Tributar (art. 150).

⁵ Op. cit., p. 175:176.

Para maior proteção do Princípio do Estado de Direito assim institucionalizado, a Constituição Federal de 1988 abroquelou sob *cláusulas pétreas*, tornando-os imunes a alterações mediante processo legislativo de emendas à Constituição, *os direitos e garantias individuais*:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada...

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

IV — os direitos e garantias individuais.”

O alcance da proteção pode ser iluminado por trecho de extrema significação do voto condutor proferido pelo eminente Ministro MOREIRA ALVES, Relator, no julgamento da ADIn nº 815-DF, acompanhado unanimemente pelo Plenário, em sessão de 28.03.96⁶:

“... Portanto, não tendo o Supremo Tribunal Federal, como já se salientou, jurisdição para fiscalizar o Poder Constituinte originário, não pode ele distinguir as exceções que, em seu entender, sejam razoáveis das que lhe pareçam desarrazoadas ou arbitrárias, para declarar estas inconstitucionais. E isso sem considerar que a restrição admitida por BACHOF é incongruente, pois quem é livre para fixar um princípio o é também para impor-lhe exceções.

Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para a sustentação da tese de inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, *porquanto a Constituição as prevê apenas como limites aos Poder Constituinte derivado ao rever ou emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário* [Grifo nosso], *e não como abarcando normas cuja observância se imponha ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Como observa GILMAR FERREIRA MENDES (Jurisdição Constitucional, p. 120, Editora Saraiva, São Paulo, 1996), a admissão dessas cláusulas decorre de concepção que foi desenvolvida por CARL SCHMITT na vigência da Constituição de Weimar e que se coaduna com a aceitação da tese da hierarquia entre normas constitucionais: “as emendas constitucionais haveriam de pressupor uma Constituição e seriam válidas em virtude desta Constituição”* [Grifo nosso] *e, portanto, “nesse sentido, uma mudança da Constituição seria apenas possível se preservasse a identidade e a continuidade do texto constitucional como um todo”*. [Grifo nosso] *Daí acentuar SCHMITT (Teoria de la Constitución, pp. 122/123, Editora Nacional, México D.F., 1966):*

“Las decisiones políticas fundamentales de la Constitución son asuntos propios del Poder constituyente del pueblo alemán y no pertenecen a la competencia de las instancias autorizadas para reformar y revisar las leyes constitucionales. Aquellas reformas dan lugar a um cambio de Constitución; no a una revisión constitucional”; para, mais adiante, tirar esta conclusão:

6 INFORMATIVO STF, Nº 43, 11 SET 1996, p. 4.

“Si por una expresa prescripción legal-constitucional se prohíbe una cierta reforma de la Constitución, esto no es más que confirmar tal diferencia entre revisión y supresión de la Constitución.”

Por isso, não se limitam as cláusulas pétreas a princípios que poderiam decorrer do direito suprapositivo ou supralegal a que estaria sujeito o constituinte originário, direito esse caracterizado por BACHOF (Ob. cit. pág. 80) como direito natural, “não no sentido de princípios regulativos, mas no de normas de conduta imediatamente jurídico-vinculativas” encerrando “aquele mínimo sem o qual uma ordem já não mereceria a qualificação de ordem jurídica”. [Grifo nosso] Assim, por exemplo, a forma federativa de Estado — uma de nossas cláusulas pétreas atuais — nada tem que ver com esse mínimo.

“Mais recentemente, com a vinda a lume, de iniciativa, que é de ser festejada, do Procurador-Geral PAULO AQUINO DE OLIVEIRA LIMA, do 1^a volume da *Revista de Direito da Procuradoria Geral da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*⁷, LUÍS ROBERTO BARROSO, Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, cuja Banca Examinadora de Concurso de Livre Docência tive a honra e o prazer de integrar, eminente colega, Procurador do Estado, e amigo a quem muito prezo, publicou ensaio subordinado ao tema *A Constituição e o Conflito de Normas no Tempo — Direito Constitucional Intertemporal*, em cujo âmbito desenvolveu, em abordagem magistral, o seguinte tópico⁸, merecedor de transcrição em produção acadêmica:

“A Constituição é um documento que aspira à permanência, mas não à peregridade. Por tal razão, todas as Constituições modernas, desde a norte-americana, de 1787, prevêem a possibilidade de sua própria reforma e estabelecem as regras que vão reger a matéria. A reforma da Constituição, como se sabe, é obra do poder constituinte derivado, e, como tal, representa o exercício de um poder que é juridicamente limitado. É o próprio constituinte originário quem regula o processo de criação de novas normas constitucionais, bem como determina o conteúdo que possam ter.

Quando a sucessão da ordem constitucional se dá com observância das regras vigentes, afirma-se que, apesar da alteração normativa, houve continuidade formal do direito constitucional, porque as novas normas se reconduzem, jurídica e politicamente, à ordem precedente. Ao revés, fala-se em descontinuidade formal quando uma nova ordem constitucional implica ruptura, revolucionária ou não, com a ordem constitucional anterior. Já o conceito de descontinuidade material identifica-se com a situação em que, além da ocorrência de uma ruptura formal (ou eventualmente sem ela), se verifica também uma “destruição” do antigo poder constituinte por um novo poder constituinte, “alicerçado num título de legitimidade substancialmente diferente do anterior”.

⁷ *Revista de Direito da Procuradoria Geral/Câmara Municipal do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, Empresa Municipal de Artes Gráficas — Imprensa da Cidade, v.1, n.1, 320 p. (ago. 1997).

⁸ 2. *Emenda Constitucional e Constituição em vigor*. Op. cit., p. 36:40.

No Brasil houve, sem dúvida, descontinuidade formal e material na substituição da Carta Imperial de 1824 pela Constituição de 1891, fruto do golpe que proclamou a República; na edição da Constituição de 1934, que institucionalizou, tardiamente, o movimento revolucionário de 30, que rompera com o regime constitucional da República Velha; quando da outorga da Carta de 1937, que instaurou o Estado Novo sobre as ruínas do regime de 1934. Por outro lado, a elaboração da Constituição de 1946 foi precedida de convocação de assembléia constituinte, dentro dos quadros da legalidade anterior. Aí, talvez, não se possa falar em descontinuidade formal, embora certamente tenha havido descontinuidade material, pela mudança do título de exercício do poder constituinte: transferiu-se do poder ditatorial e unipessoal de Vargas para a soberania popular. Hipótese inversa ocorreu com o golpe de 1964: não houve descontinuidade formal, porque mantida a Constituição de 1946, mas houve mudança do título de exercício do poder, que passou a ser investido no movimento militar vitorioso.

A Carta de 1967 não importou, quer em descontinuidade formal quer em material, por isto que convocada pelo poder que se instalara em 1964, que tutelou o processo onde apenas nominalmente agiu o Congresso Nacional. Soberania popular nem pensar. A Carta de 1969 — formalmente emenda constitucional à Carta de 1967 —, curiosamente, importou em descontinuidade formal, por inobservância do processo de reforma previsto no texto de 1967, sem que tivesse havido, contudo, descontinuidade material, por isto que foi obra do poder militar, que, ainda quando ilegitimamente, já exercia o poder constituinte desde 1964.

Por fim a Constituição de 1988, sem qualquer dúvida, terá importado em descontinuidade material, haja vista que coroou um movimento popular reivindicatório pelo qual a soberania popular retomou para si o poder constituinte que lhe fora usurpado desde 1964. Poder-se-á cogitar da inexistência de descontinuidade formal, pelo fato de a assembléia constituinte que a elaborou haver sido convocada por emenda constitucional à carta então vigente. Em nenhuma hipótese, contudo, será correto o argumento de que o Texto em vigor não terá sido fruto de um poder constituinte originário, porque convocado pelos órgãos do poder constituído anterior. Mais do que em qualquer outro momento da história brasileira, a Constituição de 1988 é produto legítimo do exercício da soberania popular, com as virtudes e vícios que daí advêm, sobretudo quanto às imperfeições do sistema representativo.

Feita a digressão doutrinária, é bem de ver que a generalidade das Constituições dita regras específicas acerca do procedimento a ser seguido para modificação de seu texto em via institucional. No Brasil, a Carta em vigor aponta as pessoas e órgãos que têm legitimidade para propor emenda constitucional, prevendo, ainda, na tradição nacional de rigidez constitucional, as seguintes regras: a) discussão e votação em cada Casa do Congresso, em dois turnos; b) aprovação mediante voto de três quintos dos membros de cada Casa (art. 60, I, II, III e § 2º).

Além dos requisitos formais acima identificados, o poder de emenda sofre limitações que lhe foram impostas pelo constituinte originário. Com efeito, no direito constitucional positivo brasileiro, há condicionantes de caráter circunstancial à reforma da Lei fundamental, lançadas no § 1º do art. 60: “A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.”

Existem, também, as chamadas limitações *materiais ao poder de reforma constitucional*, conhecidas como *cláusulas pétreas*, que vêm previstas no § 4º do art. 60, onde se veda a apreciação 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” [Grifo nosso].

Ora bem: sobreindo uma emenda constitucional, os dispositivos anteriores da Lei Fundamental que sejam com ela incompatíveis ficam revogados. É bem de ver, no entanto, que as emendas constitucionais devem reverência absoluta aos preceitos do texto constitucional acima noticiados. Se violá-los, sujeitam-se ao controle de constitucionalidade e podem ter pronunciada sua invalidade. Há precedentes sobre o tema na prática constitucional brasileira. Recentemente o Supremo Tribunal Federal considerou inválido dispositivo da *Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.94, que excluía do princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, b) o IPMF (imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos de natureza financeira), e vedou sua cobrança no mesmo exercício em que instituído. Relembre-se que as emendas constitucionais deverão sempre respeitar os direitos adquiridos, os atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada, que são direitos individuais igualmente preservados da ação do constituinte reformador.*[Grifo nosso]

Ainda nesta temática, o STF, assim no regime constitucional anterior como no atual, tem entendido cabível mandado de segurança contra o simples processamento de emenda constitucional que viole alguma das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º. *De fato, em mais de um precedente, a Corte reconheceu, em sede de controle incidental, a possibilidade de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade de propostas de emenda à Constituição que veicularem matéria vedada ao poder reformador do Congresso Nacional.*

De todo modo, *sendo a emenda constitucional formal e materialmente válida [Grifo nosso], tem vigência imediata e revoga as normas constitucionais precedentes que sejam com ela incompatíveis. Aqui, ao contrário do que normalmente se passa com o advento de uma nova Constituição, não há descontinuidade de qualquer natureza, seja formal ou material. Tampouco há que se falar em revogação de sistema. A revogação aqui operada é limitada ao dispositivo substituído e às eventuais implicações sistêmicas que disto resulte.*”

O asserto axiomático de que *as emendas constitucionais deverão sempre respeitar os direitos adquiridos*, que são direitos individuais igualmente preservados da ação do constituinte reformador, leva-nos à consideração do preceito da segurança jurídica, também resultante, como todos, do Princípio Fundamental do Estado de Direito.

IV — Segurança Jurídica

O preceito da segurança ou certeza jurídica, gêmeo univitelíneo do da proteção à confiança, deita suas raízes constitucionais, na tradição brasileira, na Carta Imperial de 25 de março de 1824. Com efeito, a Constituição do Império, no seu artigo 179, depois de enunciar o princípio nuclear do Estado de Direito, o da legalidade e de

prover no sentido de que a utilidade pública deveria impor-se, sempre, à liberdade de conformação legislativa, constitucionalizava — o que se não erige em regra, ainda hoje, para expressivo contingente de países democráticos — o aludido preceito:

“Art. 179 — A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

1ª) Nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei.

2ª) Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública.

3ª) A sua disposição não terá efeito retroativo.”

A 1ª Constituição Republicana de 1891 não reproduziu o preceito na Declaração de Direitos, compensando-lhe, contudo, a omissão ao proclamar no artigo que se lhe seguia:

“Art. 78 — A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.”

Mas o acréscimo do § 32 à sua Declaração de Direitos, por Emenda Constitucional de 1926, deixou entrever sua vigência incontroversa:

“§ 32) As disposições constitucionais assecuratórias da irredutibilidade de vencimentos civis ou militar (sic) não eximem da obrigação de pagar os impostos gerais criados em lei.”

A Declaração dos Direitos e das Garantias Individuais da Constituição de 1934, consubstanciada no art. 113, reconstitucionalizou o preceito, no enunciado em que subsistente na em vigor, depois de mantido em 1946 (art. 141), 1967 e 1969 (art. 153).

Como, entretanto, deve ser entendido preceito de tal natureza, desenvolvimento natural do princípio *mater*, na inteireza de sua abrangência?

O *contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*, na interpretação de HECK⁹, serve, uma vez mais, de valioso adjutório:

“Tanto o preceito da certeza jurídica [Grifo nosso] como o preceito da proteção à confiança [Grifo nosso] são partes constitutivas essenciais e, portanto, elementos essenciais do Princípio do Estado de Direito [Grifo nosso]. Ambos têm índole constitucional e, assim, servem de critério normativo.

1. EXAME DA RETROATIVIDADE

A certeza jurídica significa para o cidadão, em primeiro lugar, proteção à confiança, que ele pode dispensar ao direito devidamente estatuído e que lhe possibilita planejar e calcular a longo prazo, ou seja, construir sobre a estabilidade e a calculabilidade do direito. O cidadão deve poder prever as possíveis intervenções estatais a ele opostas e, em conformidade com isso, poder preparar-se; ele deve poder confiar em que a sua atuação, conforme com o direito vigente, fique reconhecida pela ordem jurídica, com todas as conseqüências jurídicas vinculadas a isso. O

9 Op. cit., p. 186:

cidadão, fundamentalmente, deve poder confiar em que o legislador não vincule efeitos mais desfavoráveis a fatos consumados do que era previsível no momento de sua consumação com base na ordem jurídica vigente.

Ao problema dos lides da retroatividade precede a verificação relativa às modalidades da retroatividade.

1.1 Retroatividade em sentido próprio

A retroatividade em sentido próprio (retroativa) de uma lei somente existe se ela intervém, ulteriormente, de forma alterante, em fatos efetuados, pertencentes ao passado.

1.2 Retroatividade em sentido impróprio

A retroatividade em sentido impróprio (retrospectiva) figura quando a lei atua, em verdade, *diretamente só sobre fatos presentes, ainda não consumados, para o futuro, mas, com isso, ao mesmo tempo, desvaloriza ulteriormente a posição jurídica afetada de todo.*

1.3 Limites à admissão da retroatividade

Consoante o já aludido, os limites pertinentes à admissão da retroatividade situam-se de acordo com o seu tipo. É necessário, em decorrência, distingui-los.

1.3.1 Retroatividade retroativa

A proibição básica da retroatividade retroativa de leis onerosas descansa na concepção da proteção à confiança. A Constituição protege essencialmente a confiança no sentido de que as conseqüências jurídicas legais, ligadas a fatos consumados, fiquem reconhecidas. Por isso, leis onerosas, que incluem uma retroatividade retroativa, são, em geral, incompatíveis com o Princípio do Estado de Direito [Grifo nosso].

Uma proibição absoluta a leis com retroatividade é enunciada, pela Lei Fundamental, *apenas para o Direito Penal, no art. 103, alínea 2. Disso não se deve inferir que a retroatividade seja, de resto, constitucionalmente inofensiva. Com a exclusão do direito penal, leis com retroatividade não são pura e simplesmente inadmissíveis. A regra é, então, a não retroatividade e, a exceção, a retroatividade. ...*

O que ocorre, entretanto, no *Estado Democrático de Direito* brasileiro, ao contrário, é que a proibição absoluta da retroatividade retroativa de leis onerosas não é enunciada, na Declaração de Direitos e Garantias Fundamentais, apenas para o Direito Penal (art. 5º, inciso XXXVI), do que decorre serem quaisquer leis, ou emendas constitucionais, com retroatividade retroativa pura e simplesmente inadmissíveis, não comportando exceções, estando proscritas, inclusive, pela proteção imunizadora de cláusula pétrea específica.

V — Reforma do Estado

Foi criado, com o fito de promover-se o que veio a denominar-se *Reforma do Estado*, mas cujo âmbito ficou circunscrito a uma *Reforma da Administração*, como

a entendeu JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, em aula inaugural proferida para os Cursos de Pós-Graduação em Direito da UGF, o Ministério da Administração e da Reforma do Estado-MARE.

Fruto de suas concepções reformadoras, a Proposta de Emenda à Constituição nº 173-A, de 1995, de iniciativa do Poder Executivo, recebeu, na Câmara Baixa, Substitutivo do Relator, Deputado MOREIRA FRANCO, assim ementado:

“Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas, e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.”

Em 12 de fevereiro de 1996, o Ministro da Administração, LUIZ CARLOS BRESSER PEREIRA, e o Deputado WELLINGTON MOREIRA FRANCO proferiram no auditório do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, em Ciclo de Conferências ali promovido, uma palestra sobre a *Reforma Administrativa*. Da fala inicial do eminente Relator desta, o seguinte trecho clarificador dos objetivos a serem primordialmente colimados¹⁰:

“... O outro princípio geral é procurarmos, ATÉ MESMO AO ARREPIO DE UM CERTO RIGOR DO DIREITO CONSTITUCIONAL [Grifo nosso], introduzir na Constituição algumas regras que desmontem todos esses artifícios que foram criados ao longo dos anos. Esses mecanismos sinuosos permitiram a montagem de um aparato de privilégios [Grifo nosso] que faz com que a Administração Pública brasileira tenha, certamente, uma hierarquia salarial das mais injustas: sua amplitude desde o mais alto salário até o mais baixo é algo de envergonhar. Está, portanto, na hora de começarmos a assumir compromissos de desmontar todas essas normas, interpretações, resoluções, leis, regulamentos e o abuso das incorporações salariais no Governo Federal. Como diz o Ministro da Fazenda, Pedro Malan, existem carreiras em que o indivíduo permanece por apenas 24 horas na função e incorpora a gratificação. Isso precisa ser enfrentado, como também o caso das acumulações abusivas [Grifo nosso], das gratificações usadas pelos governantes, substituindo este estado de coisas por uma política remuneratória que, efetivamente, crie a perspectiva de uma carreira. Enfim, um ambiente na Administração Pública brasileira em que haja auto-estima, a fim de que as pessoas possam ter uma visão profissional.

“Tomemos para análise, à luz dos tópicos antecedentemente desenvolvidos e da afirmação supratranscrita, feita sem rebuscos, no sentido de que o propósito é o de emendar a Constituição, até mesmo ao arrepio de um certo rigor do Direito Constitucional, a ocorrência, dada como existente, das *acumulações abusivas*.

A Carta estadonovista de 1937 dispôs no seu art. 159:

“Art. 159 — É vedada a acumulação de cargos públicos remunerados da União, dos Estados e dos Municípios.”

Com a redemocratização do País, a Constituição de 1946, em seu art. 185, reconstitucionalizou o *direito*, em caráter excepcional, a *acumulação remunerada* nos casos *taxativamente previstos* e, mais, estatuiu em Disposição Transitória:

10 A *Reforma Administrativa*. REVISTA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, ano 17, nº 31, jan/mar 1996, p. 38-39.

“Art. 24 — Os funcionários que, conforme a legislação então vigente, acumulavam funções de magistério, técnicas ou científicas e que, pela desacumulação ordenada pela Carta de 10 de novembro de 1937 e Decreto-lei nº 24, de 29 de novembro do mesmo ano, perderam cargo efetivo, são nele considerados em disponibilidade remunerada até que sejam reaproveitados, sem direito aos vencimentos anteriores à data da promulgação deste Ato.

Parágrafo único. Ficam restabelecidas as vantagens da aposentadoria aos que as perderam por força do mencionado Decreto, sem direito igualmente à percepção de vencimentos anteriores à data da promulgação deste Ato.”

As Constituições que se lhe seguiram, inclusive a vigente (art. 37, incisos XVI e XVII), preservaram o instituto, ampliando-lhe, até, a abrangência. Podem acumulações sedimentadas ao amparo de disposições constitucionais ser consideradas abusivas?

O Relator do Substitutivo à PEC Nº 173-A, de 1995, em que pese a opinião expendida na palestra cujo trecho pertinente se reproduziu, parece contradizer-se a respeito no seu relatório. Com efeito, ao justificar a proposta de nova redação para o art. 37, inciso XI, da Constituição, atinente ao *teto remuneratório na administração pública*, assim se pronunciou:

“... É uma proposta que pretende extinguir os privilégios no serviço público.

Registre-se que em muitas das situações de distorção remuneratória, os servidores beneficiados não cometeram qualquer infração legal. Seus ganhos decorrem de situações de acumulação remunerada de cargos ou da soma de pensões, proventos da inatividade e remuneração da atividade de outro cargo de provimento efetivo ou em cargo em comissão declarado em lei de livre provimento e exoneração, para as quais não havia qualquer tipo de vedação.

Esse cenário ensejava ganhos extraordinariamente altos, algumas vezes derivados da incorporação de vantagens de caráter permanente e individual, em burla, por diferentes artifícios, ao art. 37, XIV, como, por exemplo, a concessão de acréscimos pecuniários em cascata.

Por outro lado, a atual redação do art. 37, XI, combinada com a do art. 39, § 1º, ensejou uma elástica interpretação judicial, excluindo do teto remuneratório as vantagens pessoais e as relativas à natureza e ao local de trabalho.

Configurado tal quadro, impõe-se corrigir a redação da regra constitucional de modo a deixar indubitoso o teto remuneratório. Assim, a redação proposta estabelece um teto sem qualquer concessão a quem quer que seja, computando-se para o efeito da limitação toda e qualquer vantagem pessoal ou situação previamente constituída.”

A redação proposta, referida imediatamente acima, para o inciso XI do art. 37 da Constituição foi, seguinte:

“... XI — a remuneração dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, o subsídio dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não [destaque nosso], incluídas as vantagens de qualquer natureza, não poderão exceder o subsídio mensal que for fixado, em

*espécie, por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal*¹¹.”

Ora, se as situações cumulativas existentes na atividade e, sobretudo, já na inatividade resultaram, não da inexistência de qualquer tipo de vedação que se lhes pudesse opor, mas, ao contrário, se constituíram *secundum legem aut constitutionem*, como entender-se, paradoxalmente, sejam *escandalosas*? Como, em consequência, dar-se pela admissibilidade de sua desconstituição ou nulificação, via oblíqua, a do teto remuneratório, mediante emenda constitucional? Como ladear o preceito da certeza jurídica ou o da proteção à confiança, mormente em matéria, como o reconhece o registro transcrito, lastreada em interpretação do Supremo Tribunal Federal, cujo alcance se busca desmerecer com o apodo de *elástica*? Não prevalecerá contra emenda de tal jaez, de inspiração, a toda evidência, estadonovista, a vedação absoluta de retroatividade retroativa onerosa, elevada à categoria de garantia fundamental proclamada constitucional e tradicionalmente?

A previsão constitucional de *limites máximos de remuneração*, de *tetos remuneratórios*, não surgiu com a Constituição de 1988. A Carta de 1969, no seu art. 13, inciso V, já impusera aos servidores estaduais e municipais a aplicação dos *limites máximos de remuneração estabelecidos em lei federal*.

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, de 1975, por exemplo, fiel à disposição constitucional da Federação dispunha no seu art. 88:

“Art. 88 —

§ 2º — *A remuneração dos servidores estaduais respeitará os limites máximos que forem estabelecidos em lei federal.*”

E o Decreto-lei federal nº 1.971, de 30 de novembro de 1982, estabelecendo os limites de previsão constitucional, dispôs:

“Art. 1º. *A nenhum servidor, empregado ou dirigente da Administração Pública Direta e Autárquica da União e das respectivas entidades estatais, bem como do Distrito Federal e dos Territórios, será paga, no País, remuneração mensal superior à fixada, a título de subsídio e representação, para o Presidente da República.*

.....

§ 2º. Nos casos de acumulação admitidos no art. 9º da Constituição, o limite estabelecido neste artigo será observado em relação a cada cargo, emprego ou função.

“Por que a disposição do parágrafo 2º? Simplesmente porque incompatível com o Princípio Fundamental do Estado de Direito e o preceito jurídico, direito fundamental, da *igualdade*, o subordinarem-se a *teto remuneratório único* servidores detentores de um só cargo e os exercentes, em regime de acumulação constitucionalmente permitida, de dois...”

Na vigência da Constituição de 1988, a cujo inciso XI do art. 37 se propõe emenda para nulificar, mediante aplicação de teto remuneratório, situações jurídicas definitiva e legitimamente constituídas de acumulação remunerada, os arts. 37, inciso

11 SANTOS, Luiz Alberto dos. *Reforma Administrativa no Contexto da Democracia*. A PEC nº 173/95, suas implicações e adequação ao Estado brasileiro. Cadernos Debate DIAP, Nº 3, Fevereiro 1997, p. 239.

XI, e 39, § 1º, da Constituição Federal já não tiveram regulamentação aprovada pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, e que se consubstanciou na Lei nº 8.448, de 21 de julho de 1992, deixando remanescer subsistente, como não no poderia deixar de fazer, a regra do § 2º do art. 1º do Decreto-lei nº 1.971, de 1982, segundo a qual os limites constitucionais de remuneração devem aplicar-se, nos casos de acumulação remunerada, em relação a cada cargo?

Subsiste vigente a imunidade dos direitos adquiridos à incidência de emendas constitucionais inconstitucionais?

Permitimo-nos, para resposta cabal da indagação, recorrer a sugestiva passagem de escrito de VINCENZO ZANGARA, Professore ordinario di diritto costituzionale, discorrendo sobre *LIMITI DELLA FUNZIONE LEGISLATIVA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO*¹²:

*“Nelle ipotesi di illegittimità che abbiamo considerato la frode assume il carattere di *fraus constitutioni*, più che di semplice *fraus legi*, poiché l'ordine giuridico vienne ad esserne eluso nei suoi elementi istituzionali. Se il privato non può compiere alcun atto di frode giuridica, e questa rappresenta un limite alla sua attività, a maggior ragione gli organi costituzionali, che devono esprimere la volontà giuridica dello Stato incontrano nella frode il limite assoluto dell'illecito costituzionale che, pur rientrando nello schema dell'antigiuridicità, va specificato e determinato non soltanto come violazione di un obbligo giuridico, come fattispecie cui viene ricollegata una sanzione, ma anche come violazione dell'ordinamento e nella sua formazione istituzionale e nell'efficacia delle sue garanzie, “*salvis verbis legis*”, con mezzi e con risultati non consentiti. Si tratta, quindi, di un illecito che si configura non soltanto in rapporto alle sanzioni predisposte dall'ordinamento nei confronti del realizzarsi di una fattispecie, dal punto di vista formale, ma anche dal punto di vista sostanziale in rapporto alle alterazioni determinate dal funzionamento del dispositivo costituzionale; illecito che si deve distinguere nello schema dell'illegittimità costituzionale poiché costituisce una caratteristica forma di antigiuridicità particolarmente qualificata. Opportunamente, per caratterizzare la *fraus legi*, che nei casi indicati, come abbiamo già rilevato, deve specificarsi come *fraus constitutioni*, sono state richiamate due norme del codice civile: “la causa (del contratto) è illecita quando è contraria a norme imperative...” (art. 1343) e “si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa” (art. 1344) e ne è stata rilevata la natura di principi generali di diritto, che, in riferimento al diritto pubblico, nella speciale materia che trattiamo, acquistano particolare valore, poiché qui la causa, intesa come fine, ha riflessi decisivi della sua natura illecita sull'ordinamento generale dello Stato, nonché sul principio della certezza del diritto e su quello, fondamentale nello Stato moderno, della garanzia delle situazioni costituzionali soggettive. Frode di potere, *fraus imperii*, potrebbe essere qualificato il vizio determinato nell'atto dalla corruzione della *fraus constitutioni*: cioè un uso di potere portato alla qualificazione di un'illegittimità costituzionale aggravata.*

¹² In *SCRITTI GIURIDICI IN MEMORIA DI V.E. ORLANDO*, Padova, CEDAM — Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1957, Volume Secondo, p. 604:605.

La nota particolare, che caratterizza la species della *fraus constitutioni* nello schema dell'antigiuridicità è data dal riscontro della elusione della costituzione sotto l'apparenza della legittimità.

.....”

Em conclusão: É do Princípio Fundamental do Estado de Direito que se extraem os Direitos e Garantias Fundamentais constitucionalmente declarados e, assim, positivados, como decorrentes do seu desenvolvimento: a *segurança* ou a *certeza jurídica* e a *proteção à confiança*. Se a Reforma do Estado se viabilizar mediante emenda que desconsidere a vedação da retroatividade retroativa onerosa insculpida no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição, nascerá, destarte, sob o signo de uma *fraus constitutioni*.