

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

AUDREY SANTAROSA POZZA

LIMITES AO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO: as regras de
transição à luz dos direitos fundamentais

São Leopoldo
2024

AUDREY SANTAROSA POZZA

LIMITES AO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO: as regras de
transição à luz dos direitos fundamentais

Dissertação apresentada como requisito
parcial para a obtenção do título de Mestre
em Direito Público, pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Orientadora: Prof.^a Dra. Clarissa Tassinari.

São Leopoldo

2024

P8931 Pozza, Audrey Santarosa.
Limites ao poder de reforma da constituição : as regras de transição à luz dos direitos fundamentais / Audrey Santarosa Pozza. – 2024.
142 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2024.
“Orientadora: Profa. Dra. Clarissa Tassinari”

1. Direitos fundamentais. 2. Emenda constitucional. 3. Reforma constitucional. 4. Regras de transição. I. Título.

CDU 34

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Bibliotecária: Silvana Dornelles Studzinski – CRB 10/2524)

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS -
UNISINOS UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-
GRADUAÇÃO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO – PPGD NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**LIMITES AO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO: as regras de transição à luz dos direitos fundamentais**”,

elaborada pela mestranda **Audrey Santarosa Pozza**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 24 de setembro de 2024.


Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Clarissa Tassinari _____ *Participação por Webconferência*

Membro externo: Dr. Wagner Silveira Feloniuk _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha _____ *Participação por Webconferência*

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

Agradeço à Deus acima de tudo, à minha família pelo incentivo de sempre, especialmente ao meu esposo pela compreensão e auxílio, e, aos meus filhos por serem a minha grande força propulsora e por me fazerem conhecer o amor incondicional; e, ainda, à minha querida orientadora por acreditar nesse trabalho.

“Ser histórico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se”.

(Gadamer, p. 451)

RESUMO

A pesquisa trabalha o poder de reforma constitucional delimitado à abordagem sobre seus limites, com ênfase nas regras de transição de Emendas Constitucionais no Brasil, à luz da adequada compreensão da teoria dos Direitos Fundamentais, confrontada pelo entendimento da inexistência de direito adquirido à regime jurídico. Analisa para tanto, através do método hermenêutico-fenomenológico, os fundamentos teóricos da relação tempo e direito; as possibilidades de reforma constitucional no Direito Comparado, especialmente na Alemanha, Itália, França, Estados Unidos da América e Brasil; os reflexos do exercício do poder de reforma no Brasil no Constitucionalismo de 1988 com a análise das principais Emendas Constitucionais que trouxeram regras de transição concernentes a direitos previdenciários; culminando no desenvolvimento dos principais aspectos interpretativos da teoria dos direitos fundamentais que conferem guarida à devida proteção às regras de transição das Emendas Constitucionais, em especial, a segurança jurídica, a impossibilidade de retrocesso social e o princípio da proibição da proteção insuficiente.

Palavras-chave: Reforma Constitucional. Regras de Transição. Emenda Constitucional. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The research focuses on the power of constitutional reform, with an emphasis on the transitional rules of Constitutional Amendments in Brazil, in the light of an adequate understanding of the theory of Fundamental Rights, confronted by the understanding that there is no acquired right to a legal regime. To this end, it analyzes, using the hermeneutic-phenomenological method, the theoretical foundations of the relationship between time and law; the possibilities of constitutional reform in Comparative Law, especially in Germany, Italy, France, the United States of America and Brazil; the reflexes of the exercise of the power of reform in Brazil in the Constitutionalism of 1988 with the analysis of the main Constitutional Amendments that brought transition rules concerning social security rights; culminating in the development of the main interpretative aspects of the theory of fundamental rights that give due protection to the transitional rules of the Constitutional Amendments, in particular, legal certainty, the impossibility of social retrogression and the principle of the prohibition of insufficient protection.

Keywords: Constitutional Reform. Transitional Rules. Constitutional Amendment. Fundamental Rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS ACERCA DA RELAÇÃO TEMPO E DIREITO.....	16
2.1 O Direito Intertemporal.....	16
2.1.1 Fase Científica	17
2.2 Direito Adquirido	26
2.3 Direito expectado	27
2.4 Necessidade de atualização constitucional frente à relação tempo e direito ...	30
2.4.1 Constituições com limites materiais expressos ao poder de revisão.....	31
2.4.2 Limites implícitos ao poder de revisão constitucional.....	32
3 AS POSSIBILIDADES DE REFORMA CONSTITUCIONAL NO DIREITO COMPARADO.....	39
3.1 Reforma da Constituição na Alemanha	41
3.2 Reforma da Constituição na Itália.....	47
3.3 Reforma da Constituição na França	51
3.4 Reforma da Constituição nos Estados Unidos da América.....	56
3.5 Reforma da Constituição no Brasil	59
4 REFLEXOS DO EXERCÍCIO DO PODER DE REFORMA NO BRASIL NO CONSTITUCIONALISMO DE 1988.....	63
4.1 Da Emenda Constitucional 19 de 04 de junho de 1998	65
4.2 Da Emenda Constitucional 20 de 15 dezembro de 1998.....	69
4.3 Emenda Constitucional nº 41 de 19 de dezembro de 2003	76
4.4 Da Emenda Constitucional 47 de 05 de julho de 2005	80
4.5 Da Emenda Constitucional 103 de 12 de novembro de 2019.....	81
4.6 Superposição de regras de transição	91
5 AS REGRAS DE TRANSIÇÃO DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL: REFLEXÕES À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	102
5.1 O debate procedimentalismo <i>versus</i> substancialismo aplicado ao poder de reforma	102
5.2 Analisando o Tema 24 do Supremo Tribunal Federal e a propalada inexistência de direito adquirido à regime jurídico	109
5.2.1 Da segurança jurídica	114
5.2.2 Proibição de retrocesso.....	120
5.2.3 Princípio da proibição da proteção insuficiente	122
5.2.4 Direito Social à Previdência Social como Direito Fundamental.....	125

5.3 “Normas Constitucionais Inconstitucionais”?	126
CONCLUSÃO	132
REFERÊNCIAS	137

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação estudará o poder de reforma constitucional com ênfase no caso brasileiro, delimitado à abordagem sobre seus limites à luz da adequada compreensão dos princípios da segurança jurídica, da proibição da proteção insuficiente e da vedação ao retrocesso social, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais e seus impactos sobre as regras de transição.

O método de pesquisa inicialmente abordado é o dedutivo, partindo de uma base teórica, combinado com o método dogmático na análise e interpretação das normas jurídicas atinentes ao tema proposto, e ainda, o hermenêutico-fenomenológico, aplicado ao contexto jurídico a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, desenvolvida por Lenio Luiz Streck. A escolha desse último método de abordagem justifica-se pela busca por uma adequada interpretação – à luz da Constituição – para o tratamento dado aos limites do poder de reforma constitucional, especialmente no que diz respeito à superposição de regras de transição.

É claro que esses limites se alteram a partir do sistema de reforma adotado por cada país em suas Constituições, ou seja, as flexíveis que admitem alteração por lei ordinária; as rígidas que estabelecem a forma constitucional das mudanças e, ainda as absolutamente rígidas ou imutáveis que também incorporam a forma constitucional, mas não permitem no todo ou em parte qualquer modificação.¹

Por outro lado, também há perspectivas teóricas que tratam as mudanças constitucionais não apenas sob a perspectiva formal, mas também por processos hermenêuticos, de atualização de sentido, como é o caso, por exemplo, da mutação constitucional ou rupturas paradigmáticas.

Quanto a esses últimos pontos, cabe citar a diferença apontada por Lenio Streck quanto à alteração formal da Constituição pelos processos de emendamento, “ou seja, a alteração formal modifica o texto da norma constitucional -, ao passo que

¹ REGLA, Josep Aguiló. **La Constitución del Estado Constitucional**. nº 2. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2004. p. 129.

a mutação não faz nenhuma alteração no texto da Constituição, atingindo a norma concretizada”².

O perigo dessa mutação é tomar, em alguns casos, como mutação constitucional o que na verdade é um rompimento constitucional disfarçado, pois se pretenderia mudar não o sentido da interpretação do texto, mas a própria dicção do texto sem contudo alterar esse texto formalmente pelo processo legislativo constitucional, por isso, refere ser um problema democrático³, o qual merece ser veemente combatido, uma vez que, como o próprio autor refere: “Se admitirmos fissuras na ordem constitucional, passaremos a admiti-las no próprio Estado Democrático de Direito”.⁴

A Constituição brasileira de 1988 é considerada rígida, porque contém em seu texto requisitos formais e restrições materiais ao poder de reforma⁵. Apesar disso, em agosto de 2024 o país já conta com 133 (cento e trinta e três) Emendas Constitucionais, o que em certa medida coloca sob questionamento a rigidez constitucional⁶. É nesse contexto, portanto, que se insere o problema sobre os limites

² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso - constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. local. 1559. *E-book*.

³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso - constituição, hermenêutica e teorias discursivas.*, cit., local. 1571.

⁴ *Ibid.*

⁵ “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 Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 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.

§ 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.

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

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 jan. 2023.

⁶ Como refere Vera Karam de Chueiri e Gustavo Dalpupo de Lara em artigo sobre o Constitucionalismo Abusivo sugerindo um ramo reconstrutivo contra o Emendamento que se traduz no Constitucionalismo Abusivo que apesar de parecer inviável no Brasil por inúmeras razões que fugiriam do escopo do presente trabalho, o fato é que é válida a demonstração do problema e a observação que fazem no sentido da necessidade de “reduzir a carga de influência isolada, porém

ao poder de reforma no Brasil, especificamente considerando que a numerosa quantidade de emendas constitucionais, muitas delas sobre um mesmo tema, acaba ferindo direitos fundamentais mesmo em sendo eles cláusulas pétreas, criando ainda problemas como a revogação de regra de transição de Emenda Constitucional anterior por dispositivo de Emenda Constitucional posterior, a exemplo do que aconteceu com a aprovação da Emenda Constitucional nº 103/2019 (chamada “Reforma da Previdência”) que revogou expressamente as regras de transição da Emenda Constitucional nº 20/1998, da Emenda Constitucional nº 41/2003 e da Emenda Constitucional nº 47/2005.

Diante disso é que se formulou o seguinte problema de pesquisa: Em que medida há inconstitucionalidade nas reformas constitucionais quando ocorre superposição ou revogação de regra de transição de Emenda Constitucional por alteração posterior da Constituição?

A hipótese é de que, por mais rígido que seja o procedimento para alterar o texto da Constituição, a fraca resistência constitucional ao poder de reforma no Brasil⁷, mobilizado até o presente momento por cento e trinta e três vezes pelos agentes políticos desde 1988, exige uma interpretação mais adequada dos limites à reforma constitucional, especialmente no que tange aos direitos fundamentais e da necessidade das regras de transição estabilizadas à luz dos princípios da segurança jurídica (e de seus desdobramentos) e da impossibilidade de retrocesso social, sob pena de que o mero cumprimento do procedimento para emendar o texto constitucional esvazie seus pressupostos materiais.

O objetivo geral da pesquisa consiste em problematizar os limites do poder de emenda à Constituição de 1988 em face da proteção dos direitos e garantias individuais e igualmente das regras de transição, em especial no que diz respeito à necessidade de promoção e manutenção da segurança jurídica, da proibição da proteção insuficiente e da impossibilidade de produzir retrocesso social.

determinante, de facções políticas que se apropriam dos mecanismos estatais que permitem produzir instituições formais relevantes, garantindo-lhes a instalação relativamente pacífica de uma agenda política autocrática.” (CHUEIRI, Vera Karam. DE LARA, Gustavo Dalpupo. Ramo Reconstrutivo, Miniconstituições E Bypasses Institucionais: Estratégias contra o Constitucionalismo Abusivo. **Revista Estudos Institucionais**, v. 9, n. 1, p. 255. jan/abr. 2023.)

⁷ A expressão “fraca resistência constitucional ao poder de reforma” deve ser compreendida aqui como a facilidade com que são aprovadas emendas constitucionais, ainda que a Constituição seja considerada rígida. Essa conclusão torna-se possível partir da numerosa quantidade de emendas constitucionais que foram promulgadas desde 1988.

A partir do problema proposto, esses são os objetivos específicos do trabalho, correspondentes a cada um dos capítulos: a) apresentar os fundamentos teóricos acerca da relação tempo e direito; b) pesquisar sobre como o poder de reforma à Constituição é tratado no Direito Comparado, em especial nos países: Alemanha, Itália, França, Estados Unidos da América e Brasil; c) analisar os reflexos do exercício do poder de reforma constitucional no Brasil no Constitucionalismo de 1988, com ênfase no objeto das principais emendas constitucionais que trazem regras de transição e nos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal sobre elas, bem como na ocorrência de revogação ou superposição das mesmas; e, d) refletir sobre as regras de transição de Emendas Constitucionais no Brasil à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais.

No primeiro capítulo se trabalhará as questões de Direito Intertemporal, uma vez são determinantes ao se abordar a temática das regras de transição, a fim de diferenciar esse sistema jurídico do que se entende por regime jurídico simples, sobre o qual paira o entendimento atual acerca de inexistência de direito adquirido à regime jurídico.

Já no segundo capítulo, a análise do Direito Comparado tem a finalidade de levantamento de normas constitucionais que estabelecem limites ao Poder de Reforma Constitucional em países que têm influência no sistema jurídico brasileiro, bem como a verificação de existência ou não de regras de transição nesses Estados, a fim de possibilitar o fornecimento de possíveis comparações acerca da motivação ou necessidade brasileira de elaboração das regras de transição constitucionais e o porquê de sua revogação.

O terceiro capítulo, por sua vez, denominado “Reflexos do Exercício do Poder de Reforma no Brasil no Constitucionalismo de 1988” traz a análise das Emendas Constitucionais que trazem em seu bojo regras de transição sem data limite de vigência e que tratam de direitos fundamentais-sociais, suscitando, com seu desenvolvimento, o problema de pesquisa ora trabalhado, bem como inúmeras discussões acerca de sua constitucionalidade junto ao STF, quais sejam: EC 19/1998; EC 20/1998; EC 41/2003; EC 47/2005; e, EC 103/2019.

O quarto e último capítulo, “As regras de transição de Emendas Constitucionais no Brasil: reflexões à luz da teoria dos Direitos Fundamentais”, desenvolve o arcabouço dos direitos fundamentais e não somente desses, mas de

teorias conexas que visam a auxiliar na construção da integridade do Direito e da manutenção da tradição jurídica constitucional, a fim de demonstrar, não apenas os malefícios de um entendimento radical acerca da inexistência de direito adquirido a regime jurídico como vêm fazendo o Supremo Tribunal Federal, mas também que o problema da pesquisa não se enquadra no referido entendimento, uma vez que se trata de normas do Direito Transitório como já desenvolvido no primeiro capítulo.

Apesar disso, foi necessário dialogar com esse entendimento já firmado no Tema 24 do Supremo Tribunal Federal (inexistência de direito adquirido a regime jurídico) por representar o principal entrave jurídico no acesso ao Poder Judiciário para resolução de demandas constitucionais acerca do problema das regras de transição das Emendas Constitucionais, demonstrando que a segurança jurídica, a proibição do retrocesso social, a proibição da proteção insuficiente e a proteção dos direitos fundamentais de forma substancial se sobrepõem ao referido obstáculo.

Assim sendo, se se permitir que esses direitos e garantias sejam violados, sob os mais diversos argumentos, sejam econômicos ou políticos, enfraquece-se o ideário do Estado Democrático de Direito, ferindo seus próprios fundamentos. A inefetividade dos direitos fundamentais produz a descrença social no próprio Estado pelo grau de insegurança jurídica, além de gerar ainda mais desigualdade social.

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS ACERCA DA RELAÇÃO TEMPO E DIREITO

As discussões sobre tempo e direito, apesar de ainda incipientes no contexto brasileiro, são há muito conhecidas no âmbito transnacional e refletem os inúmeros problemas advindos tanto das substituições de Constituições pelos países, das revogações de legislações infraconstitucionais, e, principalmente no contexto do presente trabalho, das reformas constitucionais.

Esses problemas vão desde os limites do poder de reforma e todas as proteções a ele concernentes até a eficácia da lei no tempo, por isso, imprescindível essa base teórica para a melhor compreensão dos fenômenos adiante desenvolvidos.

2.1 O Direito Intertemporal

O direito intertemporal “procura estudar (e criar) um direito intermédio, um direito do entre-tempos, que servirá para atenuar o rigor do tempo jurídico que normalmente corta a realidade sem preocupar-se com o curso das situações da vida”⁸ ou ainda nos dizeres de José Eduardo Martins Cardozo que o define como um “conjunto formado pelas normas jurídicas e disposições doutrinárias, que tem por objetivo dimensionar e solucionar os problemas da intertemporalidade jurídica, em todas as perspectivas temporais em que esta se faz projetar”⁹.

O início do Direito Intertemporal remonta à origem das discussões acerca do direito adquirido, sendo que dentre seu desenvolvimento, será abordado o principal contributo de sua fase científica que é pertinente à discussão ora trabalhada.

⁸ DELGADO, Mário Luiz. **Novo Direito Intertemporal brasileiro: da retroatividade das leis civis: problemas de direito intertemporal no Código Civil – doutrina e jurisprudência**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 42.

⁹ CARDOZO, José Eduardo Martins. **Da retroatividade da lei**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 36.

2.1.1 Fase Científica

A fase científica parece iniciar-se com a Exegese e a Escola Histórica, apresentando características marcantes como a consolidação da Doutrina do Direito Adquirido, de modo a caracterizar-se como a Doutrina Clássica, em matéria de Direito Intertemporal; depois tentam substituir seus critérios por outros, talvez mais completos; e, finalmente verifica-se à Volta à Doutrina Clássica.¹⁰

2.1.1.1 Teoria Subjetivista

A Doutrina Clássica alicerçada na noção de Direito Adquirido é também chamada de Teoria Subjetivista¹¹, possuindo defensores tais como: Merlin, Bondeau, Maihler de Chassat, Aubry e Rau, Demolombe, Lassale, Pacifici-Mazzoni, Gabba¹².

José Eduardo Martins Cardozo resume:

De forma sintética, poderíamos dizer que os defensores desta corrente têm, como alicerce de todas suas reflexões, a idéia de que as novas leis não devem retroagir sobre aqueles direitos subjetivos que sejam considerados juridicamente como adquiridos por seu titular. Ou em outras palavras: ao ver destes, a questão da irretroatividade das leis tem assento na premissa fundamental que afirma a impossibilidade de uma lei vir a desrespeitar “direitos adquiridos” sob o domínio de sua antecedente”.¹³

Friedrich Carl Von Savigny, por sua vez, apresentou duas fórmulas básicas necessárias para a resolução das questões de direito intertemporal: “As novas leis não têm efeito retroativo”¹⁴; e, “As novas leis não devem atentar de modo algum contra os direitos adquiridos”¹⁵.

¹⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. A irretroatividade das leis e o direito adquirido, cit., p. 38/39.

¹¹ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 57.

¹² CARDOZO, José Eduardo Martins. Da retroatividade da lei, cit., p. 114-143.

¹³ *Ibid.*, p. 113.

¹⁴ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema do direito romano atual**. Vol. VIII. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004, p. 302.

¹⁵ *Ibid.*, p. 304.

Sobre o efeito retroativo defende que o mesmo deve ser entendido em seu sentido moral, ou seja, “uma lei retroativa atrairia para seu domínio as consequências dos fatos jurídicos anteriores e influenciaria sobre essas consequências”¹⁶.

Para o autor, as duas fórmulas citadas contêm um mesmo princípio considerado sob aspectos diferentes, um relativo ao legislador e o outro ao juiz:

Para o legislador, esse princípio significa que ele não deve dar às novas leis efeito retroativo nem atentar contra os direitos adquiridos. Já para o juiz, indica que toda lei nova, mesmo que não se exprima claramente, deve ser interpretada e aplicada de maneira a não lhe atribuir efeito retroativo e a respeitar os direitos adquiridos.¹⁷

Também adverte para a não confusão entre o direito adquirido e a simples expectativa que pode ser destruída por uma lei nova.¹⁸ Além disso, pugna pela diferença entre as simples expectativas com os direitos que não podem ainda ser exercidos, ou seja, os submetidos à condição ou termo, alegando: “Esses são realmente direitos, porquanto a própria condição cumprida tem um efeito retroativo.”¹⁹ Desde 1884, Carlo Francesco Gabba, então jurista e professor da Universidade de Pisa, na Itália, já publicava a segunda edição da sua obra “Teoria Della Retroattività Delle Leggi”²⁰ tentando ser útil aos estudiosos das ciências jurídicas em especial no que tange aos efeitos de uma lei nova a situações fáticas e jurídicas iniciadas antes de sua vigência.

Gabba já referia que não estava a tratar de leis que visavam subverter nenhuma instituição existente para beneficiar a sociedade, mas apenas corrigir e melhorar o regime da sociedade, uma vez que a própria lei já determinava que na aplicação da lei a relações jurídicas previamente estabelecidas, fossem respeitados todos os direitos adquiridos por uma ou outra parte; e, haveria uma ofensa à justiça se a jurisprudência entendesse que para as relações jurídicas previamente estabelecidas, mas que por sua natureza não pudessem ser considerados verdadeiros direitos adquiridos, porque seus efeitos tenham sido estendidos no tempo, não houvesse proteção.²¹

¹⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. Sistema do direito romano atual. Vol. VIII., cit., p. 302-303.

¹⁷ *Ibid.*, p. 306-307.

¹⁸ *Ibid.*, p. 306.

¹⁹ *Ibid.*, p. 306.

²⁰ GABBA, Carlo Francesco Gabba. **Teoria Della Retroattività Delle Leggi**. 2ª ed. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1884.

²¹ *Ibid.*, p. 10-11.

É claro que o referido autor expressa o caráter de excepcionalidade dessa forma de aplicação da lei, sendo limitada a alguns casos, podendo-se formular em termos gerais os limites da aplicação prática das novas leis, que apenas têm por objetivo modificar não substancialmente as instituições jurídicas reconhecidas e existentes, incluindo não só as transações futuras, mas também todas aqueles efeitos futuros de transações previamente estabelecidas, que não podem ser considerados direitos adquiridos de nenhum dos indivíduos²².

Aqui há que se esclarecer a existência de diversas formas de aplicação da lei no tempo, tanto é que o próprio Gabba já esclarecia que as inúmeras considerações acerca dos direitos adquiridos, se uma relação jurídica é ou não posterior à lei nova, ocuparam e ocupam os juristas até hoje com títulos não menos variados do que a forma como foram conduzidos.²³ Referiu que alguns juristas à época já chamaram-na de questões de direito transicional, outros de teoria da retroatividade das leis, a qual o autor se filia, e, teoria dos direitos adquiridos.²⁴

Nesse ponto verifica-se a importância da definição do direito adquirido para servir como limite à retroatividade da lei, e, justamente essa era a preocupação de Gabba ao propor seu próprio conceito:

É adquirido todo direito que, a) seja consequência de um fato idôneo capaz de produzi-lo em virtude da lei do momento em que o fato foi praticado, ainda que a oportunidade de exercê-lo não tenha surgido antes da implementação de uma nova lei em torno do mesmo, e que b) nos termos da lei sob cujo império se entabulou o fato do qual se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.²⁵

A análise do direito adquirido que a partir daí Gabba irá elaborar passa pelo percurso de primeiro considerar separadamente o conceito de direito e o conceito de fato aquisitivo, para depois, retomar a consideração de direito adquirido em sua totalidade, e, em seguida prosseguir o estudo acerca do que ele preferiu denominar de teoria da retroatividade da lei.²⁶

No que toca à distinção entre direito objetivo ou norma jurídica e direito subjetivo ou concreto, a qual o autor considera imprescindível para a teoria da

²² GABBA, Carlo Francesco. **Teoria Della Retroattività Delle Leggi.**, cit., p. 10-11.

²³ *Ibid.*, 10-11.

²⁴ *Ibid.*, p. 10-11.

²⁵ *Ibid.*, p. 191 (tradução nossa).

²⁶ *Ibid.*, p. 193.

retroatividade da lei, eis que essa é quase inteiramente deduzida, segundo ele, do estudo das características do direito concreto e subjetivo, e dos fatos de aquisição de direito²⁷, refere que a “mera possibilidade de direito concreto, que se confunde com a existência de um direito, abstraindo-se de sua aplicação, muitos filósofos alemães chamam de direito objetivo ou norma jurídica, enquanto chamam de direito concreto subjetivo, ou seja, aquele que provém da ocorrência do fato pressuposto pela lei”²⁸.

Ressalta ainda como de fundamental importância para o direito transitório pessoal e real a distinção de os direitos concretos e questionáveis como aqueles que dentro do permitido pela lei às pessoas e no concernente às coisas, visam um efeito específico, explícita ou implicitamente contemplado pelas leis, e surgem nos indivíduos ou em virtude da ação humana, ou em razão direta da lei²⁹.

Ao final dessa caracterização dos direitos adquiridos, o referido autor ainda trabalha a questão dos fatos de aquisição, ou seja, seriam aqueles requisitos trazidos pela lei, no sentido que faltando apenas um desses requisitos, mesmo que apenas parcialmente, o fato aquisitivo não teria produzido o seu efeito, sendo, no máximo, um fato consumado³⁰.

Distingue ainda os fatos aquisitivos simples que são “aqueles que se completam num único instante, ou seja, não apresentam partes sucessivas, necessariamente separadas por intervalos de tempo”³¹; dos fatos aquisitivos complexos, que seriam “aqueles compostos por partes que são concluídas separadamente e distantes umas das outras”.³²

Em se tratando dos fatos complexos, Gabba indaga a hipótese de apenas parte de um fato aquisitivo complexo ser realizada e, portanto, não tendo sido ainda adquirido o direito a este pertinente, seria possível falar-se em direito cuja aquisição está para se aperfeiçoar ou, em outras palavras, um direito à aquisição de um direito?³³ Em termos gerais entende que não se pode responder nem afirmativamente nem negativamente a esta questão, porque “há certamente casos nos quais o direito

²⁷ GABBA, Carlo Francesco Gabba. Teoria Della Retroattività Delle Leggi, cit., p. 194.

²⁸ *Ibid.*, p. 194.

²⁹ *Ibid.*, p. 210.

³⁰ *Ibid.*, p. 225.

³¹ *Ibid.*, p. 226/227 (tradução nossa).

³² *Ibid.*, p. 227 (tradução nossa).

³³ *Ibid.*, p. 227.

em decurso se verifica, outros em que não se verifica, dependendo de apresentar ou não um carácter especial adequado a essa efeito”³⁴:

Esse carácter pode ser, em nossa opinião, qualquer um dos seguintes: a) que o fato que ainda não ocorreu seja de natureza inevitável; b) que já não compete à pessoa sobre quem se afirma o direito impedir o facto que falta para completar a transmissão, se, no entanto, esse facto for uma condição real e indiscutível; c) que a aquisição que deve dar lugar à concretização do facto inacabado tem a sua raiz numa pilotagem anterior, da qual é apenas um desenvolvimento ou uma transformação. Fora estas hipóteses, entendemos que os factos de aquisição, ainda não concretizados, produzem mera expectativa, não comportando direito adquirido ao seu cumprimento.³⁵

Nesse ponto, o autor deixa uma brecha para que também recebam a proteção do direito adquirido, atos complexos, cujas partes não sejam todas concluídas, apesar de denominar de “meras expectativas” todos os outros fatos de aquisição complexos não cobertos pelo seu esquema de exceções.

2.1.1.2 Teoria Objetivista

Sem fazer alusão a critérios subjetivos, os defensores da teoria objetivista, opositores da Doutrina Clássica, têm defendido as diversas formas de aplicação da lei no tempo.

Chironi, jurista italiano, formulou a teoria dos *fatti compiuti*³⁶, ou seja, dos fatos realizados, segundo a qual esses *fatti compiuti* não poderiam ser modificados por uma lei nova.

Entende a não retroatividade da lei como regra geral, mas admite a exceção da vontade contrária expressa do legislador:

Para ora, a maior prova da sua exatidão e do facto de não haver, como se disse, outra exceção ao princípio da não retroatividade que não seja a intenção contrária expressa pelo legislador, constatamos que, em vários casos, a lei nova se aplica imediatamente às relações existentes, sem, por

³⁴ GABBA, Carlo Francesco Gabba. Teoria Della Retroattività Delle Leggi, cit., p. 228 (tradução nossa).

³⁵ *Ibid.*, p. 228 (tradução nossa).

³⁶ Chironi descreve o *atto compiuto* dessa forma: “l’atto si dirà compiuto giuridicamente quando appena posto in essere, sencondo lê norme sancite nella legge dal tempo, emana azione per sostenerne la carattere fondamentale Del compimento dell’atto. Nella parola *atto compiuto*, vanno compresi poi tutti quei termini essenziali che la legge há attribuito allá sua esistenza, o che gli sono dati dalla volontà espresa delle parti spiegata in modo non vietato, oppure dalla tática Che includerebbe um riferimento a norme date dalla legge sí, ma non in modo imperativo. Dicendo dunque *atto compiuto*, si bada alla forma ed allá sostanza di esso, intendendo que st’ultima nel modo e nella estensione Che lê danno la legge, o la volontà delle parti.” (CHIRONI, G. P. **Studi e questioni di diritto civile**. V. I. Torino – Milano – Roma: Editori Fratelli Bocca, 1914, p. 151.).

isso, ser retroactiva: com efeito, nesta aplicação, está também sujeita ao obstáculo do respeito pelo ato anteriormente praticado, o que afasta qualquer retroatividade.³⁷

Note-se que essa exceção se refere à possibilidade de aplicação imediata e até retroativa da lei nova, mediante previsão expressa do legislador, em benefício do bem social.

De qualquer sorte, há que se mencionar o principal autor de Direito Intertemporal ligado à teoria objetivista, qual seja, Paul Roubier, jurista francês, autor de *Les Conflits de Lois Dans Le Temps* publicada em 1929, reeditada em 1960 com o título *Le Droit Transitoire*.

Segundo Paul Roubier, considerando que o tempo tem três momentos possíveis: passado, presente e futuro; existem igualmente três formas possíveis de aplicação da lei no tempo: efeito retroativo, se sua aplicação retroceder no passado; efeito imediato, se se aplicar imediatamente no presente; e, ainda se sua aplicação for adiada para o futuro³⁸.

A cada um desses efeitos Paul Roubier denominou:

Retroatividade da nova lei – Quando a nova lei retrocede, nos seus efeitos, abaixo do dia da sua promulgação, usurpa o domínio natural da lei antiga. Isto é chamado de retroatividade, porque a lei olha para o passado (*retro agere*).

Efeito imediato da lei nova – As duas leis presentes, a lei antiga e a lei nova, aplicam-se estritamente no seu domínio: a lei nova respeita todos os efeitos jurídicos produzidos no passado, mas rege sozinha e sem divisão o futuro a partir do dia da sua promulgação. Estamos falando aqui de efeito imediato porque a nova lei não tolera mais a manutenção da antiga, mesmo para situações jurídicas nascidas no momento em que ela vigorava, desde que se trate de efeitos jurídicos produzidos por essas situações após a sua promulgação.

Sobrevivência da lei antiga – A sobrevivência da lei antiga é esta situação em que a nova lei permite que a lei antiga se aplique a todos os efeitos jurídicos futuros dos factos anteriores à sua promulgação.³⁹

O próprio autor refere que o efeito imediato da lei deve ser considerado como regra ordinária⁴⁰, assim como o é na legislação brasileira nos termos do artigo 6º do Decreto-Lei 4.657 de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB)

³⁷ CHIRONI, G. P. **Studi e questioni di diritto civile**. V. I., cit., p. 152 (tradução nossa).

³⁸ ROUBIER, Paul. **Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps**. 2ª ed. Paris: Dalloz et Sirey. 1960. p. 9.

³⁹ *Ibid.*, p. 09 e 10 (tradução nossa).

⁴⁰ *Ibid.*, p. 09 e 10.

que prevê não somente que a lei em vigor terá efeito imediato e geral, mas também frisa a necessidade de garantia dos direitos fundamentais do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada.

A propósito disso, afirmava Roubier:

Os intérpretes do Código Civil erraram muito neste aspecto; têm, em geral, confundido o efeito imediato e o efeito retroativo, sempre que se trate de situações jurídicas em curso. A palavra retroatividade certamente foi por eles desviada do seu verdadeiro significado: multiplicamos o número de leis erradamente descritas como retroativas, e conseguimos mesmo, por vezes, declarar que a retroatividade era a regra!⁴¹

No tocante ao respeito ao direito adquirido, Roubier prefere utilizar a denominação de situação jurídica fundamentando ser:

Esta palavra 'situação jurídica' foi deliberadamente escolhida como a mais ampla de todas; a consideramos superior ao termo direito adquirido, na medida em que não tem caráter subjetivo e pode ser aplicado a situações como a do menor, do interdito, do pródigo; também a consideramos superior à de uma relação jurídica (Rechtsverhältniss), tão frequentemente utilizada na ciência contemporânea, e que implica uma relação direta entre duas pessoas, enquanto a situação jurídica pode ser unilateral e oponível a qualquer pessoa, seja ela quem for.⁴²

A partir desse conceito mais amplo o referido autor passa a diferenciar as situações jurídicas de momento único como um acidente de automóvel cuja responsabilidade daí resultante surge no exato momento do sinistro⁴³; das situações jurídicas cuja constituição supõe um período de tempo e dentro desse tipo estabelece a existência das que exigem um certo estado de coisas que se prolongue no tempo como por exemplo uma prescrição ou um estado de posse, as quais também podem encontrar obstáculos como a suspensão ou interrupção que podem impedir ou adiar sua constituição⁴⁴, e, ainda dentro desse último tipo, discorre acerca da existência das situações jurídicas cuja constituição exige a presença de elementos sucessivos, como a sucessão testamentária (elaboração de testamento válido e morte do testador)⁴⁵.

Dentro dessa última espécie que muito interessa ao presente estudo uma vez que as regras de transição das Emendas Constituição são situações jurídicas que se

⁴¹ ROUBIER, Paul. Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps., cit., p. 11. (tradução nossa).

⁴² *Ibid.*, p. 181 (tradução nossa).

⁴³ *Ibid.*, p. 183.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 184.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 184.

prolongam no tempo e dependem da existência de elementos ou momentos sucessivos, apresenta uma espécie de hipóteses acerca das quais seria possível determinar a forma de ação de novas leis relativas a essas situações jurídicas em especial:

Ou a constituição (ou a extinção) de uma situação jurídica não foi concretizada, nem mesmo iniciada, na época da lei antiga: neste caso, não há maiores dificuldades, já que não pode haver conflito.

Ou a constituição (ou extinção) de uma situação jurídica foi inteiramente obtida sob a lei antiga: pouco importa, a este respeito, se a situação foi constituída (ou extinta) num único momento, ou por meio de acontecimentos contínuos ou sucessivos. A nova lei não pode sem retroatividade, tratar de situações anteriormente estabelecidas (ou extintas).

Ou finalmente a constituição (ou extinção) de uma situação jurídica está em curso quando surge a nova lei que modifica as suas condições de constituição (ou extinção).⁴⁶

Nessa última situação que é justamente a que apresenta mais conflitos na forma de se aplicar o efeito imediato da lei nova, o autor fornece todo um capítulo da obra como possíveis soluções para tais problemáticas, incluindo desde as situações em processo de criação ou extinção e as situações jurídicas atualmente em vigor como contratos por exemplo, analisando, trinta situações contratuais atualmente em vigor⁴⁷.

Tendo em vista que a análise minuciosa de todas as hipóteses fugiria do objetivo da presente pesquisa, é possível analisarmos a situação jurídica em curso quando da promulgação de uma nova lei com um recorte específico dentro do Direito Público, ou seja, na Terceira Parte da obra, Roubier analisa alguns conflitos fora do Direito Privado, como as Leis Penais, Leis de Processo e Conflitos de Direito Internacional, sendo que o mais próximo das regras de transição de Emendas Constitucionais são as Leis de Processo, uma vez que no que se refere a Leis Constitucionais propriamente ditas, o autor apenas refere que são raros os conflitos de leis constitucionais ao longo do tempo uma vez que o objeto principal das Constituições seria estabelecer os órgãos superiores do Estado e definir suas funções, tendo mais comumente, ou mais facilmente, a aplicação do efeito imediato da lei sem maiores dificuldades.⁴⁸

⁴⁶ ROUBIER, Paul. Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps., cit., p. 185 (tradução nossa).

⁴⁷ *Ibid.*, p. 293.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 12.

Desenvolve então Roubier a ideia de que uma lei nova que estabelecesse novas regras sobre uma determinada situação jurídica, não poderia, sem retroatividade, alcançar as situações jurídicas já constituídas, veja-se:

Em todo o caso, e existindo ou não “direitos adquiridos”, devemos, antes de mais, descartar esta teoria singular, segundo a qual a retroatividade da lei poderia constituir o princípio em matéria de procedimento. Porque a retroatividade da lei nunca pode ser mais do que uma exceção: as leis regem os fatos ocorridos sob a sua influência, não os fatos ocorridos sob a influência de uma lei anterior: por outras palavras, têm efeito imediato, mas não retroativo.⁴⁹

Cabe ainda mencionar o contra-argumento de Roubier acerca do “falso princípio da retroatividade das leis de ordem pública”:

Se isto fosse admissível, visto que todas as disposições constitucionais são pilares da ordem pública, então toda a Constituição deveria ser sempre retroativa em todas as suas disposições! Este falso princípio, no entanto, é apenas um absurdo perigoso: porque a jurisprudência julga constantemente que o princípio da não retroatividade da lei é ele próprio de ordem pública (Cass., 24 de novembro de 1955, D.S., 56.522), e como podemos então entender que a ordem pública pode comandar a retroatividade da lei?⁵⁰

Mais adiante confirma que “seja qual for a forma que se queira apresentá-la, deve ser pura e simplesmente rejeitada pelas seguintes razões”:

A ideia de ordem pública não pode ser colocada em oposição ao conceito de irretroatividade da lei, por esta razão decisiva de que, numa ordem jurídica baseada na lei, a não retroatividade das leis é ela mesma ainda uma das colunas da ordem pública. É absolutamente impossível conceber os fundamentos de uma ordem legislativa, se não introduzirmos a noção da irretroatividade; pois se as leis devem ser retroativas, não chamamos isso de ordem, mas de desordem pública. É óbvio que, se leis de datas diferentes pretendem reger ao mesmo tempo, sobre o mesmo assunto, a conduta dos indivíduos, eles não saberão a quem ouvir, nem o que decidir; a ordem jurídica assemelhar-se-á a uma assembleia onde todos falam ao mesmo tempo; o próprio termo ordem torna-se então um escárnio. A lei retroativa é, em princípio, contrária à ordem pública; e se excepcionalmente o legislador pode comunicar retroatividade a uma lei, não devemos imaginar que desse modo ele fortalece a ordem pública; pelo contrário, é um fermento de anarquia que introduz na sociedade, e é por isso que a retroatividade só deve ser usada com a mais extrema reserva.⁵¹

⁴⁹ ROUBIER, Paul. Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps., cit., p. 544.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 13 (tradução nossa).

⁵¹ *Ibid.*, p. 417 (tradução nossa).

Rechaça ainda a argumentação no sentido de que leis de interpretação poderiam retroagir, pois segundo esse entendimento, como o legislador teria elaborado essa novel legislação para explicar uma lei antiga trazendo o verdadeiro sentido da mesma, ela poderia agir retroativamente e alcançar os fatos ocorridos sob a égide da lei anterior; entretanto, ocorre que muitas dessas questões de leis interpretativas sequer foram conhecidas das Constituições anteriores, portanto, ficaria a questão de como saber se havia realmente algo a ser interpretado naquele sentido⁵².

A contribuição do referido autor para o Direito Intertemporal é incalculável na medida em que distinguiu o efeito retroativo do efeito imediato, ou seja, uma lei nova pode ser aplicada a um fato complexo ou pendente no tempo a partir do momento do seu início de vigência, respeitando-se, pois, todos os direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos ou coisas julgadas perfectibilizados sob a égide da lei anterior, não caracterizando-se como uma aplicação retroativa justamente por garantir o respeito a esses institutos.

Note-se que há uma convergência dos direitos e interesses individuais, coletivos e públicos nessa forma de aplicação imediata da lei.

2.2 Direito Adquirido

Para além de toda a noção de Direito Adquirido que advém da Doutrina Clássica do Direito Intertemporal, especialmente na Teoria Subjetivista, cabe analisarmos ainda alguns aspectos legais e conceituais concernentes.

No contexto brasileiro, tem-se uma espécie de definição legal de direito adquirido inserta no §2º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42): “consideram-se adquiridos assim os direitos que seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”⁵³.

⁵² ROUBIER, Paul. Le droit transitoire. Conflicts des lois dans le temps., cit., p. 13.

⁵³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm . Acesso em 19 mar. 2022.

Doutrinariamente, as posições são diversas, José Afonso da Silva entende que quando há um direito subjetivo não exercido até o momento da novação legislativa há um direito adquirido e esclarece:

Se não era direito subjetivo antes da lei nova, mas interesse jurídico simples, mera expectativa de direito ou mesmo interesse legítimo, não se transforma em direito adquirido sob o regime da lei nova, que, por isso mesmo, corta tais situações jurídicas subjetivas no seu *iter*, porque sobre elas a lei nova tem aplicabilidade imediata, incide.⁵⁴

Interessante discussão também ressalta do contexto do Direito Adquirido frente ao Direito Público, e, nesse sentido, tem-se o magistério de Fernando Noronha:

(...) cremos que as noções expostas no número que antecede podem também ser aplicadas no âmbito do direito público, com a diferença de que o direito adquirido poderá ser invocado contra a Administração (parte forte), mas nunca a favor dela. No direito público, parece que noção de direito adquirido terá utilidade não só nas hipóteses de extinção de situações jurídicas de que cidadãos sejam beneficiários, como também (e especialmente) nos casos em que a Administração esteja obrigada, de acordo com a lei revogada, a realizar uma prestação que possa ser considerada como contrapartida de prestações recebidas de particulares.⁵⁵

O Direito Adquirido atua no Direito Público, como garantia constitucional que é, como uma baliza limitando a atuação do Poder Público e protegendo os cidadãos contra eventual abuso de poder, não havendo, portanto, o risco em sentido contrário, ou seja, inexistente a necessidade de resguardar o Poder Público, uma vez que já possui prerrogativas peculiares e essenciais para devida administração do país.

2.3 Direito expectado

A expressão direito expectado remete a Pontes de Miranda, que, após discorrer sobre o termo “expectativa”, afirma que considera um equívoco mesmo quando se distingue a expectativa e a mera expectativa, pois segundo o autor:

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 437.

⁵⁵ NORONHA, Fernando. Retroatividade, Eficácia Imediata e Pós-Atividade das Leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de Direito Intertemporal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, N° 23, págs. 91 a 110, abril-junho 1998. p. 108.

Nem toda expectativa significa que alguém, — que *expecta*, que *espera*, que tem por si algum fato que justifica aguardar-se a aquisição de certo direito, — já tem direito expectativo ou pretensão expectativa. Às vezes, *expecta-se*, e tem-se direito expectativo, ou pretensão expectativa; outras vezes, *expecta-se*, e não se tem esse direito, ou essa pretensão. Há grau de intensidade em que a quem *expecta* já surgiu, já nasceu, direito ou pretensão a adquirir o objeto da expectativa. E o que ocorre sempre que essa aquisição só depende do exercício de certo ato (*leia-se*, portanto: do exercício de algum direito, ou pretensão, ou ação).⁵⁶

Após essa diferenciação, explica:

Dever de sofrer o nascimento do crédito. Do lado passivo da relação jurídica, que irradia o direito expectativo, está o que tem o dever de sofrer o nascimento do crédito: ainda não é devedor da prestação, mas essa dívida já não depende de sua vontade; pode nascer, contra ela. Quem está exposto a que nasça o direito real, ou pessoal, de outrem, está na totalidade dos sujeitos passivos, ou é o sujeito passivo do dever de expectativa. O vínculo já existe; se não existisse, a outra pessoa apenas teria expectativa, e não direito expectativo.

Eficácia do direito expectativo. A eficácia do direito expectativo é anterior e inconfundível com a do direito expectado. O direito expectado é futuro; ainda não tem efeitos: é efeito, ele mesmo, que ainda não se produziu. Tem-se chamado aos efeitos do direito expectativo efeitos preliminares, mas o nome alude ao que ainda não é, — e não ao que é, e os prodir. Essa expressão “pré-efeitos”, ou “efeitos preliminares” (*Vorwirkungen*), foi sugerida por A. von Tuhr (*Der Allgemeine Teu*, 1, 183), mas tem o grave defeito de se referir à causa dos efeitos, aludindo ao direito futuro: não é o direito futuro que os pré-tem, não é o direito futuro que, antes de ser, os produz; produ-los o direito que já é. Portanto, não são pré-efeitos; são, simplesmente, efeitos. Dir-se-á que o devedor do crédito a termo, ou sob condição, não pode, desde já, impossibilitar a prestação; mas tal dever de não frustrar *lhe* nasce do direito expectativo, e não do direito futuro.⁵⁷

E mais adiante, esclarecendo ainda mais uma vez os complexos conceitos diferencia-os da seguinte forma:

Precisões de conceitos. É de boa metodologia que, ao se falar de (a) expectativas, de (b) direitos expectativos (*Anwartschaftsrechte*) e de (c) direitos formativos (*Gestaltungsrechte*), se exclua em (b) e em (c) a alusão à expectativa. Certamente, quem tem direito expectativo *espera*, *expecta*, e quem tem direito formativo também *espera*, *expecta*. Mas, além da situação de expectante, o titular do direito expectativo já tem “direito”, a tutela desse direito, a ação, *quicá* exceções: a expectativa é atitude que se enche, *ai*, de *certeza*, ou, pelo menos de extrema probabilidade. Além da situação de expectante, o titular do direito formativo também já tem “direito”, a tutela desse direito, ação, *quicá* exceções, e o exercê-lo para que o *outro* direito se crie, modifique, ou extinga, só depende da sua vontade, ou só dependerá, a dado momento, da sua vontade. Razão há, portanto, para só se falar de expectativa

⁵⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado: parte geral**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. 5. p. 130.

⁵⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral.*, cit., p. 131 e 132.

quando o direito *ainda* não nasceu, quando se espera o direito, sem a intercalação de qualquer outro direito (direito expectativo, ou direito formativo).⁵⁸

Ao trabalhar com o exemplo de um contratante que se compromete a entregar coisa certa com cláusula de irrevogabilidade que, segundo contrato, responderia por perdas e danos se antes da tradição ou aceitação prejudicasse o objeto da oferta, Pontes de Miranda deixa claro que:

O que se discute é se há dever de não frustrar, a prestação, ligado ao direito formativo gerador. Não se precisa recorrer à culpa contratual; o que promete recompensa e prejudica o objeto da promessa, antes de ser praticado o ato recompensável, responde pela prestação prometida. O que maliciosamente dificulta ou impossibilita a prestação, que é objeto de direito, a formar-se ou expectado, responde como se esse direito já tivesse nascido: o art. 120 é expressivo.⁵⁹

Parece decorrência lógica da teoria de referido autor que dificultar ou tornar impossível a prestação que é objeto de direito expectado, como no caso de revogação das regras de transição por parte do próprio Estado que as criou, traria para esse (Estado) a responsabilidade de garantir esse direito como se já estivesse completo.

No mesmo sentido, é possível extrair lição da obra de Savigny, em seu Sistema do Direito Romano Atual:

Não se deve, porém, confundir as simples expectativas com os direitos que não podem ainda ser exercidos, porque estão vinculados a uma condição ou termo. Esses são realmente direitos, porquanto a própria condição cumprida tem um efeito retroativo. A diferença consiste no fato de que a expectativa, quanto a seus resultados, depende da simples vontade de uma pessoa estranha, o que não ocorre para a *conditio* e para o *dies*.⁶⁰

Essa distinção elaborada por Savigny é salutar na medida em que demonstra que uma simples expectativa seria ainda diferente de, usando a expressão de Roubier, de uma situação jurídica que está submetida a uma simples condição ou termo, como por exemplo, a situação dos servidores públicos alcançados pelas regras de transição constitucionais que, deveras, estão apenas aguardando essa condição que depende do tempo.

⁵⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado: parte geral., cit., p. 133.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 132.

⁶⁰ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. Sistema do direito romano atual. Vol. VIII., cit., p. 306.

Nesse sentido, os servidores públicos já alcançados por uma determinada regra de transição decorrente de reforma constitucional não têm apenas uma mera expectativa de direito enquanto aguardam o determinado lapso temporal previsto na norma, na medida em que, embora ainda não possam ser denominados adquiridos, independem da vontade de uma pessoa estranha ou de uma situação alheia, portanto, seu acontecimento seria certo nas hipóteses de manutenção da situação jurídica com o simples transcurso do tempo, e, portanto, devem igualmente ser protegidos.

2.4 Necessidade de atualização constitucional frente à relação tempo e direito

Não é possível negar a mudança das necessidades da população, dos cenários políticos, econômicos e sociais das nações e a demanda para que a constituição preveja situações capazes de conferir aos representantes do poder supremo (povo) instrumentos e normas tanto autorizadores quanto limitadoras de atuação.

Não se trata de impor legislação presente às futuras gerações, mas sim da construção de uma nação verdadeiramente democrática cujo “sentimento constitucional” nos dizerem de Karl Loewenstein seria como uma consciência da sociedade que pudesse superar os antagonismos e tensões político-partidárias, econômico-sociais, religiosas ou outras, capaz de integrar tanto os detentores, quanto os destinatários do poder em uma ordem comum obrigatória, submetendo o processo político aos interesses da sociedade.⁶¹

As revisões constitucionais podem ser analisadas sob duas óticas, a primeira, a das constituições com limites revisionais de seus próprios textos materiais expressos e das que os limites do poder reformador são imanentes, inerentes ou implícitos.

⁶¹ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por ALFREDO GALLEGU ANABITARTE. Professor ayudante de la Facultad de Derecho em la Universidad de Madrid. Editorial Ariel. Barcelona – Caracas – México. 1979. p. 200.

2.4.1 Constituições com limites materiais expressos ao poder de revisão

Em que pese a preocupação do autor Karl Loewenstein acerca de algumas disposições expressas de limites materiais ao poder reformador serem demasiado amplas, a exemplo da citada Alemanha na Lei Fundamental de Bonn que em seu artigo 79, § 3º proibia emendas que afetassem a organização da Federação em Estados ou a participação desses na legislação e os princípios fundamentais do artigo 1 e 20, entende que manter um direito como o da dignidade da pessoa humana como intangível, por ser ele tão amplo poderia gerar tanto acúmulo para os tribunais superiores ou constitucionais ou ainda para o legislador que culmina por afirmar que apesar da boa fé do constituinte originário, “*quien mucho abarca, poco aprieta*”⁶².

Restou claro em seu texto que as disposições de intangibilidade incorporadas a uma constituição podem supor em tempos normais uma luz útil frente a maiorias parlamentares desejosas de emendas constitucionais, bem como que essa proteção não é absoluta na medida em que em crises mais incomuns, a exemplo de quando um presidente quer se tornar um ditador, essas regras acabam sendo ineficazes mediante um golpe de Estado que autoriza a criação de uma nova Constituição com prescrições que lhe convém⁶³.

Utilizando-se inclusive do mesmo exemplo, o autor Otto Bachof igualmente assinala:

Uma lei de alteração da Constituição (isto é, na medida em que se trate da Lei Fundamental, uma lei de alteração do *texto* da Constituição : art . 79, n.º l) pode infringir, formal ou materialmente, disposições da Constituição formal. Dá-se o *primeiro* caso, quando não são observadas as disposições processuais prescritas para a alteração da Constituição; ocorre o *último*, quando uma lei se propõe alterar disposições da Constituição contrariamente à declaração da *imodificabilidade* destas inserta no documento constitucional: assim, por exemplo, uma lei de alteração da Lei Fundamental que, contra o disposto no art. 79, n.º 3, eliminasse a articulação da Federação em Estados federados ou o princípio da participação destes na legislação, ou lesasse os princípios assentes nos arts. 1 e 20. Não é necessário mostrar mais pormenorizadamente que a lei de alteração, embora sendo ela própria uma norma constitucional formal, seria, num como no outro caso, «inconstitucional».⁶⁴

⁶² LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución., cit., p. 191 e 192.

⁶³ *Ibid.*, p. 191 e 192.

⁶⁴ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Tradução e Nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Atlântida Editora. Título do original alemão: *Verfassungswidrige Verfassungsnormen? Tübingen, 1951. p. 52.*

É de se esclarecer, entretanto, que o autor faz uma distinção essencial, se reportando inclusive a Carl Schmitt, a de que a legitimidade de uma Constituição não significa que esta tenha de ser produzida de acordo com os preceitos da constituição anteriormente em vigor, ou seja, os preceitos acerca de revisão de uma constituição apenas podem obrigar o poder constituído, nunca o poder constituinte; e ainda, ressalva que existem manifestações em que a vontade do povo como titular do poder constituinte pode representar um ato constituinte capaz de transformar uma revisão da constituição aparentemente inconstitucional, por força de uma posterior aprovação que demonstrasse a vontade geral dos cidadãos, num ato constituinte autêntico e eficaz.⁶⁵

Provavelmente por essa razão verificamos que alguns países já previram em suas constituições mecanismos como o referendo popular, capaz de, em tese, garantir a soberania do povo nas revisões constitucionais. Em tese porque há que se considerar elementos básicos da nação como educação, noções cívicas e até mesmo o citado anteriormente sentimento constitucional de seu povo.

2.4.2 Limites implícitos ao poder de revisão constitucional

Doutro lado, tem-se os limites implícitos ou inerentes ao poder de revisão da Constituição, ou seja, quando se protege “a identidade da ordem histórico-concreta que fundamenta a Lei Fundamental”.⁶⁶

Esses limites são tratados por alguns constitucionalistas como Loewenstein como imunidades que gozam certos valores ideológicos fundamentais, implícitos, imanentes ou inerentes a uma Constituição.⁶⁷

Fazendo referência ao Tribunal Constitucional Federal alemão, o referido autor menciona que o tribunal, já na época de elaboração da obra, havia se unido a teoria jusnaturalista ao haver reconhecido uma hierarquia ou escala de valores nas normas constitucionais e com ela os limites imanentes impostos a toda reforma constitucional,

⁶⁵ BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais?, cit., p. 53 e 54.

⁶⁶ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. Tradução de Luís Afonso Heck, p. 512.

⁶⁷ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución., cit., p. 192.

sendo na maioria das vezes esses valores supremos os direitos fundamentais.⁶⁸ Apesar disso, demonstra com breve análise de alguns países como Estados Unidos e Inglaterra que essa proteção aos direitos fundamentais não seria absoluta, apesar de protegida:

Si se intentase redondear con ciertas conclusiones generales el material aqui presentado, habría que insistir nuevamente sobre el hecho de que toda constitución escrita, como toda obra humana, no solamente es en sí incompleta, sino que aquí la deficiencia es mayor, ya que cada constitución no es más que un compromiso entre las fuerzas sociales y grupos pluralistas que participan en su conformación. Si se modifica la situación de equilibrio, también será necesaria una reforma de la constitución. Una constitución es tanto mejor cuanto con más facilidad pueden efectuarse cambios en la estructura social sin modificación de la mecánica del proceso político. Aquí yace el secreto de la estabilidad de la Constitución americana, de las constituciones monárquicas en Escandinavia, Bélgica Y Holanda, y también de la muy difamada Constitución de la III República francesa en la cual las enmiendas constitucionales fueron extremadamente raras. Las reformas constitucionales son absolutamente impescindibles como adaptaciones de la dinámica constitucional a las condiciones sociales en constante cambio, pero cada una de ellas es una intervención, una operación, en in organismo viviente, y debe ser solamente efectuada con gran cuidado e extremada reserva.⁶⁹

Conclui seu raciocínio afirmando:

Si, de todas maneras, dicha reforma fuese absolutamente necesaria para um desarrollo de fricciones del proceso político, se debería de buscar y encontrar para ella el máximo consenso que, en absoluto, se cubre o se agota siempre con las mayorías parlamentares por la fuerza o impuesta a uma minoría, importante tanto numéricamente como por su peso político, no solamente daña a esa minoría, sino al sentimiento constitucional. Evitar esto es la tarea constructiva de uma minoría consicente de sus responsabilidades. Todavía no ha habido ninguna sociedade estatal que se haya hundido por causa de uma constitución incompleta o necesitada de reforma, pero muchos regímenes han fracasado por el excesivo poder del partido o partidos mayoritarios. Es más fácil vivir con una constitución con lagunas que con una que se haya convertido en la pelota de juego de la arbitrariedad de los partidos. Y, finalmente, cada participación popular em la reforma constitucional, sea como fuere su modalidad técnica, es una contribución viva a la educación política y un elemento de la integración política. Una nación vivirá tan sólo democráticamente cuando le esté permitido comportarse democráticamente.⁷⁰

Otto Bachof também afirma que uma norma constitucional pode ser inconstitucional em virtude da violação de direito constitucional material não escrito e

⁶⁸ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución., cit., p. 193.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 199.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 205.

dentre essas violações encontra-se a inconstitucionalidade de normas de revisão por infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição, entre os quais estariam qualquer comportamento não prejudicial à Federação e não seriam expressões de direito supralegal (remetendo-se ao direito natural)⁷¹.

Além disso, aponta a existência de inconstitucionalidade por infração de direito constitucional consuetudinário, entretanto, relata que em relação a Constituição, essa possibilidade praticamente não existe, uma vez que “o direito constitucional consuetudinário pode completar a Constituição escrita: nesse caso, não é imaginável uma possibilidade de conflito entre o direito constitucional escrito e o não escrito.”⁷²

Questiona ainda a existência de inconstitucionalidade por infração à direito supralegal não positivado, apesar de afirmar que para o direito alemão ocidental à época, não teria grandes significados já que há incorporação de direitos supraleais na Lei Fundamental, permanecendo, porém, a necessidade de investigar, por exemplo, o grau e a eficácia daquelas normas que, embora situadas fora da Constituição formal, poderiam ser parte integrante da ordem constitucional em face de uma função integradora que desse realização ao princípio do Estado-social.⁷³

Ao final, deixa claro o referido autor que a pesquisa merece mais aprofundamento, expressando seu objetivo de “simplesmente mostrar que a afirmação, muitas vezes feita demasiado precipitadamente, da impossibilidade lógica de normas constitucionais (ou, de qualquer modo, inválidas) não resiste à análise.”⁷⁴

Já o autor Ingo Wolfgang Sarlet afirma que “há que dar razão aos que sustentam que a construção de uma teoria dos limites implícitos à reforma constitucional apenas pode ser efetuada à luz de determinada ordem constitucional (isto é, do direito constitucional positivo), no sentido de que as limitações implícitas deveriam ser deduzidas diretamente da Constituição”⁷⁵, especificando alguns desses limites afirma mais adiante:

Dentre os limites implícitos que harmonizam com o direito constitucional pátrio há que destacar, em primeiro plano, a impossibilidade de proceder-se

⁷¹ BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais?, cit., p. 64.

⁷² *Ibid.*, p. 66.

⁷³ BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais?, cit., p. 67.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 70.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13^a ed. rev. e atual. 2. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 434.

a uma reforma total ou, pelo menos, que tenha por objeto os princípios fundamentais de nossa ordem constitucional, já que resultaria na sua destruição. Aliás, aplicando-se efetivamente esse princípio (inalterabilidade da identidade da Constituição), até mesmo a existência de limites expressos parece dispensável, já que os princípios e direitos fundamentais, assim como as decisões essenciais sobre a forma de Estado e de governo fatalmente não poderiam ser objeto de abolição ou esvaziamento.

Poder-se-á sustentar, na esteira deste entendimento, que todos os princípios fundamentais do Título I da nossa Constituição (arts. 1º a 4º) integram o elenco dos limites materiais implícitos, ressaltando-se, todavia, que boa parte deles já foi contemplada no rol das “cláusulas pétreas” do art. 60, §4º, da CF.⁷⁶

Imagine-se no cenário político e legislativo do Brasil, se as cláusulas pétreas não estivessem expressas e dependessem das garantias estendidas aos limites implícitos? Há juristas que defendem até mesmo a possibilidade de revisão dos limites materiais expressos⁷⁷, o que afetaria diretamente os direitos e garantias fundamentais e, conseqüentemente, a vida de milhões de pessoas.

Há ainda alguns esparsos defensores da possibilidade de se revisar ou extinguir as regras de revisão da Constituição, quiçá uma burla às regras revisionais impostas pelo Constituinte originário. A doutrina majoritária é no sentido de reconhecer justamente como um limite implícito, a proibição de alteração nas normas constitucionais que contém limites expressos à reforma da lei máxima.⁷⁸

Expondo o entendimento da corrente majoritária, Ingo Wolfgang discorre:

Na esteira de Sieyès, referiu-se que o Legislador Constitucional (Poder Constituinte Reformador) não pode, ele próprio, alterar as normas que definem os limites de sua competência, sob pena de guindar-se ilegitimamente à posição do Poder Constituinte, ressalvadas, evidentemente, as hipóteses nas quais a Constituição autoriza expressamente a modificação e/ou supressão das cláusulas sobre os limites da reforma, o que também se aplica aos limites formais e temporais (circunstanciais), em face do risco de uma flexibilização da rigidez constitucional. Para além disso, sustenta-se que a imutabilidade das normas sobre os limites da reforma constitucional corresponde a uma exigência da lógica normativa, no sentido de que não apenas os princípios erigidos expressamente à condição de limites materiais, mas também as próprias “cláusulas pétreas” não podem ser objeto de alteração ou abolição, de tal sorte que as “cláusulas pétreas”, além de assegurarem a identidade da Constituição, podem ser elas próprias consideradas parte integrante desta identidade.⁷⁹

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional., cit., p. 434 e 435.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 437 (referindo-se a M.G. Ferreira Filho).

⁷⁸ *Ibid.*, p. 436.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 436.

A par dessa questão específica, em relação à proteção das cláusulas pétreas em face do poder constituinte reformador, o referido autor, comunga do entendimento “de que a proteção imprimida pelas “cláusulas pétreas” não implica a absoluta intangibilidade do bem constitucional protegido”.⁸⁰ Faz, por certo, a distinção de que nesses casos em que seria, em tese, possível uma regulamentação, alteração ou restrição dos princípios protegidos nas cláusulas pétreas, não poderia ser afetado o núcleo essencial da proteção garantida expressamente pelo poder constituinte originário.⁸¹

Utilizando-se como exemplo, o direito à previdência social insculpido no artigo 6º da Constituição Federal do Brasil, constitui, pois, direito fundamental, conforme explicitado anteriormente, entretanto, há na Constituição, especialmente a partir do artigo 201, inúmeras outras disposições que tratam diretamente daquele direito fundamental, e, a partir daí, inicia-se a discussão se eles também são alcançados pela garantia das “cláusulas pétreas” protegidas de alteração pelo poder constituinte reformador.

Ao analisar essa questão em obra que trata especificamente dos limites à alteração da norma constitucional previdenciária, Marcelo Rodrigues da Silva adverte que “embora se admitam alterações nos dispositivos constitucionais que tratam dos riscos ou contingências sociais (art. 201, *caput* e incs. I a V, e art. 7º, incs. II, XII, XVII e XXVIII), do regime de previdência dos servidores efetivos (art. 40, *caput*) e das situações nas quais a aposentadoria deve obedecer a critérios diferenciados (art. 40, §4º/4º-C, e art. 201, §1º), não será permitida alteração que conduza à supressão desses direitos”.⁸²

Aduz em sua explicação que há normas edificadas sob a forma de regra que não configuram direito fundamental, e, portanto, não se inseririam no rol das cláusulas pétreas, havendo, entretanto, algumas normas de competência e de estrutura que confirmam tarefas aos entes federados que podem se apresentar como cláusulas pétreas, por exemplo, as mudanças que retirassem dos Estados, Municípios e Distrito Federal a função de criar o seu RPPS, instituir contribuição para o custeio respectivo

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional., cit., p. 440.

⁸¹ *Ibid.*, p. 440.

⁸² SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Limites à Alteração da Norma Constitucional Previdenciária**. Curitiba: Juruá, 2022. p. 69.

ou gerir as receitas decorrentes de sua cobrança, ou fixar o teto do valor dos benefícios, dentre inúmeras outras possibilidades, por ofenderem o princípio federativo e autonomia dos entes federados.⁸³

Impossível não notar que a recente Emenda Constitucional nº 103/2019 trouxe exatamente essa restrição citada pelo autor acima, no sentido de impossibilitar que os entes federados criassem novos Regimes Próprios de Previdência Social para gerir seus sistemas de servidores, aposentados e pensionistas, dependendo, pois, de impugnação específica em controle de constitucionalidade para se fundamentar adequadamente e conferir eficácia à limitação trazida pelo Constituinte originário no sentido de proteção das cláusulas pétreas.

Cabe citar, pela diferenciação que traz o referido autor, sua conclusão acerca do tema:

Em síntese, figuram como cláusulas pétreas as normas constitucionais instituidoras de prerrogativas erigidas na forma de princípios porque constituem direitos fundamentais previdenciários, e as normas constitucionais previdenciárias de competência e estrutura que confiam aos entes a instituição e manutenção de regimes de previdência atenta contra a noção de federação.

Por outro lado, não existe embargo à modificação das normas constitucionais previdenciárias de competência e de estrutura que não tenham por objeto a distribuição das mencionadas funções aos entes federados. O mesmo ocorre com as normas de vedação, dado seu caráter acessório em relação às demais normas e às regras que instituem prerrogativas relacionadas ao seguro social, porque não figuram como direitos fundamentais de natureza previdenciária.⁸⁴

Essa preocupação com os limites implícitos ao poder de revisão constitucional e, conseqüentemente, com o conjunto das garantias constitucionais é transnacional e sustentáculo do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, tem-se o contributo de Maurizio Fioravanti:

El conjunto de estas garantías es, históricamente, la raíz material del constitucionalismo. El constitucionalismo nace, pues, por una exigencia práctica y claramente política. Nace cuando las distintas fuerzas que componen el territorio aceptan la posición dominante dei señor territorial, pero

⁸³ SILVA, Marcelo Rodrigues da. Limites à Alteração da Norma Constitucional Previdenciária., cit., p. 69.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 70.

poniendo una serie de condiciones, con frecuencia incluso de forma escrita y solo tras haber sido oídas, tras haber parlamentado.⁸⁵

Parece claro que a fim de manter-se não somente a identidade da ordem constitucional, mas também a estabilidade das instituições e a promoção da efetiva dignidade da pessoa humana, há que se preservar a vontade do poder constituinte originário em sua integralidade, e, qualquer reforma da Constituição deve ser realizada dentro dos limites materiais explícitos e implícitos da lei maior, e, inexistindo esses com a autorização ou ratificação do povo como poder.

⁸⁵ FIORAVANTI, Maurizio. **Costitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales.** Editorial Trotta. Madrid, 2014. Título original: *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali.* 2009., p. 93.

3 AS POSSIBILIDADES DE REFORMA CONSTITUCIONAL NO DIREITO COMPARADO

As Constituições como leis supremas dos países visam a garantir a existência do Estado de Direito ou do Estado Democrático de Direito, garantindo direitos fundamentais, instituições e limitando o uso do poder para a concretização dos mesmos.

O próprio conceito de Estado de Direito já fora utilizado de diversas formas e até mesmo com intuito de mascarar regimes totalitários como nos esclarece Danilo Zolo na obra Estado de Direito:

É opinião difusa que a literatura especializada tem se empenhado, até o momento, de modo escasso, em uma determinação analítica que possa caracterizar o Estado de Direito sob o perfil institucional e normativo, distinguindo-o de noções contíguas com as quais, muitas vezes, é confundido ou deliberadamente identificado: “Estado legal”, “Estado liberal”, “Estado democrático”, “Estado constitucional”. No continente europeu, os manuais de teoria política e os dicionários enciclopédicos observam, na maioria das vezes, um rigoroso silêncio acerca do tema, ao passo que os textos anglo-saxônicos referem-se exclusivamente ao fato constitucional inglês e à noção específica de *rule of law*, com um ritual homenagem à obra de Albert Venn Dicey.⁸⁶

Na obra acima citada, o autor analisa quatro acontecimentos da história externa do Estado de Direito, desde a experiência do *Rechtsstaat* alemão; do *rule of law* inglês; *rule of law* norte-americano; e o *État de droit* francês; tentando assim atribuir uma identidade teórica à noção de “Estado de Direito”, entendido como um estado moderno no qual ao ordenamento jurídico – não a outros subsistemas funcionais – é atribuída a tarefa de “garantir” os direitos individuais, refreando a natural tendência do poder político a expandir-se e a operar de maneira arbitrária.⁸⁷

Com essa ideia conceitual de ordenamento jurídico garantidor dos direitos individuais e limitador do poder arbitrário, pode-se prosseguir na análise de direito constitucional que se segue, em especial visando às possibilidades de reforma do texto do poder constituinte originário.

A fim de chegarmos na verificação das normas de transição propriamente ditas, imperiosa se faz a análise do poder de reforma constitucional em países diversos para

⁸⁶ ZOLO, Danilo. COSTA, Pietro. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução: Carlo Alberto Dastoli. – São Paulo: Martins fontes, Original: Lo Stato di Diritto: Storia, teoria, crítica. Milão. p. 6/7.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 11.

nos situarmos no contexto mundial de segurança jurídica e promoção efetiva da dignidade da pessoa humana, perpassando, pois, pelas formas instituídas pelos poderes constituintes de alguns países como Alemanha, Itália, França, Estados Unidos e Brasil, considerando ainda o fator tempo e rigidez.

Nas palavras de Maurizio Fioravanti:

Hay que tener presente, obviamente, que la duración de la constitución, así como su rigidez, no son nunca datos meramente cuantitativos. Mejor dicho, este es el terreno en el que se pone a prueba más duramente la cualidad de la norma constitucional, su carácter de norma fundamental. Una constitución que no se preocupe de estos aspectos, cuya pretension de durar sea débil, en la que sean débiles en todo caso las barreras colocadas frente a una repentina modificación, o que no esté suficientemente defendida de la posibilidad de la entrada en vigor de normas opuestas a ella, ve en efecto muy empanado su carácter de norma fundamental.⁸⁸

De fato, uma Constituição que não se preocupe com sua durabilidade, com a possibilidade de ser alterada a bel prazer de qualquer interesse político, ou que não garanta sua eficácia ao permitir a vigência de alterações contrárias a suas próprias disposições, carecerá, cedo ou tarde, de reconhecimento como norma suprema.

É claro que quando se fala em interesse político, refere-se a alterações que objetivam suprir alguns interesses às custas de qualquer inconstitucionalidade que venha a surgir. Esse esclarecimento é válido na medida em que embora o constitucionalismo atual tenha dado lugar a um espaço de controle próprio da jurisprudência ordinária e constitucional, pelos Tribunais Supremos; ao contrário do constitucionalismo radical no qual a verdadeira garantia contra a vontade do legislador só pode ser política, através de representantes do povo soberano; não se deve esquecer a origem política das Constituições e tratá-las quase que exclusivamente como normas jurídicas puras⁸⁹.

Por essa razão imprescindível uma breve análise sobre as formas como alguns países administram o poder de reforma e a existência ou não de proteção aos direitos fundamentais ou outras limitações impostas às reformas constitucionais, a fim de auxiliar na compreensão da necessidade brasileira em criar regras de transição constitucionais.

⁸⁸ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales.*, cit., p. 76 e 77.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 80 e 81.

3.1 Reforma da Constituição na Alemanha

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha como assim é chamada (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) foi aprovada em 08 de maio de 1949 e entrou em vigor em 23 de maio de 1949. Possui desde seu artigo 1º até o artigo 17 um rol de direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, direitos de liberdade, igualdade perante a lei, liberdade de crença e de consciência, liberdade de opinião, de arte e ciência, matrimônio, família, filhos, ensino, liberdade de reunião, liberdade de associação e coalizção, sigilo da correspondência, da comunicação postal e da telecomunicação, liberdade de locomoção e domicílio, liberdade de escolha da profissão, serviço militar e serviço civil obrigatórios, inviolabilidade do domicílio, propriedade, direito de sucessão, expropriação, socialização, nacionalidade, extradição, direito de asilo e direito de petição.

É possível extrair-se já no artigo 19 que trata da restrição dos direitos fundamentais, via judicial:

- (1) Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente.
- (2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência.
- (3) Os direitos fundamentais também são válidos para as pessoas jurídicas sediadas no país, conquanto, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas.
- (4) Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial. Se não se justificar outra jurisdição, a via judicial será a dos tribunais ordinários. Mantém-se inalterado o artigo 10 §2, segunda frase.⁹⁰

Esse artigo traz em sua essência algumas das discussões imensamente verificadas nos tribunais brasileiros, tais como a possibilidade de lei restringir um direito fundamental, desde que seja genérica e cite expressamente o direito fundamental em questão com o artigo da Constituição correspondente. Em seguida, acentua que em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência.

⁹⁰ ALEMANHA. [Constituição (1949)]. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Traduzida por Aachen Assis Mendonça. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/informationsmaterial/55/64/anr80208000%20>. Acesso em: 10 jan. 2023.

Apesar de conter essa expressa previsão de impossibilidade de violação de um direito fundamental em sua essência, sob pena de inconstitucionalidade, quando se coloca no texto constitucional a possibilidade de restrição, resta evidente a brecha para a restrição do mesmo, e, restringindo-se um direito fundamental, inclusive sob o prisma do princípio da proibição da proteção insuficiente trazido justamente pelo direito alemão, seria possível questionar se tal alteração não seria também uma violação do próprio direito fundamental em sua essência?

Entretanto, no caso da Alemanha verifica-se pelo artigo 77 da Constituição Federal que as leis federais são votadas pelo Parlamento Federal. Depois de aprovadas, devem ser encaminhadas imediatamente ao Conselho Federal pelo presidente do Parlamento Federal. O Conselho Federal pode exigir que, dentro de três semanas após ter sido notificado da aprovação da lei, seja convocada uma comissão constituída por membros do Parlamento Federal e do Conselho Federal para a deliberação conjunta dos projetos de lei.”. Segue no mesmo artigo outras disposições, possibilidades de objeção pelo Conselho, dentre outras, que demonstram um forte controle de constitucionalidade antes mesmo da lei ser publicada.

Quanto à alteração da Lei Fundamental, o artigo 79 da Constituição Alemã prevê:

- (1) A Lei Fundamental só pode ser alterada por uma lei que expressamente complete ou modifique o seu texto. No caso de tratados internacionais relativos à regulamentação da paz, à preparação de uma regulamentação da paz, ou à extinção de uma ordem jurídica criada pela ocupação, ou que sejam destinados a servir à defesa da República Federal da Alemanha, será suficiente complementar o texto da Lei Fundamental com tal esclarecimento, para deixar claro que as disposições da Lei Fundamental não se opõem à conclusão ou à entrada em vigor de tais tratados.
- (2) Uma lei desse teor exige a aprovação de dois terços dos membros do Parlamento Federal e de dois terços dos votos do Conselho Federal.
- (3) Uma modificação desta Lei Fundamental é inadmissível se afetar a divisão da Federação em Estados, o princípio da cooperação dos Estados na legislação ou os princípios consignados nos artigos 1 e 20.⁹¹

Esse artigo contém as limitações ao poder reformador, a exigência de dois terços dos membros do *Bundestag* e dois terços dos votos do *Bundesrat* para que haja a aprovação de qualquer alteração que necessite expressamente alterar ou complementar a redação da Lei Básica; além de trazer a proibição de ferir o princípio Federativo; o princípio da cooperação dos Estados na legislação; e, os princípios

⁹¹ ALEMANHA. [Constituição (1949)]. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.**, cit.

consignados nos artigos 1⁹² e 20⁹³, exatamente os direitos fundamentais e disposições concernentes.

Quanto a essa exigência de que uma lei que altere o texto da Lei Fundamental deve citar expressamente o dispositivo alterado, Ingo Wolfgang Sarlet fazendo uma comparação com o direito brasileiro, questiona até que ponto isso se aplica no Brasil, na medida em que o Constituinte brasileiro não trouxe igual previsão, embora tenha previsto que a emenda seja promulgada pelas Mesas da Câmara e do Senado Federal com o respectivo número de ordem (art. 60, §3º, da C.F./88).⁹⁴

Concluindo seu raciocínio, culmina, o referido autor, por entender que seria de grande valia a implantação de idêntica solução no direito brasileiro, a fim de garantir a supremacia do direito constitucional formal, evitando que alterações da Constituição sem a respectiva modificação de seu texto possam colidir com os dispositivos constitucionais justificadas pelo fato de terem sido aprovadas pela maioria qualificada exigida para as reformas da Constituição.⁹⁵

De toda forma, há que se reconhecer a força do Estado Constitucional na Alemanha, não apenas por sua origem no pós-guerra e os aprendizados coletivos oriundos de tal evento, mas também como nos lembra o autor acima citado em artigo específico sobre a análise de Direito Comparado entre Alemanha e Brasil:

Mas se é correto afirmar que um bom texto, suficientemente aberto e representativo dos projetos e anseios de determinada sociedade política, constitui uma das garantias para o sucesso de uma ordem constitucional,

⁹² “Artigo 1º (dignidade humana)

GG (Lei Básica da República Federal da Alemanha)

(I) A dignidade humana é inviolável. Respeitá-los e protegê-los é dever de todo poder público.

(II) O povo alemão está, portanto, comprometido com os direitos humanos invioláveis e inalienáveis como base de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

(III) Os seguintes direitos fundamentais vinculam a legislação, o poder executivo e o judiciário como direito diretamente aplicável.” ALEMANHA. [Constituição (1949)]. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha., cit.

⁹³ “Artigo 20 (princípios constitucionais, direito de resistência)

GG (Lei Básica da República Federal da Alemanha)

(I) A República Federal da Alemanha é um estado federal democrático e social.

(II) Todo o poder do Estado emana do povo. 2 É exercido pelo povo nas eleições e votações e pelos órgãos especiais legislativos, executivos e judiciais.

(III) A legislação está vinculada à ordem constitucional, o poder executivo e o judiciário estão vinculados à lei e à justiça.

(IV) Todos os alemães têm o direito de resistir a qualquer um que pretenda abolir esta ordem se nenhum outro remédio for possível.” ALEMANHA. [Constituição (1949)]. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha., cit.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional., cit., p. 430 e 431.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 430 e 431.

também é correto afirmar que sem a correspondente “vontade de Constituição” (Hesse) e sem o labor fecundo dos órgãos constitucionais, com destaque para a jurisdição constitucional (sem que aqui se esteja a desconsiderar o peso da estabilidade econômica e institucional, bem como do processo político), o texto constitucional tende a se tornar obsoleto ou mesmo acaba destituído de normatividade efetiva. É, portanto, um conjunto de diversos fatores que explica o sucesso ou fracasso de uma ordem constitucional, razão pela qual se assume aqui o ônus da simplificação. O sucesso da Lei Fundamental não se afere, todavia, apenas pelo seu significado para o Estado e para o Povo da Alemanha, mas adquire um sentido mais abrangente, quando se avalia a influência do constitucionalismo alemão contemporâneo sobre outras ordens jurídicas. **Neste particular, sem prejuízo da evidente importância da Lei Fundamental para um expressivo número de outros Estados Constitucionais (o que se identifica tanto em termos de direito constitucional positivo, quando em termos doutrinários e jurisprudenciais), de tal sorte que, juntamente com o constitucionalismo norte-americano, a Lei Fundamental é tida hoje como a Constituição mais influente, em termos de direito comparado, no âmbito da evolução constitucional contemporânea (...).**⁹⁶ (*Grifo nosso*).

Especialmente no que tange aos direitos fundamentais, à jurisdição constitucional e ao sistema de controle de constitucionalidade, são inúmeras as influências do Direito Constitucional Alemão no Brasil, principalmente no que toca a presente pesquisa, a recepção da noção de deveres de proteção estatais e da consequente proibição da proteção insuficiente e noção do necessário controle das emendas constitucionais na base das assim designadas “cláusulas pétreas”, também associado à proteção do núcleo dos direitos fundamentais.⁹⁷

No que tange às “Disposições transitórias e finais”, comuns a diversos sistemas constitucionais, inclusive o brasileiro, na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha as mesmas estão previstas nos artigos 116 a 146, tratando de várias questões relacionadas à transição do regime anterior para o novo sistema jurídico, abordando uma variedade de assuntos, incluindo questões de recuperação da nacionalidade, suspensão da validade de dois direitos fundamentais⁹⁸, Reestruturação de Baden e de Württemberg, Reestruturação de Berlim e de Brandemburgo, Refugiados e exilados, Encargos da ocupação – Ônus resultantes da

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A lei fundamental da Alemanha nos seus 60 anos e o direito constitucional brasileiro: algumas aproximações.** Direitos Fundamentais & Justiça nº 7 – Abr./Jun. 2009. p. 92.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 94.

⁹⁸ “Artigo 117: [Suspensão da validade de dois direitos fundamentais]

(1) As disposições legais inconsistentes com o artigo 3 §2 continuarão em vigor até a sua adaptação a esta disposição da Lei Fundamental, mas não além do dia 31 de março de 1953.
(2) Leis que restrinjam o direito de locomoção e domicílio, tendo em conta a atual escassez de moradias, continuarão em vigor até serem revogadas por lei federal.” ALEMANHA, ref. 112.

guerra, Compensação dos gravames de guerra, Conceito de “maioria dos membros” entre outros⁹⁹.

⁹⁹ Excerto do Sumário da Lei Básica da Alemanha:

“XI. Disposições transitórias e finais:

Art. 116 [Definição do conceito “alemão” – Recuperação da nacionalidade]

Art. 117 [Suspensão da validade de dois direitos fundamentais]

Art. 118 [Reestruturação de Baden e de Württemberg]

Art. 118 a [Reestruturação de Berlim e de Brandemburgo]

Art. 119 [Refugiados e exilados]

Art. 120 [Encargos da ocupação – Ônus resultantes da guerra]

Art. 120 a [Compensação dos gravames de guerra]

Art. 121 [Conceito de “maioria dos membros”]

Art. 122 [Momento de transferência da função legislativa]

Art. 123 [Continuidade do direito anterior]

Art. 124 [Continuidade do direito no domínio da legislação exclusiva]

Art. 125 [Continuidade do direito no domínio da legislação concorrente]

Art. 125 a [Continuidade do direito federal – Substituição por direito estadual]

Art. 125 b [Continuidade de leis básicas – Poder de divergência dos Estados]

Art. 125 c [Continuidade do direito no setor das tarefas comuns]

Art. 126 [Decisão sobre a continuidade do direito como direito federal]

Art. 127 [Harmonização do direito na Zona Francesa e em Berlim]

Art. 128 [Continuidade do direito de instruções].

Art. 129 [Continuidade de poderes]

Art. 130 [Incorporação de instituições administrativas existentes]

Art. 131 [Antigos funcionários públicos]

Art. 132 [Aposentadoria de funcionários públicos]

Art. 133 [Sucessão legal da administração da Zona Econômica]

Art. 134 [Transferência dos bens do Reich]

Art. 135 [Sucessão legal dos bens de antigos Estados]

Art. 135 a [Compromissos anteriores]

Art. 136 [Primeira reunião do Conselho Federal]

Art. 137 [Elegibilidade de funcionários públicos]

Art. 138 [Tabelionato sul-alemão]

Art. 139 [Continuidade das prescrições legais de desnazificação]

Art. 140 [Direitos das comunidades religiosas]

Art. 141 [«Cláusula de Bremen»]

Art. 142 [Direitos fundamentais nas Constituições dos Estados]

Art. 142 a (revogado)

Art. 143 [Prazo de validade das divergências]

Art. 143 a [Legislação exclusiva sobre as ferrovias federais]

Art. 143 b [Transformação do Correio Federal Alemão]

Art. 143 c [Compensações pela abolição de tarefas comuns]

Art. 143 d [Regras transitórias no âmbito das ajudas de consolidação]”.

Art. 143 e [Autoestradas federais, conversão da gestão de tarefas]

Art. 143 f [Relações financeiras federais]

Art. 143 g [Prorrogação do Artigo 107]

Art. 144 [Aprovação da Lei Fundamental]

Art. 145 [Promulgação da Lei Fundamental]

Art. 146 [Prazo de vigência da Lei Fundamental]” ALEMANHA. [Constituição (1949)]. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha., cit.

Note-se que as disposições transitórias diferem das regras de transição de Emendas Constitucionais propriamente ditas, uma vez que essas servem para estabelecer regime de transição ante nova norma mais gravosa ou novo dever ou condicionamento trazido por revisão ou reforma constitucional, a fim de que isso seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais¹⁰⁰.

Nesse sentido, a Constituição da República Federal da Alemanha já passou por mais de sessenta alterações desde 1949, dentre elas, as disposições constitucionais para o rearmamento em 1956 e a legislação de emergência em 1968, além de reformas constitucionais significativas em 1994 após a reunificação e, em 2006 e 2009, reorganizando o sistema federalista, competências e estruturas financeiras da Alemanha¹⁰¹.

Não se verificou a existência de regra de transição de reformas constitucionais alemãs, o mais próximo disso, foram as alterações trazidas na 57ª Lei que alterou a Lei Básica da Alemanha que acrescentou o artigo 143-D¹⁰²

¹⁰⁰ Definição extraída do artigo 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), inserido pela Lei 13.655 de 25/04/2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942., cit.

¹⁰¹ ALEMANHA. Artigo. Constituição. **Constituição da República Federal da Alemanha**. Disponível em <https://www.bmi.bund.de/EN/topics/constitution/constitutional-issues/constitutional-issues.html> . Acesso em 30 abril 2024.

¹⁰² “[Regras transitórias no âmbito das ajudas de consolidação]

(1) Os Artigos 109 e 115, na versão vigente até 31 de julho de 2009, serão aplicados pela última vez no exercício orçamentário de 2010. Os Artigos 109 e 115, na versão vigente a partir de 1º de agosto de 2009, serão aplicados pela primeira vez no exercício orçamentário de 2011; não são afetadas as autorizações de crédito existentes em 31 de dezembro de 2010 para patrimônios fideicomissos já estabelecidos. No período de 1º de janeiro de 2011 até 31 de dezembro de 2019, os Estados podem divergir das disposições do Artigo 109, §3, de acordo com regulamentos vigentes da legislação estadual. Os orçamentos dos Estados devem ser estruturados de maneira a que a disposição do Artigo 109, §3, frase 5, seja cumprida no exercício orçamentário de 2020. No período de 1º de janeiro de 2011 até 31 de dezembro de 2015, a Federação pode divergir da disposição do Artigo 115, §2, frase 2. A redução do déficit existente deverá começar no exercício orçamentário de 2011. Os orçamentos anuais devem ser estruturados de maneira a que seja cumprida a disposição do Artigo 115, §2, frase 2, no exercício orçamentário de 2016; a matéria será regulamentada por uma lei federal.

(2) Aos Estados Berlim, Bremen, Sarre, Saxônia-Anhalt e Schleswig-Holstein podem ser concedidos recursos de consolidação do orçamento da Federação no período de 2011 até 2019, num valor total de 800 milhões de euros anuais, como ajuda para a observância das disposições do Artigo 109, §3, a partir de 1º de janeiro de 2020. Desse montante cabem 300 milhões de euros a Bremen, 260 milhões de euros ao Sarre e 80 milhões de euros respectivamente a Berlim, Saxônia-Anhalt e Schleswig-Holstein. As ajudas serão concedidas com base num acordo administrativo regulamentado por uma lei federal, com a aprovação do Conselho Federal. A concessão das ajudas está condicionada a uma completa redução dos déficits de financiamento até o fim do ano de 2020. Os pormenores, em especial as etapas anuais de redução dos déficits de financiamento, a fiscalização da redução dos déficits de financiamento através do Conselho de Estabilidade, bem como as consequências no caso da inobservância das etapas de redução,

trazendo prazos de vigência de determinados dispositivos, bem como recursos de consolidação e prazos para alguns Estados, além da possibilidade de regulamentação de detalhes por lei federal que exigisse a aprovação do Conselho Federal. Mas o que chama a atenção aqui é que essa disposição transitória de lei de reforma à Lei Básica acrescentou dispositivo justamente na parte das Disposições transitórias e finais da própria Lei Maior, não deixando margem de dúvidas ou fatos pendentes sem prévia estipulação de prazo exato de duração.

3.2 Reforma da Constituição na Itália

A Constituição da República Italiana (*Costituzione Italiana*) em vigor vige desde 1947 quando aprovada pela Assembleia Constituinte e inicia elencando seus princípios fundamentais do artigo 1 ao artigo 12, onde basicamente prevê a forma de República Democrática, baseada no trabalho, reconhecendo a soberania do povo que a exerce nas formas e nos limites da Constituição. Garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual ou social, igualdade, proteção contra discriminação por sexo, raça, língua, religião, opinião política e condições pessoais e sociais. Reconhece o direito ao trabalho, e, curiosamente prevê que: “Todos os cidadãos têm o dever de exercer, segundo as próprias possibilidades e a própria opção, uma atividade ou uma função que contribua para o progresso material ou espiritual da sociedade” (art. 4º, segunda parte).

Ainda como direitos fundamentais, reconhece a República como uma e indivisível, promovendo as autonomias locais, tutela as minorias linguísticas,

serão regulamentados através de lei federal com a aprovação do Conselho Federal e através de acordo administrativo. Fica proibida a concessão simultânea de ajudas de consolidação e ajudas de saneamento, em razão de emergência orçamentária extrema.

(3) A sobrecarga financeira resultante da concessão de ajudas de consolidação será assumida meio a meio pela Federação e os Estados, estes com recursos da sua participação no imposto sobre o faturamento. A matéria será regulamentada por lei federal, com a aprovação do Conselho Federal.

(4) Como auxílio ao futuro cumprimento autônomo dos requisitos do Artigo 109, §3, a partir de 1º de janeiro de 2020, os Estados de Bremen e do Sarre podem receber da Federação uma ajuda de saneamento no total de 800 milhões de euros por ano. Os Estados tomam para isso medidas de redução do endividamento excessivo e de fortalecimento da força econômica e financeira. Os detalhes serão regulamentados por uma lei federal que exige a aprovação do Conselho Federal. É excluída a concessão simultânea de ajuda de saneamento e de ajuda de saneamento em decorrência de extrema emergência orçamentária.” ALEMANHA. [Constituição (1949)]. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha., cit.

reconhece Estado e Igreja Católica como independentes e soberanos, cujas relações são regulamentadas por Pactos Lateranenses. Entretanto, garante também a liberdade de todas as confissões religiosas desde que não contrastem com o ordenamento jurídico italiano. Promove o desenvolvimento da cultura e a pesquisa científica e técnica, tutela a paisagem e o patrimônio histórico e artístico da Nação. Adequa-se às normas do direito internacional geralmente reconhecidas como garantia de asilo e proibição de extradição de estrangeiros por crimes políticos. Repudia expressamente a guerra como instrumento de ofensa à liberdade dos outros povos e como meio de resolução das controvérsias internacionais, entre outros.

Possuem um Tribunal Constitucional que, conforme previsão do artigo 134 da Constituição Italiana, tem competência para julgar as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos com força de lei do Estado e das Regiões; sobre os conflitos de atribuição entre os poderes do Estado e sobre aqueles entre o Estado e as Regiões, e entre as Regiões; sobre as acusações fomentadas contra o Presidente da República, em conformidade com a Constituição e ainda pelo art. 2 da Lei Constitucional nº 1 podem realizar juízo de admissibilidade sobre pedidos de *referendum abrogativo* previsto no art. 75 da Constituição.¹⁰³

É de se esclarecer que no que concerne às fontes de direito comunitário, a verificação de legitimidade constitucional das leis italianas não compete mais à Corte Constitucional, mas a todo e qualquer juiz que se encontre diante do dever de decidir uma controvérsia relativa a uma fatispécie disciplinada por uma lei e por um regulamento comunitário entre eles contraentes, aproximando-se nesses casos à ideia do controle difuso.¹⁰⁴

Cabe ainda mencionarmos que quando o Tribunal declara a ilegitimidade constitucional de uma norma de lei ou de um ato tendo força de lei, a norma cessa de ter eficácia a partir do dia seguinte à publicação da decisão (art. 134, primeira parte). E no artigo seguinte, segunda parte, há menção de que contra as decisões do Tribunal constitucional não é admitida nenhuma impugnação.

No que se refere à Revisão da Constituição e das Leis Constitucionais propriamente ditas, o artigo 138 prevê:

¹⁰³ CICCONE, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinskeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2^a ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 154.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 154.

As leis de revisão da Constituição e as outras leis constitucionais são adotadas por cada uma das Câmaras por duas deliberações sucessivas com intervalo não inferior aos três meses, e são aprovadas com maioria absoluta pelos membros de cada uma das Câmaras na segunda votação.

As próprias leis são submetidas a referendo popular quando, no prazo de três meses da sua publicação, são pedidas por um quinto dos membros de uma Câmara ou quinhentos mil eleitores ou cinco Conselhos regionais. A lei submetida a referendo não é promulgada, se não for aprovada pela maioria dos votos válidos.

Não há lugar a referendo se a lei tiver sido aprovada na segunda votação de cada uma das Câmaras com a maioria de dois terços dos seus membros.¹⁰⁵

No artigo seguinte consta apenas que a forma republicana não pode ser objeto de revisão constitucional.

Percebe-se que há um requisito de rigidez ao se exigir para sua aprovação duas deliberações por cada uma das Câmaras, com intervalo não inferior a três meses e por votação da maioria absoluta dos membros de cada casa legislativa.

À primeira vista seria possível supor que os direitos fundamentais, por sua vez, não se encontram expressamente proibidos de alteração da mesma forma que consta em relação a forma republicana, entretanto, ainda no artigo 138 encontra-se a possibilidade de submissão das próprias leis de revisão à referendo popular, com os requisitos constantes no artigo, porém, em sendo o povo soberano, poderia, em tese, manifestar-se contrário às referidas alterações.

Entretanto, ao tratar dos aspectos materiais do controle de constitucionalidade no direito italiano, Stefano Maria Cicconetti e Anderson Vichinskeski Teixeira esclarecem que:

Em segundo lugar, a possibilidade que as leis – constitucionais em regime de Constituição rígida, e ordinárias em regime de Constituição flexível – estejam viciadas em seu conteúdo subsiste no caso em que elas violem os limites da revisão constitucional, entendendo-se com tal expressão as proibições de modificar determinadas normas ou princípios, proibições que podem ser expressas, segundo a opinião que parece mais razoável, ou ainda tácitas, segundo a opinião hoje preponderante na Corte Constitucional.¹⁰⁶

Em nota, citam os autores supra a Sentença nº 1.146 de 1988, na qual a Corte textualmente afirma:

¹⁰⁵ ITÁLIA. [Constituição (1947)]. **Constituição da República Italiana em português**. Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹⁰⁶ CICCONETTI, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinskeski. Jurisdição constitucional comparada., cit., p. 162.

A Constituição italiana contém alguns princípios supremos que não podem ser subvertidos ou modificados no seu conteúdo essencial, nem sequer por leis de revisão constitucional ou por outras leis constitucionais. Tais são tanto os princípios que a própria Constituição explicitamente prevê como limites absolutos ao poder de revisão constitucional, como a forma republicana (art. 139 da Constituição), os princípios que, mesmo não estando expressamente mencionados entre aqueles não passíveis de serem submetidos ao procedimento de revisão constitucional, pertencem à essência dos valores supremos sobre os quais se funda a Constituição italiana.¹⁰⁷

Nota-se com isso que a proteção aos direitos fundamentais nas hipóteses de revisão constitucional está sendo de alguma sorte realizada pela Corte Constitucional considerando a essência dos valores supremos sobre os quais se funda a Constituição italiana, sendo, entretanto, inegável que as possibilidades de restrição ou afetação dos direitos fundamentais são mais amplas que nas hipóteses de Constituições com cláusulas pétreas.

No que concerne às disposições transitórias, tem-se também um item ao final do texto que prevê que com a entrada em vigor da Constituição, o Chefe provisório de Estado exerceria as atribuições do Presidente e assumiria esse título, além de outras previsões de adequação da antiga norma à nova Lei Maior, previsões de revisão com prazo determinado, previsão de recepção do ordenamento judicial anterior que estivesse em conformidade com a Constituição até a emanação de nova lei, a proibição expressa de reorganização sob qualquer forma do dissolvido partido fascista, além de outras determinações de caráter temporal a serem realizadas a fim de adequar todas as atividades e órgãos de Estado, terminando, por fim, com a seguinte afirmação: “A Constituição deverá ser fielmente respeitada como lei fundamental da República por todos os cidadãos e pelos órgãos de Estado”.

A Lei Fundamental já passou por vinte e uma alterações através de leis constitucionais na forma exposta no pelo próprio Senato della Repubblica¹⁰⁸, sendo usado sistematicamente o sistema de direito transitório, com novas normas que deveriam existir até que fossem realizadas as intervenções posteriores requeridas pela novel legislação, entretanto, a tradicional inércia do legislador constitucional em dar seguimento às disposições constitucionais transitórias prolonga situações

¹⁰⁷ CICCONETTI, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinskeski. Jurisdição constitucional comparada., cit., p. 162.

¹⁰⁸ ITÁLIA. **Note alla Costituzione**. Disponível em: <https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione/note-alla-costituzione> . Acesso em: 01 abr. 2024.

jurídicas que, muitas vezes, causam favorecimento com intenção neocentralista¹⁰⁹, além de inúmeros outros problemas fático-jurídicos.

3.3 Reforma da Constituição na França

A Constituição da República Francesa em vigor foi promulgada em 03 de junho de 1958 e já em seu Preâmbulo assegura seu compromisso com os direitos humanos e os princípios da soberania nacional, conforme definido pela Declaração de 1789, confirmada e completada pelo Preâmbulo da Constituição de 1946, bem como com os direitos e deveres definidos na Carta Ambiental de 2004.

Garante a aplicabilidade dos direitos fundamentais ratificando o compromisso assumido desde a famosa Declaração de 1789, a qual também em Preâmbulo surpreendentemente consignava que “a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos”, e, em seguida começa a elencar direitos como a liberdade e igualdade, atentando que distinções sociais somente poderiam fundamentar-se na utilidade comum (I). Continua a referida Declaração prevendo o direito de associação política para conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem que segundo consta no próprio inciso II seriam a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.¹¹⁰ Inúmeros outros direitos e deveres estão descritos nessa Declaração de 1789.¹¹¹

¹⁰⁹ SCARLATTI, Paulo. **Diritto costituzionale transitorio**, Napoli, 2016, Passim. p. 209.

¹¹⁰ FRANÇA. [Constituição (1958)]. Constituição Francesa em português. Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹¹¹ Além dos direitos do homem e do cidadão dos itens I e II da Declaração de 1789 citados no texto acima, tem-se os seguintes:

“III - O princípio de qualquer soberania reside essencialmente na Nação. Nenhum grupo ou indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

IV - A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem tem limites apenas no que assegura aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser determinados pela Lei.

V - A lei tem o direito de defender apenas as ações prejudiciais à sociedade. Tudo o que não é proibido por lei não pode ser impedido, e nenhuma pessoa deve ser constrangida a fazer o que ela não ordene.

VI - A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm direito de contribuir pessoalmente, ou pelos seus representantes, à sua formação. Deve ser a mesma para todos, seja para fins de proteção ou punição. Todos os cidadãos iguais aos seus olhos são igualmente admissíveis a todas

A Constituição de 1946 também elenca outros princípios políticos, econômicos e sociais, tais como a igualdade de direitos entre homens e mulheres em todas as áreas, asilo político, dever de trabalhar e direito de obter emprego, proibição de discriminação no trabalho ou emprego devido às suas crenças, origens ou opiniões, entre outros.¹¹²

as dignidades, lugares e empregos públicos, de acordo com a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

VII - Nenhum homem pode ser acusado, preso ou detido exceto nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por ela prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou fazem executar ordens arbitrárias devem ser punidos; porém, qualquer cidadão chamado ou apreendido em virtude da lei deve obedecer imediatamente: caso contrário, torna-se culpado de resistência.

VIII - A lei deve estabelecer penalidades estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido apenas em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito, e legalmente aplicada.

IX - Tendo em vista que todo homem é presumido inocente até que declarado culpado, caso seja julgado indispensável prendê-lo, todo rigor desnecessário à detenção da sua pessoa deverá ser restringido severamente pela lei.

X - Ninguém pode ser assediado por causa de suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

XI - A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: qualquer cidadão pode portanto falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, no entanto, pelo abuso dessa liberdade nos casos determinados pela Lei.

XII - A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública: essa força é instituída, portanto, em prol de todos, e não para o benefício específico daqueles a quem é confiada.

XIII - Para a manutenção da força pública, e para as despesas de administração, uma contribuição comum é indispensável: deve ser repartida igualmente entre todos os cidadãos, conforme suas possibilidades.

XIV - Todos os cidadãos têm o direito de constatar, por eles mesmos ou pelos seus representantes, a necessidade da contribuição pública, consenti-la livremente, acompanhar o seu emprego, e de lhe determinar a quota, a base, a cobrança e a duração.

XV - A sociedade tem o direito de pedir a prestação de contas de um funcionário público pela sua administração.

XVI - Qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição alguma.

XVII - Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém dela deve ser privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente constatada, o exigir e sob a condição de uma justa e prévia indenização." FRANÇA. [Constituição (1958)]. Constituição Francesa em português., cit.

¹¹² Referência no texto aos itens 3,4 e 5 da Carta Constitucional de 1946, prosseguindo a norma com as seguintes disposições:

“5. Toda pessoa tem o dever de trabalhar e o direito de obter um emprego. Ninguém pode ser lesado, no seu trabalho ou no seu emprego, devido às suas origens, as suas opiniões ou as suas crenças.

6. Todo homem pode defender os seus direitos e os seus interesses pela ação sindical e aderir ao sindicato de sua escolha.

7. O direito de greve exerce-se no âmbito das leis que o regulamentam.

8. Todo trabalhador participa, por meio dos seus representantes, da determinação coletiva das condições de trabalho, bem como da gestão das empresas.

9. Qualquer bem e empresa cuja exploração tenha ou adquira as características de um serviço público nacional ou de um monopólio de fato deve tornar-se propriedade da comunidade.

10. A Nação assegura ao indivíduo e à família as condições necessárias ao seu desenvolvimento.

11. Garante a todos, inclusive à criança, à mãe e aos trabalhadores idosos, proteção da saúde, segurança material, descanso e lazer. Qualquer ser humano que, devido à sua idade, estado físico ou mental, situação econômica, se encontre incapaz de trabalhar tem o direito de obter da comunidade os meios de subsistência adequados.

A Carta Ambiental de 2004 também proclama direitos como o de viver em um ambiente equilibrado e respeitoso à saúde (artigo 1º); dever de participar da preservação e da melhoria do meio ambiente (artigo 2º) entre outros.¹¹³

Verifica-se no Capítulo V que trata das relações entre o Parlamento e o Governo, em especial no artigo 34 que a lei pode estabelecer as regras relativas aos direitos civis e às garantias fundamentais concedidas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas, entre outras.

Já no artigo 61 tem-se a previsão que as leis orgânicas, antes da sua promulgação, assim como as propostas de lei mencionadas no artigo 11 antes de

12. A Nação proclama a solidariedade e a igualdade dos franceses perante as despesas resultantes das calamidades nacionais.

13. A Nação garante a igualdade de acesso à criança e aos adultos à educação, formação profissional e à cultura. Compete ao Estado a organização do ensino público gratuito e laico, em todos os níveis.

14. A República francesa, fiel às suas tradições, conforma-se às regras do direito público internacional. Não empreenderá nenhuma guerra visando a conquista e nunca utilizará as suas forças contra a liberdade de nenhum povo.

15. Sob reserva de reciprocidade, a França consente às limitações de soberania necessárias para a organização e a defesa da paz.

16. A França forma com os povos ultramarinos uma União fundada sobre a igualdade dos direitos e dos deveres, sem distinção de raça nem de religião.

17. A União francesa é composta de nações e povos que combinam ou coordenam os seus recursos e os seus esforços em comum para desenvolver as suas respectivas civilizações, aumentar o seu bem-estar e garantir a sua segurança.

18. Fiel à sua missão tradicional, a França se propõe a conduzir os povos perante os quais ela assumiu a responsabilidade de garantir a liberdade de governar a si mesmos e democraticamente gerir seus próprios assuntos; excluindo qualquer sistema de colonização baseado na arbitrariedade, garantindo a todos igual acesso às funções públicas e ao exercício de direitos individuais ou coletivos e às liberdades proclamadas ou confirmadas acima.” FRANÇA. [Constituição (1958)]. Constituição Francesa em português., cit.

¹¹³ “ARTIGO 3º. Toda pessoa deve, nas condições definidas pela lei, prevenir as ameaças que pode causar ao meio ambiente ou, caso contrário, limitar suas consequências.

ARTIGO 4º. Toda pessoa deve contribuir para reparar os danos que causa ao meio ambiente, nas condições definidas pela lei.

ARTIGO 5º. Quando a ocorrência de qualquer dano, embora incerto no atual estado dos conhecimentos científicos, possa afetar de maneira grave e irreversível o meio ambiente, os poderes públicos devem garantir a aplicação do princípio de precaução e, no âmbito de suas atribuições, a aplicação de procedimentos de avaliação dos riscos e a adoção de medidas provisórias e proporcionais a fim de evitar a ocorrência do dano.

ARTIGO 6º. As políticas públicas devem promover o desenvolvimento sustentável. Para este fim, conciliar a proteção e a valorização do meio ambiente, o desenvolvimento econômico e o progresso social.

ARTIGO 7º. Toda pessoa tem o direito, nas condições e nos limites definidos pela lei, ao acesso às informações relativas ao meio ambiente detidas pelas autoridades públicas e de participar na elaboração das decisões públicas que afetam o meio ambiente.

ARTIGO 8º. A educação e a formação para o meio ambiente devem contribuir para o exercício dos direitos e deveres definidos pela presente Carta.

ARTIGO 9º. A pesquisa e a inovação devem fazer sua contribuição para a preservação e para o desenvolvimento do meio ambiente.

ARTIGO 10º. A presente Carta inspira a ação europeia e internacional da França.” FRANÇA. [Constituição (1958)]. Constituição Francesa em português., cit.

serem submetidas ao referendo e os regulamentos das assembleias parlamentares, antes da sua aplicação, devem ser submetidos ao Conselho Constitucional, que se pronuncia sobre a sua conformidade com a Constituição. Com os mesmos fins, as leis podem ser submetidas ao Conselho Constitucional, antes da sua promulgação, pelo Presidente da República, Primeiro-Ministro, presidente da Assembleia Nacional, Presidente do Senado ou por sessenta deputados ou sessenta senadores. Nos casos previstos nos dois parágrafos precedentes, o Conselho constitucional deve deliberar no prazo de um mês. No entanto, a pedido do Governo, se há urgência, este prazo é reduzido para oito dias. Nesses casos, o encaminhamento para o Conselho Constitucional suspende o prazo para a promulgação.

Já no 61º-1 da Constituição Francesa, acrescentado na reforma constitucional de 2008 é que de fato iniciou-se na França um controle *a posteriori* das leis, semelhante ao controle difuso, uma vez que no âmbito de um processo pendente perante um órgão jurisdicional, se uma disposição legislativa ameaça direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser convocado para analisar o caso por meio de citação do Conselho de Estado ou do Supremo Tribunal, que se pronuncia em um prazo determinado. Aduz ainda o referido dispositivo que uma lei orgânica determina as condições de aplicação do artigo.

Essa reforma de 2008 como nos lembram os autores Stefano Maria Cicconetti e Anderson Vichinskeski Teixeira foi “um processo de democratização do acesso à justiça constitucional mediante a utilização já da jurisdição ordinária para fins de assegurar a proteção dos direitos e garantias individuais.”¹¹⁴

O artigo 62 por sua vez deixa claro que se uma determinada disposição for declarada inconstitucional com base no artigo 61 não pode ser promulgada ou executada. Ainda que uma disposição declarada inconstitucional com base no artigo 61-1 é revogada a contar da publicação da decisão do Conselho Constitucional ou de uma data posterior fixada por esta decisão. O Conselho Constitucional determina as condições e limites nos quais os efeitos que a disposição produziu são susceptíveis de serem questionados. As decisões do Conselho Constitucional não são sujeitas a recurso. Impõem-se aos poderes públicos e todas as autoridades administrativas e jurisdicionais.

¹¹⁴ CICCONETTI, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinskeski. Jurisdição constitucional comparada., cit., p. 307.

A possibilidade de revisão constitucional propriamente dita encontra-se no Capítulo XVI da Constituição Francesa, em especial no artigo 89 que assim prevê:

A iniciativa da revisão da Constituição pertence conjuntamente ao Presidente da República mediante proposta do Primeiro-Ministro e dos membros do Parlamento.

O projeto ou proposta de revisão deve ser considerado nas condições de prazo previsto no terceiro parágrafo do artigo 42 e votado por duas assembleias em termos idênticos. A revisão é definitiva após ter sido aprovada por referendo.

No entanto, o projeto de revisão não é apresentado no referendo quando o Presidente da República decide apresentá-lo ao Parlamento, convocado em Congresso; Nesse caso, o projeto de revisão é aprovado apenas se reunir a maioria de três quintos dos votos válidos. A mesa do Congresso é a Assembleia Nacional.

Nenhum procedimento de revisão pode ser iniciado ou instaurado quando é violada a integridade do território.

A forma republicana de governo não pode ser objeto de revisão.¹¹⁵

Em que pese a garantia prevista no Preâmbulo e acima citada acerca dos direitos fundamentais, as únicas proibições expressas ao texto de revisão são as atinentes à impossibilidade de iniciar ou instaurar processo de revisão quando é violada a integridade do território, bem como a forma republicana de governo que não pode ser objeto de revisão.

Verifica-se ainda que o projeto ou a proposta deve ser votado por duas assembleias, tornando-se definitiva a revisão apenas após aprovação por referendo.

A referida Constituição Francesa já passou por vinte e cinco reformas e no que se refere às Disposições Transitórias apenas constatou-se no Capítulo XIII da própria Lei Maior – posteriormente revogado pelo artigo 14 da Lei Constitucional nº 95-880 de 04/08/1995 e reintegrado pela Lei Constitucional nº 98-610 de 20/07/1998 – a existência de *Disposições Transitórias relativas à Nova Caledônia*, as quais previam que as populações desse território precisavam se pronunciar antes de 31 de dezembro de 1988 sobre as disposições do acordo assinado em Nouméa em 05 de maio de 1988, publicado em 27 de maio de 1988 prevendo várias medidas necessárias para a execução do referido acordo.

¹¹⁵ FRANÇA. [Constituição (1958)]. Constituição Francesa em português., cit.

3.4 Reforma da Constituição nos Estados Unidos da América

A Constituição dos Estados Unidos da América apresenta-se com um texto sucinto, com apenas vinte e sete Emendas desde sua promulgação em 1787.

Não há uma lista, nome de seção, capítulo ou título na Constituição Norte Americana que elenque direitos ou garantias como fundamentais, entretanto, se convencionou chamar as previsões contidas nas Emendas como Declaração de Direitos.

Nesse sentido, a partir da Emenda I já se encontra tanto a garantia do livre exercício de cultos, a liberdade de expressão, de imprensa, de reunir-se pacificamente e de acesso ao Governo como um todo, e, na mesma Emenda I já foi prevista a limitação de revisão de tal dispositivo ao estabelecer que o Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião ou proibir o livre exercício dos cultos; ou cerceando essas liberdades expressas no dispositivo.

Na Emenda II da Constituição dos Estados Unidos da América consta expresso o direito do povo de possuir e usar armas.

Na Emenda IV da Constituição há previsão de inviolabilidade de pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias como direito do povo que não poderá ser infringido; e ainda que nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.

Na famosa quinta Emenda da Constituição dos EUA encontra-se a proibição de detenção para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas foças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

Inúmeras outras disposições estão contidas nas Emendas seguintes da Carta Constitucional como por exemplo a proibição de escravidão, de trabalhos forçados,

salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado¹¹⁶, não cabendo, pois, a presente pesquisa a citação de todos os dispositivos da íntegra, sendo, atualmente, de fácil obtenção e acesso.

Quanto à forma de revisão constitucional, verifica-se a seguinte disposição constitucional:

ARTIGO V

Sempre que dois terços dos membros de ambas as Câmaras julgarem necessário, o Congresso proporá emendas a esta Constituição, ou, se as legislaturas de dois terços dos Estados o pedirem, convocará uma convenção para propor emendas, que, em um e outro caso, serão válidas para todos os efeitos como parte desta Constituição, se forem ratificadas pelas legislaturas de três quartos dos Estados ou por convenções reunidas para este fim em três quartos deles, propondo o Congresso uma ou outra dessas maneiras de ratificação.

Nenhuma emenda poderá, antes do ano de 1808, afetar de qualquer forma as cláusulas primeira e quarta da Seção 9, do Artigo I, e nenhum Estado poderá ser privado, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado.¹¹⁷

Como refere Stephen Breyer, jurista e ex-juiz associado da Suprema Corte, ao referir que uma decisão da Suprema Corte somente pode ser modificada ou revogada por emenda à Constituição: “E a Constituição é difícil de emendar, exigindo o voto afirmativo de dois terços de cada casa do Congresso mais a aprovação de três quartos dos estados ou a convocação de uma convenção nacional especial (o que nunca foi feito). Em uma palavra: O documento criador do quadro, a saber, a Constituição, é breve, geral, prático e permanente”.¹¹⁸

Outro jurista norte americano, Jonh Hart Ely, também retratando o quadro de revisão constitucional do EUA, refere que: “Se considerarmos o que é necessário para emendar a Constituição, é provável que uma emenda recente represente, se não necessariamente um consenso, pelo menos os sentimentos da maioria da população contemporânea.”¹¹⁹ Existem situações de propostas que tramitam por décadas e

¹¹⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Emenda XIII, Seção 1, Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/browse/amendment-13/section-1/#:~:text=Section%201%20Prohibition%20on%20Slavery,place%20subject%20to%20their%20jurisdiction>. Acesso em 15 jan. 2023.

¹¹⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Emenda XIII, Seção 1, Constituição dos Estados Unidos da América, cit..

¹¹⁸ BREYER, Stephen. **Making our Democracy Work. A judge's view**. New York: Alfred A. Knopf, 2010. p. 256. (Tradução nossa).

¹¹⁹ ELY, Jonh Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 15.

acabam mesmo assim, em face da rigidez dos requisitos para aprovação das emendas, não sendo promulgadas. Exemplifica o referido autor com uma proposta de emenda:

Redigida em 1920 por Alice Paul, uma militante do movimento feminista, a Emenda dos Direitos Iguais, mais conhecida como ERA (*Equal Rights Amendment*), foi proposta ao Congresso norte-americano em dezembro de 1923. Somente em 1971 a emenda foi aprovada pela Câmara dos Deputados, em 12 de outubro, e depois pelo Senado, em 22 de março de 1972. A ERA foi então enviada aos estados para ratificação, conforme determina o artigo V da Constituição Federal, tendo o Congresso fixado como termo final o dia 22 de março de 1979. Durante esses sete anos, apenas 35 estados, dos 38 exigidos pela Constituição, a ratificaram, sendo que quatro rescindiram as ratificações antes do termo final e quinto estado, Dakota do Sul, declarou que sua ratificação estaria revogada em 22 de setembro de 1979 caso não houvesse aprovação por três quartos dos estados. Em 1978, aproximando-se o termo final para a ratificação da ERA, o Congresso aprovou a extensão do termo final para 30 de junho de 1982. Em dezembro de 1981, uma corte distrital afirmou, no caso *State of Idaho et. al. vs. Freeman*, que a extensão do termo final era inconstitucional e que os estados poderiam, de fato, revogar as ratificações já dadas sobre uma proposta de emenda para a Constituição Federal. Quando questionada em 1982, a Suprema corte norte-americana recusou-se a discutir a questão, afirmando que, se o segundo termo já havia sido ultrapassado, não havia razão para um pronunciamento acerca da sua constitucionalidade. Uma teoria conhecida por “Three State Strategy” sustenta que as 35 ratificações ainda são válidas, por não poderem ser rescindidas, e que, se houver ratificação por mais 3 estados, a emenda poderia entrar em vigor. Ver a respeito Allison Het *et al.* “The Equal Rights Amendment: Why the ERA Remains Legally Viable and Properly Before the States”, *William & Mary Journal of Women and the Law*, vol. 31, 1997. (N. do R.T.).¹²⁰

Em que pese não ser objeto do presente estudo, a análise do controle de constitucionalidade no Direito Comparado, cabe referir que a ausência de previsão constitucional expressa acerca do controle de constitucionalidade enquanto elimina um mecanismo de controle concentrado, adota o controle difuso que pode ser exercido por qualquer juiz com base no artigo 6º, §2º da Constituição (que diz que todo o juiz deve interpretar e aplicar tanto a lei quanto a Constituição), bem como o princípio do *stare decisis*, ou seja, as decisões proferidas pela Suprema Corte em face da análise da constitucionalidade de casos concretos vinculará a todos os demais juízes.¹²¹

¹²⁰ ELY, Jonh Hart. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade., cit., p. 61 e 62.

¹²¹ CICCONE, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinskeski. Jurisdição constitucional comparada., cit., p. 334 e 335.

Resta evidente, portanto, a rigidez da Constituição norte americana quanto à possibilidade de revisão constitucional, sendo, demasiadamente difícil a aprovação de emendas à Constituição, tanto é que ao longo de mais de 235 (duzentos e trinta e cinco) anos de vigência, foram publicadas apenas 27 (vinte e sete) emendas, sendo que a maioria delas foi justamente para deixar expressa e elevar como valores supremos do povo alguns direitos considerados essenciais, não se verificando igualmente em seus textos quaisquer regras de transição a exemplo do Brasil.

3.5 Reforma da Constituição no Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem em seu Título II, denominado “dos direitos e garantias fundamentais” doze artigos subdivididos em cinco capítulos: “dos direitos e deveres individuais e coletivos (artigo 5º); dos direitos sociais (artigos 6º a 11); da nacionalidade (artigos 12 e 13); dos direitos políticos (artigos 14 a 16); e, dos partidos políticos (artigo 17)”¹²².

No *caput* do extenso e de suma importância artigo 5º verifica-se a previsão de que 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, seguindo-se setenta e nove incisos que dispõem, não exclusivamente, direitos e garantias fundamentais.

Quanto às disposições acerca do poder de reforma, o constituinte originário brasileiro expressamente consignou que a Constituição poderia ser emendada mediante a proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; ou do Presidente da República; ou ainda de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.¹²³

Limitou ainda no aspecto temporal a possibilidade de emenda na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.¹²⁴ Nesse aspecto, para as matérias objeto de emendas rejeitadas ou prejudicadas, trouxe o constituinte

¹²² BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cit.

¹²³ Artigo 60, I, II e III, da C.F./88. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cit.

¹²⁴ Artigo 60, §1º, da C.F./88. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cit.

originário limitação no sentido de não ser possível a essas matérias serem objeto de novas propostas na mesma sessão legislativa em que foram rejeitadas ou prejudicadas.¹²⁵

Quanto aos requisitos formais para aprovação da proposta, previu que a proposta deve ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados Federais e Senado Federal) em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.¹²⁶

Após aprovação, será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.¹²⁷

Chega-se aqui ao ponto chave acerca da proteção dos direitos fundamentais frente às emendas constitucionais, uma vez que o constituinte originário expressamente consignou que não seria objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.¹²⁸

Essas são as denominadas cláusulas pétreas da C.F./88, acerca das quais há, apesar da clareza do texto constitucional, inúmeras discussões judiciais, algumas das quais serão oportunamente abordadas no presente pesquisa.

Algo muito peculiar ao Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil é a existência de regras de transição no próprio texto constitucional das Emendas à Constituição, a exemplo da Emenda Constitucional 20/1998 que em seu artigo 8º¹²⁹, posteriormente revogado pela Emenda Constitucional 41/2003, previa

¹²⁵ Artigo 60, §5º, da C.F./88. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cit.

¹²⁶ Artigo 60, §2º, da C.F./88. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cit.

¹²⁷ Artigo 60, §3º, da C.F./88. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cit.

¹²⁸ Artigo 60, §4º, I, II, III e IV, da C.F./88. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cit.

¹²⁹ “Art. 8º Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas, é assegurado o direito à aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, § 3º, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação desta Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

- I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;
- II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria;
- III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:
 - a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e
 - um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.
 - b)

norma de transição relativa à aposentadoria dos servidores públicos que tivessem ingressado no serviço público até o advento da própria EC 20/1998 que trazia normas mais gravosas aos servidores públicos. Inúmeras outras regras de transição poderiam ser citadas, seguindo a análise de algumas delas no próximo capítulo que trabalhará questões de Emendas Constitucionais paradigmáticas para o contexto das regras de transição constitucionais.

De qualquer sorte, cabe citar o magistério de José Joaquim Gomes Canotilho: “entre a permanência indefinida da disciplina jurídica existente e a aplicação incondicionada da nova normação, existem soluções de compromisso plasmadas em normas ou disposições transitórias”¹³⁰.

Justamente nessa busca de soluções de compromisso que honrem a tradição jurídica constitucional é que se busca compreender quais as formas mais adequadas do ordenamento jurídico trazer essas regras de transição.

Nesse sentido, o mesmo autor nos esclarece:

§ 1º O servidor de que trata este artigo, desde que atendido o disposto em seus incisos I e II, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

- a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que,
- b) na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;

II - os proventos da aposentadoria proporcional serão equivalentes a setenta por cento do valor máximo que o servidor poderia obter de acordo com o *caput*, acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento.

§ 2º Aplica-se ao magistrado e ao membro do Ministério Público e de Tribunal de Contas o disposto neste artigo.

§ 3º Na aplicação do disposto no parágrafo anterior, o magistrado ou o membro do Ministério Público ou de Tribunal de Contas, se homem, terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento.

§ 4º O professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data da publicação desta Emenda, tenha ingressado, regularmente, em cargo efetivo de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no *caput*, terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício das funções de magistério.

§ 5º O servidor de que trata este artigo, que, após completar as exigências para aposentadoria estabelecidas no *caput*, permanecer em atividade, fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria contidas no art. 40, § 1º, III, a, da Constituição Federal.” BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm. Acesso em: 12 mar. 2024.

¹³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2002. p. 256.

Os instrumentos do direito transitório são vários: confirmação do direito em vigor para os casos cujos pressupostos se gerarem e desenvolverem à sombra da lei antiga; entrada gradual em vigor da lei nova; dilatação da 'vacatio legis'; disciplina específica para situações, posições ou relações jurídicas imbricadas com as 'leis velhas' com as 'leis novas'.¹³¹

Essa característica justifica-se principalmente pela extensão de situações alcançadas pelo texto constitucional brasileiro, e, por óbvio, as necessidades de mudança acabam se tornando mais frequentes e, a fim de salvaguardar a promoção de segurança jurídica, a proibição do retrocesso e a proteção da confiança, diretamente ligada à segurança jurídica, restou necessária a criação de regras de transição.

E eis a grande celeuma, as regras de transição trazidas por Emendas Constitucionais em face às cláusulas pétreas, à segurança jurídica, a proteção da confiança e à proibição do retrocesso.

¹³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição., cit., p. 256.

4 REFLEXOS DO EXERCÍCIO DO PODER DE REFORMA NO BRASIL NO CONSTITUCIONALISMO DE 1988

Partindo-se do fato de que a República Federativa do Brasil conta com 133 Emendas Constitucionais até agosto de 2024 é inevitável se perguntar acerca do porquê desse excesso de emendamento constitucional e em que medida isso pode ser capaz de enfraquecer o ideário do Estado Democrático de Direito?

São trinta e cinco anos de vigência da Constituição Federal de 1988 e, fazendo-se uma média simples, seriam quase quatro Emendas Constitucionais por ano de vigência. Nesse sentido, por mais que a questão da necessidade de atualização constitucional frente à relação tempo e direito já mencionada anteriormente seja inerente e necessária, é nítido o caráter de excesso no Constitucionalismo Brasileiro, sendo uma hipótese explicativa o fato de conter um grande número de políticas públicas, além dos princípios fundamentais, o que obrigaria os governos a atuarem na ordem constitucional, independentemente da ideologia ou do programa de políticas públicas ao qual se filiam¹³².

Sob essa perspectiva, o excesso de emendamento constitucional no caso brasileiro “não seria um sinal de permanente transformação estrutural da *polity* democrática, mas decorrência do simples fato de que a Constituição atraiu para seu bojo a própria política governamental”¹³³.

Por outro lado, hipoteticamente, seria possível questionar se esse excesso não é resultado de um ideal mais garantista, pensado com o objetivo de melhor estruturar o pretendido Estado Democrático de Direito. Entretanto, essa busca por um ideal garantista, que necessariamente engloba a proteção dos direitos fundamentais, dispensaria a previsão expressa de políticas públicas, já que se tem uma concepção garantista da democracia determinada pela garantia dos direitos fundamentais, como esclarece Luigi Ferrajoli:

São, de fato, as garantias dos direitos fundamentais – do direito à vida aos direitos de liberdade e àqueles sociais – os “fins” externos ou, ainda, os “valores” e, por assim dizer, a “razão social” constitucionalmente acordada

¹³² ARANTES, Rogério Bastos. COUTO, Cláudio Gonçalves. **Construção Democrática e Modelos de Constituição**. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 53, no 3, 2010, p. 545. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/BwR5McrL9FTGj5J3qHRJmmd/?lang=pt#>. Acesso em: 25 jun. 2024.

¹³³ *Ibid.*

daqueles artifícios que são o Estado e as outras instituições políticas. E é nessa relação, entre meios institucionais e fins sociais e na conseqüente primazia dos direitos fundamentais sobre os poderes públicos, das pessoas de carne e osso sobre as máquinas políticas e sobre os aparatos administrativos, que está o significado profundo da democracia. De resto, em tempos como aqueles no qual vivemos, é exatamente essa concepção garantista da democracia que deve ser afirmada e defendida contra as correntes majoritárias e tendencialmente plebiscitárias da democracia representativa e contra as suas degenerações videocráticas.¹³⁴

Certamente que não se quer dizer com isso que apenas os direitos fundamentais bastariam para compor o texto constitucional, mas que se trata de uma perspectiva normativa diversa, com foco na norma fundamental como tal, podendo ainda levar a reflexão acerca de que é a afronta a esse caráter substancial dos direitos fundamentais que causa a erosão democrática e não a quantidade de emendamento em si. Essa garantia seria para todos e para cada um também em relação à maioria, assegurando a paz¹³⁵, o meio ambiente sustentável, e, em especial um Estado verdadeiramente de Direito e Democrático, capaz de se proteger contra líderes autocráticos e corruptíveis.

Nesse sentido, para além dessa constante preocupação e responsabilidade de todos para com esse ideal garantista, há que se resguardar também as conquistas já efetivadas pelo Constitucionalismo Contemporâneo no tocante aos direitos fundamentais, em especial ao que está expressamente consignado na Carta Magna.

Inarredável que o transcurso de gerações e evolução da ciência e tecnologia exigem autorização do texto constitucional para sua própria reforma, não devendo restar engessado, impedindo o progresso e adequação às mais diversas necessidades dos seres. Entretanto, a opção do constituinte originário pela proteção de cláusulas pétreas¹³⁶ visa a proteger justamente aquele ideal a ser constantemente buscado e vigiado, qual seja de um efetivo Estado Democrático de Direito, a fim de que não se tenha falsa democracia como refere o texto base.

Não se trata apenas do vasto número de Emendas Constitucionais publicadas a partir da Constituição Federal de 1988, mas em especial do respeito à coluna dorsal do arcabouço jurídico brasileiro, as cláusulas pétreas constitucionais, e, dentre elas, a interpretação que se dá ao se analisar possíveis

¹³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Por Uma Teoria Dos Direitos e Dos Bens Fundamentais** (Portuguese Edition) . Livraria do Advogado Editora. *E-book*. local. 2549.

¹³⁵ *Ibid.*, local. 2555.

¹³⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cit.

inconstitucionalidades de Emendas Constitucionais por afronta ao art. 60, §4º da C.F./1988.

Ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, cabe, entre outras competências, a análise e apreciação das mais diversas ações constitucionais que discutem a (in)constitucionalidade de Emendas Constitucionais por tendente a abolir, por exemplo, direitos e garantias individuais.

A título demonstrativo, é imperiosa a análise de algumas Emendas Constitucionais desses trinta e cinco anos de Constituição Brasileira e que já ensejaram discussões acerca de sua constitucionalidade junto ao STF, tendo sido escolhidas as que tratam de direitos fundamentais-sociais e que deram origem às regras de transição em reformas constitucionais, suscitando, com seu desenvolvimento, o problema de pesquisa ora trabalhado, quais sejam: EC 19/1998; EC 20/1998; EC 41/2003; EC 47/2005; e, EC 103/2019.

4.1 Da Emenda Constitucional 19 de 04 de junho de 1998

Inicialmente, é possível discutir-se acerca da EC 19/1998 que modificou o regime da Administração Pública e dispôs sobre seus princípios e normas, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, como por exemplo, o acréscimo do princípio da eficiência para a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (*caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988), o direito de greve dos servidores públicos, a revisão geral anual e a fixação de teto de sua remuneração.

Dentre as inúmeras alterações que a Emenda 19/1998 trouxe e que são frequentemente debatidas na Suprema Corte, é possível identificar uma alteração que toca diretamente no alicerce da estrutura do funcionalismo público, qual seja, a disposição de seu artigo 5º que propôs nova redação para o artigo 39 da Constituição Federal de 1988 que originalmente previa a instituição de regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, autarquias e fundações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e que, por ocasião da referida Emenda 19/1998 restaria assim alterado: “A União, os Estados,

o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes”, ou seja, a intenção era de extinguir os regimes jurídicos únicos e os planos de carreira para os servidores públicos.

Ocorre que essa alteração fora rapidamente objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI 2.135 distribuída em 27/01/2000 junto ao Supremo Tribunal Federal, o qual em decisão de caráter cautelar proferida em 02/08/2007¹³⁷, suspendeu a eficácia do artigo 39, *caput*, da Constituição Federal, com a redação da EC 19/1998, com efeitos *ex nunc*, sob o fundamento de não ter sido aprovada por 3/5 das duas Casas do Congresso, em dois turnos de votação, nos termos do art. 60, §2º, da C.F./88.

A exposição de motivos da Emenda Constitucional 19/1998 esclareceu o intuito de retirada da disposição acerca do regime jurídico único sob os seguintes argumentos:

Foi revista a previsão constitucional relativa à adoção compulsória de regime jurídico único para os servidores da administração direta, das autarquias e das fundações. Quando de sua implantação, o regime único representou uma tentativa de restabelecer o controle sobre a gestão dos recursos humanos no serviço público. A proliferação de entidades na administração indireta, em paralelo com uma variedade e superposição de regimes jurídicos e situações funcionais entre os servidores, demandava uma ampla ação no sentido da reorganização dos quadros do Estado.

A opção adotada na Constituição de 1988, contudo, se caracterizou pela ênfase num formato uniformizador, rígido e centralista, representando verdadeira reversão em relação às estratégias descentralizadoras que, no passado, haviam inspirado a adoção, pela administração pública, das figuras jurídicas da autarquia e da fundação.

A implantação do regime jurídico único, nesse sentido, impôs pesada restrição legal à autonomia e flexibilidade de gestão imprescindíveis à administração indireta, realimentando as tendências no sentido de um tratamento indiferenciado em relação à administração direta. Além disso, estendeu a Estados e Municípios o mandamento centralizador e uniformizante, retirando-lhes a possibilidade de encontrar soluções próprias e diferenciadas para a organização de seus quadros.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135-4**. Origem: Distrito Federal - DF. DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. Controle de Constitucionalidade. Processo Legislativo. Requerentes: Partido dos Trabalhadores – PT; Partido Democrático Trabalhista – PDT; Partido Comunista do Brasil – PC do B; Partido Socialista do Brasil – PSB. Amicus Curiae: Sindicato dos Trabalhadores de Combate as Endemias e Saúde Preventiva no Estado do Rio de Janeiro – SINTSAÚDE – RJ; Conselho Regional de Corretores de Imóveis do Rio de Janeiro – CRECI – RJ; e, Federação Nacional dos Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 02 de agosto de 2007. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11299> . Acesso em: 22 jan. 2024.

A diversidade de regimes jurídicos para os servidores públicos é requisito que em muito facilitará a implantação de uma nova arquitetura jurídico-institucional que possibilite à administração pública brasileira a sua reorganização em sintonia com as modernas técnicas e conceitos no campo da administração.

Esta nova arquitetura tem como diretriz básica o resgate da autonomia e da flexibilidade de gestão nas áreas responsáveis pela prestação de serviços públicos. Pretende-se que, a partir da desobstrução legal promovida no texto constitucional, seja possível a definição de regimes jurídicos diferenciados para os servidores, conforme a natureza do órgão ou entidade a que se vinculem.

Dessa forma, as autarquias e fundações poderão contar com regimes específicos de trabalho, que atendam à necessidade de maior agilidade no recrutamento e na dispensa de quadros, mantidas as devidas garantias e a impessoalidade e legalidade próprios do serviço público. Além disso, a critério de cada esfera de governo, poder-se-á adotar o regime celetista, nas situações em que for julgado mais conveniente.¹³⁸

Resta claro pela exposição de motivos que o intuito era flexibilizar e permitir a coexistência de diversos regimes jurídicos, inclusive sob o regime da CLT, mediante critérios de conveniência.

Embora não fosse novidade a contratação pela Administração Pública via CLT, tendo em vista que estar prevista desde a Constituição de 1967 para “servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada” (art. 104 da Constituição de 1967); após essa tentativa de extinção do regime jurídico único da EC 19/1998, surgiu a Lei nº 9.962 de 22/02/2000 que disciplinou o regime de emprego público da Administração federal, direta, autárquica e fundacional e que em sua exposição de motivos após descrever esse contexto da reforma constitucional promovida pela EC 19/1998 deixa claro que: “Nesse contexto constitucional, o presente projeto de lei tem por escopo adotar o “modelo celetista” para a grande maioria dos empregos efetivos no serviço público. O regime comum passa a ser o da legislação trabalhista”.¹³⁹

A crítica foi intensa inclusive por parte do Senado Federal que na análise dessa Lei nº 9.962/2000 concluiu pela incompatibilidade do regime trabalhista para as entidades de Direito Público e o princípio da legalidade; além de impossibilitar aos demais entes da Federação de legislarem acerca da sua relação com seus

¹³⁸ BRASIL. **Exposição de Motivos da EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19, DE 1998**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html> . Acesso em 29 jun. 2024.

¹³⁹ BRASIL. **Exposição de motivos nº 64 de 27/10/1998 referente à Lei nº 9.962/2000**. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD05JAN1999.pdf#page=322> . Acesso em 29 jun. 2024.

servidores, ofendendo, pois, o princípio federativo; também expuseram a dificuldade de gestão do ponto de vista da conveniência administrativa, tendo em vista que a CLT tem caráter contratual enquanto o regime jurídico tem caráter unilateral permitindo ao Poder Público alterar a relação com seus servidores; além de não ser norteadada pelos princípios do Direito Administrativo; argumentando ainda que são esses, os princípios como legalidade, impessoalidade e motivação que tornam rígidas as relações com a Administração Pública e não o regime estatutário, portanto, não cumpria o intuito de “flexibilização”; e, sob o fundamento da economia esclarece que a instituição da previdência complementar eliminaria o custo adicional do regime estatutário; considerando, por fim, que na forma inicialmente proposta a implantação do regime da CLT para as entidades de Direito Público seria inconstitucional, inconveniente, inoportuna e custosa.¹⁴⁰

Apesar dessa vasta discussão, no cenário atual tem-se vigente no ordenamento jurídico brasileiro, ambas as disposições, ou seja, a Lei do Emprego Público e também o Regime Jurídico Único, compreendendo-se que aquela se destina ao empregado público e esse aos servidores públicos de cargo efetivo, cenário que não se sabe se sofrerá qualquer espécie de alteração após o julgamento definitivo da referida ADI 2.135.

Embora o fundamento de invalidação da referida EC 19/1998 não tenha sido por ofensa às cláusulas pétreas e sim por vício no processo de emendamento por parte do legislador, fato é que até o presente ainda não há julgamento definitivo da referida ADI 2135, mantendo-se até o presente momento a decisão liminar anteriormente mencionada.

A importância da análise dessa Emenda e da própria ADI 2.135 está diretamente ligada às regras de transição na medida em que grande parte delas trata justamente de regras fundamentais que impactam no regime jurídico único.

¹⁴⁰ GUERZONI FILHO, Gilberto. **Análise da Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000: a contratação de servidores públicos pela CLT**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/578/r146-03.pdf?sequence=4&isAllowed=y> . Acesso em 29 jun. 2024.

4.2 Da Emenda Constitucional 20 de 15 dezembro de 1998

A Emenda Constitucional nº 20/1998 modificou o sistema de previdência social e em face dessas alterações estabeleceu normas de transição, além de outras providências. Para que se possa desenvolver o correto raciocínio acerca das regras de transição, é imperioso que se exponham as principais reformas constitucionais que as normatizaram, bem como os pontos que frequentemente são alterados por essa via.

Dentre suas principais alterações foram às concernentes às regras de aposentadoria, tanto da Previdência Social (Regime Geral), quanto dos servidores públicos (Regimes Próprios), dispositivos esses frequentemente alvos das reformas constitucionais.

Já no artigo 1º da EC 20/98 tem-se várias alterações de dispositivos constitucionais, e, entre eles o artigo 40, § 1º, III, da C.F./88 que sofreu acréscimo de uma idade mínima para a aposentadoria por tempo de contribuição dos servidores, passando a aposentadoria voluntária que era aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais; a necessitar de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se desse a aposentadoria, além de idade mínima de 60 (sessenta) anos e 35 (trinta e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade e 30 (trinta) de contribuição para proventos integrais; e, 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher, para proventos proporcionais ao tempo de contribuição¹⁴¹.

Houve ainda alteração no §2º do artigo 40 da C.F./88 com a estipulação de um limite de remuneração, ou seja, os proventos de aposentadorias e pensões, não poderiam exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se desse a aposentadoria; além do §3º desse mesmo artigo 40 da C.F./88 que fora alterado para constar que “Os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo

¹⁴¹ Para os professores também fora mantida uma redução dos requisitos com a disposição do artigo 40, §5º sendo alterada para o seguinte: “§5º - Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a", para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.” BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cit.

em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração”¹⁴².

Outras duas normas trazidas ao artigo 40 da C.F./88 pela EC 20/1998 frequentemente objeto de reforma se referem ao benefício de pensão por morte e a forma de reajuste dos proventos de aposentadoria, as quais restam assim redigidas:

§ 7º - Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3º.

§ 8º - Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.¹⁴³

Inúmeras outras disposições acerca das aposentadorias de servidores públicos foram trazidas pela EC 20/1998, entretanto, não seria possível elencá-las em sua totalidade sob pena de tornar penosa a leitura do presente trabalho, sendo possível a análise das que mais frequentemente foram objeto de alterações por reformas constitucionais.

Também no que se refere à Previdência Social (Regime Geral) também foram imensas as alterações trazidas pela EC 20/1998, em especial, a previsão insculpida no art. 201, §1º, da C.F./88 que veda “a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar”.

Manteve a aposentadoria integral no regime geral aos 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, e, 30 (trinta) de contribuição, se mulher; ou no caso da aposentadoria por idade, aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal; além de estipular redução de 05 (cinco) anos nos requisitos da

¹⁴² BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cit.

¹⁴³ *Ibid.*

aposentadoria por tempo de contribuição para o professor ou professora que comprovasse exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio (artigo 201, §7º, I e II, e §8º respectivamente, com a redação dada pela EC 20/1998).

A novidade da EC 20/1998 nesse aspecto das regras de aposentadoria para o regime geral foi a supressão do disposto até então no artigo 202, §1º da C.F./88 que permitia a aposentadoria proporcional, após 30 (trinta) anos de trabalho, ao homem, e, após 25 (vinte e cinco) anos, à mulher.

No artigo 3º da EC 20/1998 fora expressamente assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação da Emenda, tivessem cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente, ou seja, fora expressamente consignada a proteção ao direito adquirido. No mesmo artigo, porém, no §2º restou normatizado que os proventos desses benefício seriam calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidas as prescrições nela estabelecidas para a concessão destes benefícios ou nas condições da legislação vigente, concretização do princípio *tempus regit actum*.

No que se refere às regras de transição propriamente ditas da referida EC 20/1998, é possível encontrá-las em seus artigos 8º e 9º, atualmente revogados:

Art. 8º - Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas, é assegurado o direito à aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, § 3º, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação desta Emenda, quando o servidor, cumulativamente: (Revogado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)

I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; (Revogado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)

II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria; (Revogado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: (Revogado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e (Revogado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior. (Revogado pela

Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)

§ 1º - O servidor de que trata este artigo, desde que atendido o disposto em seus incisos I e II, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições: (Revogado pela

Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)

I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: (Revogado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)

a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e (Revogado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)

b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior; (Revogado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)

II - os proventos da aposentadoria proporcional serão equivalentes a setenta por cento do valor máximo que o servidor poderia obter de acordo com o "caput", acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento. (Revogado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)

§ 2º - Aplica-se ao magistrado e ao membro do Ministério Público e de Tribunal de Contas o disposto neste artigo. (Revogado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)

§ 3º - Na aplicação do disposto no parágrafo anterior, o magistrado ou o membro do Ministério Público ou de Tribunal de Contas, se homem, terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento. (Revogado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)

§ 4º - O professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data da publicação desta Emenda, tenha ingressado, regularmente, em cargo efetivo de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no "caput", terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício das funções de magistério. (Revogado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)

§ 5º - O servidor de que trata este artigo, que, após completar as exigências para aposentadoria estabelecidas no "caput", permanecer em atividade, fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria contidas no art. 40, § 1º, III, "a", da Constituição Federal. (Revogado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)

Art. 9º - Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos: (Revogado pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

I - contar com cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; e (Revogado pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

I - contar com cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; e (Revogado pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

II - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: (Revogado pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e (Revogado pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 1º - O segurado de que trata este artigo, desde que atendido o disposto no inciso I do "caput", e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições: (Revogado pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: (Revogado pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e (Revogado pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior; (Revogado pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

II - o valor da aposentadoria proporcional será equivalente a setenta por cento do valor da aposentadoria a que se refere o "caput", acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento. (Revogado pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

§ 2º - O professor que, até a data da publicação desta Emenda, tenha exercido atividade de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no "caput", terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício de atividade de magistério. (Revogado pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)¹⁴⁴

Antes de adentrarmos na questão da revogação dessas regras de transição, objeto principal do problema ora desenvolvido, cabe prosseguirmos com a análise das Emendas Constitucionais subseqüentes que completam a ordem cronológica e material dos acontecimentos verificados.

Outrossim, chama-se a atenção para o fato de que essas regras transitórias deixam claro que alcançam os atos e fatos que normatizam que tenham acontecido "até a data da publicação" da Emenda, portanto, já são um recorte destinado a um número limitado de pessoas e fatos jurídicos que se extinguiria por si só com o transcurso do tempo.

A variedade e quantidade das regras trazidas pela Emenda Constitucional nº 20 foram objeto de várias impugnações de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, e, dentre elas, é interessante fazer referência ao Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 31.299 do Distrito Federal que garantiu a aplicação da regra de transição do art. 8º, §3º da EC 20/1998 para todos os Magistrados, membros do Ministério Público e Tribunal de Contas, do sexo masculino

¹⁴⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998., cit.

(nos termos da regra legal), que ainda não tivessem preenchido os requisitos para a aposentadoria na data de sua vigência, não se exigindo, para a contagem do tempo, a integração de qualquer outro elemento ou fato jurídico, “o que se traduz em aquisição do próprio direito à contagem diferenciada”¹⁴⁵.

O referido julgamento se deu por maioria com a Redação dada pelo Ministro Alexandre de Moraes, vencido o Ministro Relator Roberto Barroso, a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Edson Fachin e a Ministra Rosa Weber que acompanhavam o Relator por entenderem que o artigo 10 da EC 41/2003¹⁴⁶ determinara a revogação completa do artigo 8º da EC 20/1998.

O voto prevalescente fundamentou-se essencialmente na previsão expressa da Emenda Constitucional nº 41/2003 em seus artigos 2º, §2º e §3º, especialmente esse último que praticamente repetia a disposição do artigo 8º, §3º da EC 20/1998, garantindo expressamente a manutenção da regra de transição aos seus

¹⁴⁵ Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ALTERAÇÃO DE REGIME JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO. EFICÁCIA DO § 3º DO ART. 8º DA EC 20/98. DIREITO ADQUIRIDO À APLICAÇÃO DA REGRA DE TRANSIÇÃO COMPENSATÓRIA DE ACRÉSCIMO DE 17% AO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO ATÉ A DATA DA VIGÊNCIA DA EC 20/98 EXERCIDO POR MAGISTRADOS, MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO TRIBUNAL DE CONTAS, DO SEXO MASCULINO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONCEDER A SEGURANÇA. 1. A ratio do art. 8º, § 3º, da EC 20/98 estabeleceu regra de transição compensatória para todos os Magistrados, membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas, do sexo masculino, que ainda não haviam preenchidos os requisitos para a aposentadoria na data de sua vigência. 2. A partir da leitura da norma constitucional, é possível inferir a mensagem do constituinte no sentido de que, ao sujeitarem tais servidores a novo regime jurídico previdenciário, com significativo acréscimo de 5 anos de contribuição para a aposentadoria, contemplou-os com o direito adquirido ao acréscimo de tempo de serviço em determinado percentual, como forma de compensação pela maior onerosidade para preenchimento do requisito do tempo de contribuição. 3. O § 3º do art. 8º da EC 20/1998 tem por fim equalizar uma situação jurídica "passada" criada pela própria EC 20 e, por isto, produziu seus efeitos de acréscimo na contagem do tempo passado de forma concreta, não se exigindo, para a contagem do tempo, a integração de qualquer outro elemento ou fato jurídico, o que se traduz em aquisição do próprio direito à contagem diferenciada. 4. A eficácia do § 3º do art. 8º da EC 20 foi mantida expressamente pelo art. 2º, §§ 2º e 3º da EC 41/2003 e pelo art. 3º da EC 47/2005, que ressalvam expressamente o efeito jurídico do tempo de serviço do magistrado antes da EC 20/98 e fazendo remissão à contagem especial do tempo de serviço antes da EC 20/98. 5. As redações sucessivas demonstram a intenção do constituinte de preservar, com o advento da EC 41/2003, o direito ao acréscimo de 17% ao tempo de serviço exercido por Magistrados, membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas, do sexo masculino, até a publicação da EC 20/98. 6. AGRAVO INTERNO PROVIDO para conceder a segurança, assegurando o acréscimo de 17% ao tempo de serviço prestado até a vigência da EC 20/98 (art. 8º, § 3º), aos magistrados homens, nos exatos termos decididos pelo CNJ no pedido de providências 0005125-61.2009.2.00.0000. (MS 31299 AgR. Relator(a): Roberto Barroso. Relator(a) p/ acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 24-02-2021, processo eletrônico dje-085. Public 05-05-2021).

¹⁴⁶ “Art. 10. Revogam-se o inciso IX do § 3º do art. 142 da Constituição Federal, bem como os arts. 8º e 10 da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.” (EC 41/2003). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm . Acesso em 30/06/2024 às 11:09.

beneficiários, compreendendo que “a regra do §3º do art. 8º da EC 20/1998 é de efeitos concretos, não sendo atingida pela disposição geral do art. 10 da EC 41/2003 que, genericamente, determinava a revogação do art. 8º da EC 20.”¹⁴⁷

Diante desse argumento, impossível não questionar: Não seria todo o artigo 8º da EC 20/1998 uma norma de efeitos concretos? Todo o artigo trata de regras de transição que garantiam efeitos concretos para todo àquele que tivesse ingressado para regularmente em cargo efetivo na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando por óbvio, cumprisse os demais requisitos da disposição legal.

Outro argumento do voto vencedor foi:

Em suma, a norma introduzida pelo § 3º do art. 8º da EC 20/98, por ter natureza transitória e de eficácia imediata, gerou aos seus específicos destinatários direito adquirido ao acréscimo de tempo de serviço nela contemplado, em nada interferindo com a tese que recusa direito adquirido a regime jurídico. Tanto é verdade que estes mesmos servidores se submeteram ao novo regime jurídico previdenciário, notadamente quanto aos requisitos da idade e do tempo de contribuição por ele introduzidos. Este fundamento já seria suficiente para afastar a interpretação que retira a eficácia do dispositivo do § 3º do art. 8º da EC 20/98 para os servidores do sexo masculino que não tivessem preenchido os requisitos para a aposentadoria voluntária antes da edição da EC 41/2003, mesmo que aquele dispositivo houvesse sido revogado por esta última emenda constitucional¹⁴⁸.

Mesmo podendo ser um argumento hipotético, ou seja, que considera um cenário de que mesmo que a EC 41/2003 tivesse revogado expressamente o §3º do art. 8º da EC 20/1998, que não foi o caso do citado Acórdão, é extremamente relevante esse argumento na medida em que considera a regra de transição específica como um direito adquirido, excluindo-a expressamente do majoritário entendimento atual da “inexistência de direito adquirido a regime jurídico” que será melhor trabalhada em tópico distinto e mais adiante no presente trabalho.

É claro que logo em seguida o Eminentíssimo Ministro ressalta que a referida revogação não ocorreu na medida da já mencionada disposição expressa do artigo 2º, §§2º e 3º da EC 41/2003.

¹⁴⁷ Excerto do Acórdão MS 31299 AgR. Relator(a): Roberto Barroso. Relator(a) p/ acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 24-02-2021, processo eletrônico dje-085. Public 05-05-2021. Vide Ementa na ref. 146.

¹⁴⁸ *Ibid.*

Nesse ponto também seria possível questionar qual o motivo que levou o constituinte derivado na EC 41/2003 a ressaltar expressamente a regra de transição do artigo 8º, §3º da EC 20/1998 em detrimento de todas as outras regras de transição do mesmo artigo 8º da EC 20/1998? Não haveria aí, no mínimo, uma contradição ou uma ofensa ao direito fundamental da igualdade perante a lei?

Ainda no referido Acórdão, o Eminentíssimo Ministro tenta evitar essas questões de ordem lógica, argumentando que a norma específica do §3º do art. 8º da EC 20/1998 não seria incompatível com o novo regime jurídico implantado pela EC 41/2003, na forma como seriam as demais regras de transição do artigo 8º da EC 20/1998.

No próximo Capítulo será possível explorarmos com mais profundidade as possíveis respostas a esses questionamentos que estão diretamente ligados ao problema central da presente pesquisa. Prosseguindo na análise da EC 41/2003 será possível também analisar a presença ou não das referidas incompatibilidades.

4.3 Emenda Constitucional nº 41 de 19 de dezembro de 2003

A Emenda Constitucional nº 41/2003 modificou os artigos 37, 40, 42, 86, 96, 149 e 201 da Constituição Federal e revogou o inciso IX do §3º do art. 142 da Constituição Federal e, como já referido, dispositivos da EC 20/1998, além de outras providências.

No que tange aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, restou alterada a redação do *caput* do artigo 40 da C.F./88 a fim de acrescentar o caráter solidário também dos regimes próprios, mediante a contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas; além de prever que o cálculo dos proventos da aposentadoria desses servidores seria com base nas remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos seus regimes de previdência na forma da lei (art. 1º da EC 41/2003, alterando o art. 40, §3º da C.F./88 que, segundo a redação da EC 20/1998 eram calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se desse a aposentadoria e, na forma da lei, correspondiam à totalidade da remuneração).

Outras mudanças substanciais foram a extinção da regra de transição do art. 8º, §1º, da EC 20/1998, que permitia a aposentadoria proporcional para os servidores ali elencados que cumprissem as condições anteriormente citadas; e, por outro lado, a criação de nova regra de transição no art. 2º da EC 41/2003 que repetiu os termos da regra de transição do art.8º, I, II, III, “a” e “b” da EC 20/1998, mas a agravou na medida em que trouxe no §1º desse art. 2º um redutor de proventos para cada ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos pelo art. 40, §1º, III, “a” e §5º da C.F./88 na seguinte proporção: “I - três inteiros e cinco décimos por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do *caput* até 31 de dezembro de 2005”; e, “II - cinco por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do *caput* a partir de 1º de janeiro de 2006”.

Repetiu também, como já referido, o acréscimo de 17% (dezessete por cento) para o homem e 20% (vinte por cento) para a mulher ao tempo de serviço exercido até a EC 20/1998 ao magistrado, membro do Ministério Público e do Tribunal de Contas em seu artigo 2º, §§ 2º e 3º (EC 41/2003), observado, é claro, o redutor do art. 2º, §1º que a própria EC 41/2003; no mesmo sentido o acréscimo em idênticos percentuais aos professores, servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data de publicação da EC 20/1998 tivessem ingressado, regularmente, em cargo efetivo de magistério e que optassem por aposentar-se na forma do disposto no *caput*, desde que se aposentassem, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício nas funções de magistério, observado também o disposto no § 1º.

Outra grande inovação da EC 41/2003 foi a instituição da contribuição previdenciária dos inativos e dos pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação da Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, em percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos (art. 4º, *caput*, da EC 41/2003). O parágrafo único desse 4º da EC 41/2003, previa em seus incisos I e II que a contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas referidos no *caput* incidiria apenas sobre a parcela dos proventos e pensões que superasse cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e sessenta por cento

do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, para os servidores inativos e os pensionistas da União.

Esse artigo 4º da EC 41/2003 foi fortemente atacado com Ações Diretas de Inconstitucionalidade¹⁴⁹, sendo que por meio da ADI 3105 restou considerada constitucional a contribuição do inativo nos termos do art. 4º, *caput*, da EC 41/2003 porquanto considerada inexistente a ofensa a direitos e garantias individuais, bem como por considerar a contribuição como uma exigência patrimonial de natureza tributária, e, como tal, sem imunidade absoluta, além de ser um regra não retroativa e um instrumento de atuação do Estado na área da previdência social que atende 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.¹⁵⁰

Em relação a esse mesmo artigo 4º, mas no tocante ao seu parágrafo único, incisos I e II, outro foi o desfecho na mesma ADI 3.105, eis que restou declarada a inconstitucionalidade das expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do” constante do § único, incisos I e II, do art. 4º da EC 41/2003 porque representava ofensa direta ao princípio constitucional da isonomia tributária como espécie do princípio fundamental da igualdade, representando um tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro.¹⁵¹

Houve também a criação de outras regras de transição, quais sejam, a do art. 6º e 6º-A (invalidez) da EC 41/2003 que previram:

Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade

¹⁴⁹ Refere-se às Ações Diretas de Inconstitucionalidade: ADI 3105, ADI 3133, ADI3143 e ADI 3184.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105**. Origem: Distrito Federal - DF. PREVIDÊNCIA SOCIAL | CONTRIBUIÇÃO | SERVIDOR PÚBLICO INATIVO - EC 41/03, ART. 4º. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONAMP. Min. Ellen Gracie, 18 de agosto de 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310> . Acesso em: 22 jan. 2024.

¹⁵¹ *Ibid.*

e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

I - sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;

II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e

IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

Parágrafo único. Os proventos das aposentadorias concedidas conforme este artigo serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, na forma da lei, observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal. (Revogado pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

Art. 6º-A. O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda Constitucional e que tenha se aposentado ou venha a se aposentar por invalidez permanente, com fundamento no inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, tem direito a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, não sendo aplicáveis as disposições constantes dos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 70, de 2012)

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base no caput o disposto no art. 7º desta Emenda Constitucional, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos desses servidores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 70, de 2012)¹⁵²

Essa regra de transição dificultou ainda mais o alcance ao direito à aposentadoria dos servidores públicos por ela abarcados na medida em que trouxe os requisitos de vinte anos de efetivo exercício no serviço público e dez anos de carreira, além dos já previstos cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria, assegurando, porém, que esses servidores manteriam a integralidade da remuneração e não por média como a nova regra geral estava prevendo, bem como a paridade dos reajustes com os servidores da ativa.

Como já referido, em seu art. 10 a EC 41/2003 revogou expressamente o inciso IX do § 3º do art. 142 da Constituição Federal, bem como os arts. 8º e 10 da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, o que ocasionou diversas

¹⁵² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003.** Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Emendas/Emc/emc41.htm. Acesso em: 12 mar. 2024.

discussões no âmbito do Supremo Tribunal Federal, assim como a referida no subtítulo anterior.

Também foi possível observar que a EC 41/2003 repetiu os termos da EC 20/1998 que desejava manter, mas alterando-os, agravou a situação dos servidores públicos que guardavam a confiança naquela regra de transição e que estavam prestes a completar todos os requisitos da regra de transição anterior.

4.4 Da Emenda Constitucional 47 de 05 de julho de 2005

A EC 47/2005 alterou os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, e, além de outras questões, dispendo novamente sobre a previdência social, trouxe uma nova regra de transição em seu artigo 3º:

Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

I trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

III idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.¹⁵³

Em que pese essa nova regra de transição ter aumentado o requisito de efetivo exercício no serviço público de vinte para vinte e cinco anos, e o tempo de carreira de dez para quinze anos, de certa forma diminuiu a rigidez da regra

¹⁵³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional nº 47, de 05 de julho de 2005**. Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/////Constituicao/Emendas/Emc/emc47.htm . Acesso em: 15 mar. 2024.

de transição trazida pela EC 41/2003, uma vez que trouxe a previsão de redução da idade mínima (60 anos para o homem e 55 para a mulher) de um ano de idade para cada ano de contribuição que excedesse a 35 (trinta e cinco) anos de contribuição no caso do homem e a 30 (trinta) anos de contribuição no caso da mulher.

Além disso, a referida regra de transição manteve a integralidade e a paridade inclusive às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com o referido artigo.

A única revogação expressa da EC 47/2005 fora o art. 6º, parágrafo único, da EC 41/2003, o qual, por sua vez, previa o critério de reajuste das aposentadorias concedidas segundo aquele artigo pela paridade com os servidores em atividade, ou seja, apesar de não revogar a regra de transição do artigo 6º da EC 41/2003 em si, retirou-lhe o reajustamento pela paridade, o que, para algumas carreiras pareceu vir em seu prejuízo, entretanto, hoje, para boa parte das carreiras de servidores que acabam por não receber os reajustes anuais devidos, o reajustamento pelos mesmos índices do Regime Geral de Previdência Social e não mais pela paridade acaba resultando em proventos bem superiores.

Outro aspecto interessante da EC 47/2005 é que em seu artigo 6º previu que entraria em vigor na data de sua publicação, porém, com efeitos retroativos à data de vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003, restando clara a aplicação dos efeitos retroativos da única forma possível, qual seja, a expressa disposição legal.

4.5 Da Emenda Constitucional 103 de 12 de novembro de 2019

A EC 103/2019 alterou o sistema de previdência social e estabeleceu regras de transição e disposições transitórias, aproximando as normas dos

Regimes Próprios de Previdência Social (servidores públicos) do Regime Geral de Previdência Social.

Certamente a Emenda Constitucional mais abrangente e colidente com os limites impostos ao constituinte derivado, tanto é que apesar de ter sido publicada há pouco mais de quatro anos já possui mais de doze ações diretas de inconstitucionalidade com julgamento conjunto iniciado em 16/09/2022 e ainda não concluído.

Dentre suas principais alterações, as mais significativas no tocante ao objeto do presente trabalho, foram as normas gerais de previdência, tanto dos regimes próprios¹⁵⁴, quanto do regime geral¹⁵⁵ que geraram as diversas regras

¹⁵⁴ Alteração do artigo 1º da EC 103/2019 no artigo 40, da C.F./88: "Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.
§ 1º O servidor abrangido por regime próprio de previdência social será aposentado:
I - por incapacidade permanente para o trabalho, no cargo em que estiver investido, quando insuscetível de readaptação, hipótese em que será obrigatória a realização de avaliações periódicas para verificação da continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria, na forma de lei do respectivo ente federativo;
III - no âmbito da União, aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na idade mínima estabelecida mediante emenda às respectivas Constituições e Leis Orgânicas, observados o tempo de contribuição e os demais requisitos estabelecidos em lei complementar do respectivo ente federativo. [...]". BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm . Acesso em: 15 mar. 2024.

¹⁵⁵ Alteração do artigo 1º da EC 103/2019 no artigo 201, §7º, da C.F./88: "Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:
§7º: [...]
I - 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, observado tempo mínimo de contribuição;
II - 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.
§ 8º O requisito de idade a que se refere o inciso I do § 7º será reduzido em 5 (cinco) anos, para o professor que comprove tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio fixado em lei complementar."
Outra norma que alterou a regra geral do regime geral e que completa a supracitada é a do art. 19 da EC 103/2019:
"Art. 19. Até que lei disponha sobre o tempo de contribuição a que se refere o inciso I do § 7º do art. 201 da Constituição Federal, o segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social após a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional será aposentado aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, com 15 (quinze) anos de tempo de contribuição, se mulher, e 20(vinte) anos de tempo de contribuição, se homem.

de transição adiante explicitadas, além da possibilidade de instituição de alíquotas progressivas¹⁵⁶, assim como a possibilidade de quando houver déficit atuarial dos regimes próprios, haver cobrança de contribuição dos aposentados e pensionistas sobre o valor dos proventos que supere o salário-mínimo ao invés do teto do regime geral.

É possível observar ainda que a EC 103/2019 também preferiu repetir a garantia constitucional do direito adquirido em seu artigo 3º ao assegurar, a qualquer tempo, o direito aos benefícios conforme a legislação vigente na data em que foram atendidos os requisitos para a concessão da aposentadoria ou pensão, desde que cumpridos até a data de entrada em vigor da própria EC 103/2019.

§ 1º Até que lei complementar disponha sobre a redução de idade mínima ou tempo de contribuição prevista nos §§ 1º e 8º do art. 201 da Constituição Federal, será concedida aposentadoria:

I - aos segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, nos termos do disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, quando cumpridos:

- a) 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição;
- b) 58 (cinquenta e oito) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 20 (vinte) anos de contribuição; ou
- c) 60 (sessenta) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição;

II - ao professor que comprove 25 (vinte e cinco) anos de contribuição exclusivamente em efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio e tenha 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 60 (sessenta) anos de idade, se homem.

§ 2º O valor das aposentadorias de que trata este artigo será apurado na forma da lei." BRASIL, ref. 177." BRASIL. [Constituição (1988)]. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019.,cit.

¹⁵⁶ Alteração do artigo 1º da EC 103/2019 no artigo 149, §1º, §1º-A, §1º-B, §1º-C da C.F./88:

"Art. 149. (...)

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, por meio de lei, contribuições para custeio de regime próprio de previdência social, cobradas dos servidores ativos, dos aposentados e dos pensionistas, que poderão ter alíquotas progressivas de acordo com o valor da base de contribuição ou dos proventos de aposentadoria e de pensões.

§ 1º-A. Quando houver déficit atuarial, a contribuição ordinária dos aposentados e pensionistas poderá incidir sobre o valor dos proventos de aposentadoria e de pensões que supere o salário-mínimo.

§ 1º-B. Demonstrada a insuficiência da medida prevista no § 1º-A para equacionar o déficit atuarial, é facultada a instituição de contribuição extraordinária, no âmbito da União, dos servidores públicos ativos, dos aposentados e dos pensionistas.

§ 1º-C. A contribuição extraordinária de que trata o § 1º-B deverá ser instituída simultaneamente com outras medidas para equacionamento do déficit e vigorará por período determinado, contado da data de sua instituição." BRASIL. [Constituição (1988)]. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019.,cit.

Não fosse o reiterado entendimento jurisprudencial da inexistência de direito adquirido a regime jurídico que adiante será melhor trabalhado, essa regra se mostraria absolutamente desnecessária caso conferida a eficácia merecida ao direito fundamental que ela repete, qual seja, o direito adquirido.

Quanto às regras de transição da EC 103/2019, o artigo 4º desse diploma legal previu norma de transição destinada exclusivamente aos servidores públicos federais:

Art. 4º O servidor público federal que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional poderá aposentar-se voluntariamente quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - 56 (cinquenta e seis) anos de idade, se mulher, e 61 (sessenta e um) anos de idade, se homem, observado o disposto no § 1º;

II - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem;

III - 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público;

IV - 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria; e

V - somatório da idade e do tempo de contribuição, incluídas as frações, equivalente a 86 (oitenta e seis) pontos, se mulher, e 96 (noventa e seis) pontos, se homem, observado o disposto nos §§ 2º e 3º.

§ 1º A partir de 1º de janeiro de 2022, a idade mínima a que se refere o inciso I do caput será de 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se homem.

§ 2º A partir de 1º de janeiro de 2020, a pontuação a que se refere o inciso V do caput será acrescida a cada ano de 1 (um) ponto, até atingir o limite de 100 (cem) pontos, se mulher, e de 105 (cento e cinco) pontos, se homem.

§ 3º A idade e o tempo de contribuição serão apurados em dias para o cálculo do somatório de pontos a que se referem o inciso V do caput e o § 2º.

§ 4º Para o titular do cargo de professor que comprovar exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, os requisitos de idade e de tempo de contribuição de que tratam os incisos I e II do caput serão:

I - 51 (cinquenta e um) anos de idade, se mulher, e 56 (cinquenta e seis) anos de idade, se homem;

II - 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, se mulher, e 30 (trinta) anos de contribuição, se homem; e

III - 52 (cinquenta e dois) anos de idade, se mulher, e 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se homem, a partir de 1º de janeiro de 2022.

§ 5º O somatório da idade e do tempo de contribuição de que trata o inciso V do caput para as pessoas a que se refere o § 4º, incluídas as frações, será de 81 (oitenta e um) pontos, se mulher, e 91 (noventa e um) pontos, se homem, aos quais serão acrescidos, a partir de 1º de janeiro de 2020, 1 (um) ponto a cada ano, até atingir o limite de 92 (noventa e dois) pontos, se mulher, e de 100 (cem) pontos, se homem.

§ 6º Os proventos das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo corresponderão:

I - à totalidade da remuneração do servidor público no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, observado o disposto no § 8º, para o servidor público que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo até 31 de dezembro de 2003 e que não tenha feito a opção de que trata o § 16 do art.

40 da Constituição Federal, desde que tenha, no mínimo, 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, ou, para os titulares do cargo de professor de que trata o § 4º, 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 60 (sessenta) anos de idade, se homem;

II - ao valor apurado na forma da lei, para o servidor público não contemplado no inciso I.

§ 7º Os proventos das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo não serão inferiores ao valor a que se refere o § 2º do art. 201 da Constituição Federal e serão reajustados:

I - de acordo com o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, se cumpridos os requisitos previstos no inciso I do § 6º; ou II - nos termos estabelecidos para o Regime Geral de Previdência Social, na hipótese prevista no inciso II do § 6º.

§ 8º Considera-se remuneração do servidor público no cargo efetivo, para fins de cálculo dos proventos de aposentadoria com fundamento no disposto no inciso I do § 6º ou no inciso I do § 2º do art. 20, o valor constituído pelo subsídio, pelo vencimento e pelas vantagens pecuniárias permanentes do cargo, estabelecidos em lei, acrescidos dos adicionais de caráter individual e das vantagens pessoais permanentes, observados os seguintes critérios: I - se o cargo estiver sujeito a variações na carga horária, o valor das rubricas que refletem essa variação integrará o cálculo do valor da remuneração do servidor público no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria, considerando-se a média aritmética simples dessa carga horária proporcional ao número de anos completos de recebimento e contribuição, contínuos ou intercalados, em relação ao tempo total exigido para a aposentadoria;

II - se as vantagens pecuniárias permanentes forem variáveis por estarem vinculadas a indicadores de desempenho, produtividade ou situação similar, o valor dessas vantagens integrará o cálculo da remuneração do servidor público no cargo efetivo mediante a aplicação, sobre o valor atual de referência das vantagens pecuniárias permanentes variáveis, da média aritmética simples do indicador, proporcional ao número de anos completos de recebimento e de respectiva contribuição, contínuos ou intercalados, em relação ao tempo total exigido para a aposentadoria ou, se inferior, ao tempo total de percepção da vantagem.

§ 9º Aplicam-se às aposentadorias dos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, enquanto não promovidas alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social.

§ 10. Estende-se o disposto no § 9º às normas sobre aposentadoria de servidores públicos incompatíveis com a redação atribuída por esta Emenda Constitucional aos §§ 4º, 4º-A, 4º-B e 4º-C do art. 40 da Constituição Federal.¹⁵⁷

Além dessa regra de transição, a EC 103/2019 trouxe regra específica para policiais, agentes penitenciários federais ou socioeducativos que tenham ingressado na carreira até a data de sua entrada em vigor¹⁵⁸, além das seguintes destinadas ao Regime Geral:

¹⁵⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019.,cit.

¹⁵⁸ “Art. 5º O policial civil do órgão a que se refere o inciso XIV do caput do art. 21 da Constituição Federal, o policial dos órgãos a que se referem o inciso IV do caput do art. 51, o inciso XIII do caput do art. 52 e os incisos I a III do caput do art. 144 da Constituição Federal e o ocupante de

Art. 15. Ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, fica assegurado o direito à aposentadoria quando forem preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; e

II - somatório da idade e do tempo de contribuição, incluídas as frações, equivalente a 86 (oitenta e seis) pontos, se mulher, e 96 (noventa e seis) pontos, se homem, observado o disposto nos §§ 1º e 2º.

§ 1º A partir de 1º de janeiro de 2020, a pontuação a que se refere o inciso II do caput será acrescida a cada ano de 1 (um) ponto, até atingir o limite de 100 (cem) pontos, se mulher, e de 105 (cento e cinco) pontos, se homem.

§ 2º A idade e o tempo de contribuição serão apurados em dias para o cálculo do somatório de pontos a que se referem o inciso II do caput e o § 1º.

§ 3º Para o professor que comprovar exclusivamente 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, se mulher, e 30 (trinta) anos de contribuição, se homem, em efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, o somatório da idade e do tempo de contribuição, incluídas as frações, será equivalente a 81 (oitenta e um) pontos, se mulher, e 91 (noventa e um) pontos, se homem, aos quais serão acrescidos, a partir de 1º de janeiro de 2020, 1 (um) ponto a cada ano para o homem e para a mulher, até atingir o limite de 92 (noventa e dois) pontos, se mulher, e 100 (cem) pontos, se homem.

§ 4º O valor da aposentadoria concedida nos termos do disposto neste artigo será apurado na forma da lei.

Art. 16. Ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional fica assegurado o direito à aposentadoria quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; e

II - idade de 56 (cinquenta e seis) anos, se mulher, e 61 (sessenta e um) anos, se homem.

§ 1º A partir de 1º de janeiro de 2020, a idade a que se refere o inciso II do caput será acrescida de 6 (seis) meses a cada ano, até atingir 62 (sessenta

cargo de agente federal penitenciário ou socioeducativo que tenham ingressado na respectiva carreira até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional poderão aposentar-se, na forma da Lei Complementar nº 51, de 20 de dezembro de 1985, observada a idade mínima de 55 (cinquenta e cinco) anos para ambos os sexos ou o disposto no § 3º.

§ 1º Serão considerados tempo de exercício em cargo de natureza estritamente policial, para os fins do inciso II do art. 1º da Lei Complementar nº 51, de 20 de dezembro de 1985, o tempo de atividade militar nas Forças Armadas, nas polícias militares e nos corpos de bombeiros militares e o tempo de atividade como agente penitenciário ou socioeducativo.

§ 2º Aplicam-se às aposentadorias dos servidores dos Estados de que trata o § 4º-B do art. 40 da Constituição Federal as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, enquanto não promovidas alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social.

§ 3º Os servidores de que trata o caput poderão aposentar-se aos 52 (cinquenta e dois) anos de idade, se mulher, e aos 53 (cinquenta e três) anos de idade, se homem, desde que cumprido período adicional de contribuição correspondente ao tempo que, na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, faltaria para atingir o tempo de contribuição previsto na Lei Complementar nº 51, de 20 de dezembro de 1985." BRASIL. [Constituição (1988)]. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019.,cit.

e dois) anos de idade, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem.

§ 2º Para o professor que comprovar exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, o tempo de contribuição e a idade de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo serão reduzidos em 5 (cinco) anos, sendo, a partir de 1º de janeiro de 2020, acrescidos 6 (seis) meses, a cada ano, às idades previstas no inciso II do caput, até atingirem 57 (cinquenta e sete) anos, se mulher, e 60 (sessenta) anos, se homem.

§ 3º O valor da aposentadoria concedida nos termos do disposto neste artigo será apurado na forma da lei.

Art. 17. Ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional e que na referida data contar com mais de 28 (vinte e oito) anos de contribuição, se mulher, e 33 (trinta e três) anos de contribuição, se homem, fica assegurado o direito à aposentadoria quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; e

II - cumprimento de período adicional correspondente a 50% (cinquenta por cento) do tempo que, na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, faltaria para atingir 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem.

Parágrafo único. O benefício concedido nos termos deste artigo terá seu valor apurado de acordo com a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações calculada na forma da lei, multiplicada pelo fator previdenciário, calculado na forma do disposto nos §§ 7º a 9º do art. 29 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

Art. 18. O segurado de que trata o inciso I do § 7º do art. 201 da Constituição Federal filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional poderá aposentar-se quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - 60 (sessenta) anos de idade, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem; e

II - 15 (quinze) anos de contribuição, para ambos os sexos.

§ 1º A partir de 1º de janeiro de 2020, a idade de 60 (sessenta) anos da mulher, prevista no inciso I do caput, será acrescida em 6 (seis) meses a cada ano, até atingir 62 (sessenta e dois) anos de idade.

§ 2º O valor da aposentadoria de que trata este artigo será apurado na forma da lei.¹⁵⁹

Trouxe também a EC 103/2019 duas regra de transição comum aos segurados do Regime Geral e aos servidores públicos federais:

Art. 20. O segurado ou o servidor público federal que se tenha filiado ao Regime Geral de Previdência Social ou ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional poderá aposentar-se voluntariamente quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 60 (sessenta) anos de idade, se homem;

II - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem;

¹⁵⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019.,cit.

III - para os servidores públicos, 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público e 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria;

IV - período adicional de contribuição correspondente ao tempo que, na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, faltaria para atingir o tempo mínimo de contribuição referido no inciso II.

§ 1º Para o professor que comprovar exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio serão reduzidos, para ambos os sexos, os requisitos de idade e de tempo de contribuição em 5 (cinco) anos.

§ 2º O valor das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo corresponderá:

I - em relação ao servidor público que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo até 31 de dezembro de 2003 e que não tenha feito a opção de que trata o § 16 do art. 40 da Constituição Federal, à totalidade da remuneração no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, observado o disposto no § 8º do art. 4º; e

II - em relação aos demais servidores públicos e aos segurados do Regime Geral de Previdência Social, ao valor apurado na forma da lei.

§ 3º O valor das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo não será inferior ao valor a que se refere o § 2º do art. 201 da Constituição Federal e será reajustado:

I - de acordo com o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, se cumpridos os requisitos previstos no inciso I do § 2º;

II - nos termos estabelecidos para o Regime Geral de Previdência Social, na hipótese prevista no inciso II do § 2º.

§ 4º Aplicam-se às aposentadorias dos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, enquanto não promovidas alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social.

Art. 21. O segurado ou o servidor público federal que se tenha filiado ao Regime Geral de Previdência Social ou ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional cujas atividades tenham sido exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, desde que cumpridos, no caso do servidor, o tempo mínimo de 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público e de 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, na forma dos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, poderão aposentar-se quando o total da soma resultante da sua idade e do tempo de contribuição e o tempo de efetiva exposição forem, respectivamente, de:

I - 66 (sessenta e seis) pontos e 15 (quinze) anos de efetiva exposição;

II - 76 (setenta e seis) pontos e 20 (vinte) anos de efetiva exposição; e

III - 86 (oitenta e seis) pontos e 25 (vinte e cinco) anos de efetiva exposição.

§ 1º A idade e o tempo de contribuição serão apurados em dias para o cálculo do somatório de pontos a que se refere o caput. § 2º O valor da aposentadoria de que trata este artigo será apurado na forma da lei.

§ 3º Aplicam-se às aposentadorias dos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, na forma do § 4º-C do art. 40 da Constituição Federal, as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, enquanto não

promovidas alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social.¹⁶⁰

Aqui cabe realizar uma distinção entre as regras de transição propriamente ditas acima citadas e outros dispositivos de caráter transitório que não são regras de transição, por exemplo, o artigo 22 da EC 103/2019 que dispõe que:

Art. 22. Até que lei discipline o § 4º-A do art. 40 e o inciso I do § 1º do art. 201 da Constituição Federal, a aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social ou do servidor público federal com deficiência vinculado a regime próprio de previdência social, desde que cumpridos, no caso do servidor, o tempo mínimo de 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público e de 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, será concedida na forma da Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013, inclusive quanto aos critérios de cálculo dos benefícios.

Parágrafo único. Aplicam-se às aposentadorias dos servidores com deficiência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, enquanto não promovidas alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social.¹⁶¹

Ou ainda, o artigo 26 da mesma EC 103/2019:

Art. 26. Até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições a regime próprio de previdência social e ao Regime Geral de Previdência Social, ou como base para contribuições decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência. (...) ¹⁶²

Além de outras disposições transitórias como as dos artigos 32 a 34 da EC 103/2019.

Quanto à questão da revogação, o artigo 35 da EC 103/2019 revogou expressamente os seguintes dispositivos constitucionais:

Art. 35. Revogam-se:

¹⁶⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019.,cit.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.*

I - os seguintes dispositivos da Constituição Federal:

a) o § 21 do art. 40;

b) o § 13 do art. 195;

II - os arts. 9º, 13 e 15 da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998;

III - os arts. 2º, 6º e 6º-A da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003;

IV - o art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005.¹⁶³

Note-se que esse artigo 35 revogou expressamente em seus incisos II, III e IV todas as regras de transição das Emendas Constitucionais anteriores trabalhadas no presente trabalho, e, apesar de não ser novidade no cenário de reformas constitucionais brasileiras como já referido anteriormente, essa última revogação englobou todas as regras de transição atinentes aos servidores públicos das Emendas anteriores.

Ou seja, qualquer servidor que até 12/11/2019 não tenha cumprido todos os requisitos para se enquadrar em qualquer regra de transição com a qual, por exemplo, estivesse contando desde as reformas constitucionais anteriores, não poderá mais contar com aquele direito que já havia lhe sido garantido como uma regra de transição de reforma constitucional anterior que, por sua vez, também já havia lhe agravado a situação jurídica, sofrendo grave ofensa suas expectativas de direito e com elas o princípio da confiança e da segurança jurídica.

Imagine-se também para o advogado atuante nessa área de direito previdenciário, tanto do regime geral, quanto dos regimes próprios, que, desempenhando função indispensável à administração da justiça no termos do artigo 133 da C.F./88, elabora, por exemplo, um planejamento previdenciário para um servidor público em 2010, fornecendo as opções legais para o exercício de seu melhor direito, o qual, contando com diversas hipóteses das regras de transição, chega na data prevista, faltando apenas poucos dias ou meses para se alcançar determinado direito, é surpreendido com a reforma constitucional que altera o que já seria um prêmio de

¹⁶³ BRASIL. [Constituição (1988)]. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019.,cit.

consolação por assim dizer em face de já ter sofrido adequação nas normas que fundamentavam seu contrato originário.

Veja-se que o servidor não pretendia ficar imune a uma reforma constitucional, pois a regra de transição já era um efeito da possibilidade jurídica de reforma constitucional no constitucionalismo atual.

A regra de transição como antes demonstrado não é uma disposição transitória que pode ser alterada com a promulgação da legislação prevista, mas medida de adequação justa a uma reforma constitucional que já provocou mudanças drásticas em suas expectativas não apenas jurídicas, mas de vida também.

4.6 Superposição de regras de transição

É essa revogação de regras de transição de emendas constitucionais anteriores por emenda constitucional posterior que traz suas próprias regras de transição como únicas e exclusivas que é também tratada por Marcelo Barroso Lima Brito de Campos como superposição de regras de transição:

Com relação à possibilidade de superposição de normas constitucionais de transição, inexistente no Ordenamento Jurídico brasileiro, qualquer legislação que a vede, sendo, pois, juridicamente viável. Impedir a alteração de uma das principais fontes do Direito – lei – criando empecilho para que se amolde as normas aos fatos presentes e projeções futuras constitui um engessamento indevido e contrário aos princípios democráticos e republicanos, conforme art. 1º da Constituição (BRASIL, 1988).

Entretanto, essa superposição, a despeito de ser possível, encontra limites, justamente na segurança (jurídica e social), na boa-fé e na confiança legítima.¹⁶⁴

Em artigo intitulado “A reforma da Previdência e a questão dos direitos adquiridos em face das regras de transição”, Ana Frazão de Azevedo Lopes enfrentou o problema ainda em 2004 em face do advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, chegando à seguinte conclusão:

¹⁶⁴ CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. Superposição das regras de transição nas reformas constitucionais da previdência social brasileira. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**. E-ISSN: 2525-9865. Evento Virtual. V. 6. N. 1. P. 101-122. Jan/Jun2020.

Como se viu, a EC no 20/98 previu em favor dos servidores ocupantes de cargos na data da sua publicação verdadeiros direitos adquiridos sob condição e não apenas expectativas de direitos. Com efeito, o primeiro fato aquisitivo decorreu automaticamente da EC n° 20/98- a condição de servidor público na data da publicação da emenda -e os demais fatos aquisitivos dependem exclusivamente de cada servidor, em razão de terem sido previstos em regra de transição.

Ao desconsiderar que as leis de transição não estão sujeitas à regra geral da revogação das leis, pois têm como finalidade exatamente a de evitar o conflito de leis no tempo e não a de postergá-lo ou até mesmo aumentá-lo, a referida EC no 41/2003 agiu de forma abusiva e desproporcional, com manifesto desvio de finalidade e com ofensa ao devido processo legal em seu sentido material, que igualmente se aplica ao poder constituinte derivado.

Ainda que afastadas as conclusões já expostas, teria a EC no 41/2003 que respeitar o tempo proporcional para a aposentadoria já cumprido pelos servidores de acordo com o art. 8, da EC n20/98, inclusive para o fim de considerar tal tempo para efeito do valor dos proventos, tendo em vista que o critério de cálculo dos mesmos foi igualmente modificado.

São por essas razões que a EC n° 41/2003 mostra-se, nesse aspecto, manifestamente inconstitucional, não apenas por ter modificado as regras de transição previstas na EC no 20/98, mas, e principalmente, por ter desconsiderado a eficácia jurídica dos fatos aquisitivos ocorridos sob a égide desta.

Consequentemente, mesmo que se afastasse o nítido direito adquirido concedido aos servidores pelo art. 8°, da EC no 20/98, seria forçosa a conclusão de que os mesmos teriam direito a ver preservada a eficácia dos fatos aquisitivos legitimamente incorporados ao seu patrimônio jurídico enquanto vigente a EC n° 20/98, especialmente no que se refere aos limites de idade, tempo no cargo e tempo de contribuição.¹⁶⁵

José Afonso da Silva ao defender a possibilidade de direito adquirido a determinado regime jurídico afirmou que quando uma expectativa de direito é alçada por uma norma à categoria de direito subjetivo como as regras transitórias de direitos previdenciários surge o direito adquirido àquela regra.¹⁶⁶

E Paulo Modesto no artigo “Disposições constitucionais transitórias na reforma da previdência: proteção da confiança e proporcionalidade” afirma:

Previdência exige previsibilidade e segurança jurídica, tutela reforçada da confiança, sob pena de incentivar a informalidade e a desfiliação. A blindagem jurídica não pode ser frágil, sectária, submetida à lógica do tudo ou nada, e normas fundamentais não devem ser alteradas por um debate parlamentar abstrato e retórico realizado em poucos meses.¹⁶⁷

¹⁶⁵ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. A reforma da Previdência e a questão dos direitos adquiridos em face das regras de transição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 238: 17-35. OUT/DEZ 2004.

¹⁶⁶ SILVA, José Afonso da. MODESTO, Paulo (organizador). **Reforma da previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional 41/2003**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 383-420.

¹⁶⁷ MODESTO, Paulo. Disposições constitucionais transitórias na reforma da previdência: proteção da confiança e proporcionalidade. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, 2017, ano 15, n. 56., p. 9-54.

Já em sentido contrário, além do esposado no item anterior, tem-se a obra de Marcelo Rodrigues da Silva intitulada “Limites à Alteração da Norma Constitucional Previdenciária” que após dissertar sobre inúmeros dos mesmos princípios e garantias trabalhados no presente texto, acaba por concluir que:

Nessa linha de entendimento, conclui-se que não existe óbice à modificação da regra de transição contemplada em emenda constitucional anterior além daquele representado pelo respeito e consideração à proporcionalidade do direito acumulado do segurado. Uma vez respeitada essa proporcionalidade, não há impedimento à sua alteração.¹⁶⁸

No âmbito do Supremo Tribunal Federal há doze Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI’s¹⁶⁹ com pedido de medida cautelar que apontaram como inconstitucionais inúmeros dispositivos da EC 103/2019, dentre eles: as alíquotas progressivas de contribuição previdenciária, a possibilidade de instituição de contribuição extraordinária (art. 1º da EC nº 103/2019, a parte que altera a redação dos arts. 40, § 22, X; 149, §§ 1º, 1º-B e 1º-C; e 195, II, da CF/1988; art. 9º, § 8º; art. 11, §§ 1º, 2º e 4º, da EC nº 103/2019); bem como a revogação de regras de transição contidas nas Emendas Constitucionais nº 41/2003 e 47/2005 (art. 35, III e IV, da EC nº 103/2019); e própria regra de transição prevista no art. 4º da EC nº 103/2019; art. 25, § 3º, da EC nº 103/2019,

¹⁶⁸ SILVA, Marcelo Rodrigues da. Limites à Alteração da Norma Constitucional Previdenciária., cit., p. 157.

¹⁶⁹ “Trata-se de 12 ações diretas de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizadas: (i) pela Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP (ADI 6.254); (ii) pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA e Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR (ADIs 6.255 e 6.256); (iii) pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE (ADIs 6.258 e 6.289); (iv) pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – ANFIP (ADI 6.271); (v) pelo Partido dos Trabalhadores – PT (ADI 6.279); (vi) pela União Nacional dos Auditores e Técnicos Federais de Finanças e Controle – UNACON (ADI 6.361); (vii) pela Associação Nacional dos Auditores- Fiscais da Receita Federal do Brasil – UNAFISCO NACIONAL (ADI 6.367); (viii) pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal – ADPF (ADIs 6.384 e 6.385) e pela (ix) Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADI 6.916), contra dispositivos da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, que realizou uma nova reforma na Previdência Social, e, especificamente no caso da ADI 6.367, também contra a Portaria SEPRT nº 2.963, de 04.02.2020, editada pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatório conjunto das **Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs: 6.254, 6.255, 6.256, 6.258, 6.289, 6.271, 6.279, 6.361, 6.367, 6.384, 6.385 e 6.916**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5814691> . Acesso em 06 jul. 2024.

que considera nula a aposentadoria concedida no regime próprio de previdência social com contagem recíproca de tempo de serviço prestado no regime geral sem a respectiva contribuição ou correspondente indenização do segurado; além do art., 26, § 5º, da EC nº 103/2019, que prevê critério mais favorável de cálculo da aposentadoria apenas para as mulheres do regime geral, concedendo-lhes o direito de acrescer 2% (dois por cento) a cada ano aos proventos a partir de 15 (quinze) anos de contribuição; na existência de déficit atuarial dos regimes próprios, a possibilidade de que a contribuição ordinária dos aposentados e pensionistas venha a incidir sobre aposentadorias pensões que superem o salário mínimo; os critérios de cálculo da pensão por morte (art. 23 da EC nº 103/2019); e, ainda das vedações à acumulação de benefícios.

O Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, apresentou seu voto julgando improcedentes a imensa maioria dos pedidos, conferindo parcial procedência apenas para que fosse dada interpretação conforme a Constituição ao artigo 149, §1º-A com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 103/2019, a fim de que a base de cálculo da contribuição previdenciária de inativos e pensionistas somente possa ser majorada em caso de subsistência comprovada de déficit atuarial após a adoção da progressividade de alíquotas¹⁷⁰.

O voto do Eminentíssimo Ministro Relator iniciou ilustrando o que chamou de pano de fundo da EC 103/2019, ou seja, a inversão da pirâmide etária, o referido déficit previdenciário, entre outros argumentos econômicos; e, posteriormente, explicou seus vetores interpretativos aplicáveis ao caso, iniciando pela autocontenção judicial, devido ao quórum qualificado necessário para aprovação das Emendas Constitucionais, bem como pelos limites impostos por sua “capacidade institucional e efeitos sistêmicos de suas decisões”.¹⁷¹ Nesse ponto, parece claro que as questões atinentes a uma

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatório conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs: 6.254, 6.255, 6.256, 6.258, 6.289, 6.271, 6.279, 6.361, 6.367, 6.384, 6.385 e 6.916., cit.

¹⁷¹ *Ibid.*

adequada interpretação da superposição entre regras de transição não foi objeto de sua análise, tampouco a relativização ou não de direitos fundamentais. Seus argumentos, como já mencionado, foram de ordem consequencialista (econômicos) ou, então, sobre os limites da interferência judicial, o que, ao fim e ao cabo, faz sombra à discussão que se pretende abrir com essa dissertação.

Aliás, na última parte do voto houve apreciação das questões preliminares e de mérito alegadas, as quais não caberia a análise pormenorizada por fugir do objetivo principal da presente pesquisa, entretanto, ao se referir a possível afronta às cláusulas pétreas, o referido Ministro alegou que locução “tendente a abolir” deveria ser interpretada com equilíbrio, a fim de impedir a erosão do conteúdo substantivo protegido, não devendo, por outro lado, “prestar-se a ser uma inútil muralha contra o vento da história, petrificando determinado *status quo*.”¹⁷²

Em seguida, refere:

Há duas razões relevantes e complementares pelas quais a interpretação das cláusulas pétreas deve ser feita sem alargamento do seu sentido e alcance:

a) para não sufocar o espaço de conformação reservado à deliberação democrática, exacerbando a atuação contramajoritária do Judiciário; e b) para não engessar o texto constitucional, o que obrigaria à convocação repetida e desestabilizadora do poder constituinte originário. A observação panorâmica das cláusulas pétreas abrigadas nas Constituições dos países democráticos revela que, em geral, elas veiculam princípios fundamentais e, menos frequentemente, regras que representem concretizações diretas desses princípios. Não é meramente casual que seja assim. Princípios, como se sabe, caracterizam-se pela relativa indeterminação de seu conteúdo. Trazem em si, porém, um núcleo de sentido, em cujo âmbito funcionam como regras, prescrevendo objetivamente determinadas condutas. Para além desse núcleo, existe um espaço de conformação, cujo preenchimento é atribuído prioritariamente aos órgãos de deliberação democrática, por força do princípio democrático. Aí não caberia mais ao Judiciário impor sua visão do que seria a concretização ideal de determinado princípio.¹⁷³

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatório conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs: 6.254, 6.255, 6.256, 6.258, 6.289, 6.271, 6.279, 6.361, 6.367, 6.384, 6.385 e 6.916., cit.

¹⁷³ *Ibid.*

Novamente observa-se a interpretação no sentido do núcleo de sentido dos direitos fundamentais, bem como uma interpretação de princípio fundamental como se ele permitisse um espaço de discricionariedade do julgador, dissociada de toda a tradição constitucional, ao contrário, por exemplo, do que a Crítica Hermenêutica do Direito propõe, ou seja:

Por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir “múltiplas respostas”. Portanto, os princípios “fecham” a interpretação e não a “abrem”, como sustentam, em especial, os adeptos das teorias da argumentação, por entenderem que, tanto na distinção fraca como na distinção forte entre regras e princípios, existe um grau menor ou maior de subjetividade do intérprete. A partir disso é possível dizer que é equivocada a tese de que os princípios são mandatos de otimização e de que as regras traduzem especificidades (em caso de colisão, uma afastaria a outra, na base do “tudo ou nada”), pois dá a ideia de que os “princípios” seriam “cláusulas abertas”, espaço reservado à “livre atuação da subjetividade do juiz”, na linha, aliás, da defesa que alguns civilistas fazem das cláusulas gerais do novo Código Civil, que, nesta parte, seria o “Código do juiz”.¹⁷⁴

É verdade, como afirma o referido Ministro em seu voto, que esse vetor interpretativo acerca do núcleo essencial dos princípios fundamentais é amplamente adotado pela Corte, entretanto, também afirma que:

Portanto, em se tratando de controle de constitucionalidade de emenda à Constituição, adoto uma postura de deferência às escolhas políticas realizadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, o que, por certo, não impedirá a declaração de inconstitucionalidade se realmente estiver presente alguma contrariedade com a CF/88.¹⁷⁵

Aparente contradição se considera-se a Suprema Corte como a instituição guardiã da Constituição, a única capaz de limitar a afronta do legislador derivado às cláusulas pétreas.

Afora esses poucos argumentos acerca dos direitos fundamentais, a maior parcela da fundamentação desse voto do Ministro Relator é baseada em argumentos econômicos, mais uma vez verificando-se o Judiciário pretendendo corrigir todas as mazelas do Estado, em prejuízo da autonomia do Direito, como também refere Lenio Streck:

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso - constituição, hermenêutica e teorias discursivas., cit., local. 4788.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatório conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs: 6.254, 6.255, 6.256, 6.258, 6.289, 6.271, 6.279, 6.361, 6.367, 6.384, 6.385 e 6.916., cit., p. 19.

Trata-se de uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um Direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis (portanto, a autonomia do Direito não emerge apenas na sua perspectiva jurisprudencial; há algo que se coloca como condição de possibilidade ante essa perspectiva jurisprudencial: a Constituição entendida no seu todo principiológico).

Em outras palavras, sustentado no paradigma do Estado Democrático Constitucional, o Direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar apenas nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m. No fundo, a análise econômica do Direito (AED) se insere no conjunto de discursos predadores do Direito (e de sua autonomia), ao lado da política e da moral (lembramos o viés corretivo assumido pela moral no interior das teorias argumentativas, em especial a de Alexy). Estes podem ser denominados “predadores externos”; já os “predadores internos” são incontáveis e encontram terreno fértil na dogmática jurídica (senso comum teórico dos juristas) e até mesmo em algumas teorias críticas, valendo referir as teses que pretendem relativizar a coisa julgada, a substituição do Direito legislado pela jurisprudencialização e, talvez o mais perigoso de todos, a discricionariedade judicial (caminho para arbitrariedades).¹⁷⁶

A importância das inconstitucionalidades apontadas nas referidas ADI’s mereceriam uma análise hermenêutica, não dissociada da tradição constitucional, ciente de que o Brasil como um país de modernidade tardia, depende dos direitos substantivos já previsto em sua Constituição dirigente e compromissória¹⁷⁷.

No que concerne à revogação das regras de transição contidas nas EC 41/2003 e 47/2005, os principais argumentos utilizados pelas partes demandantes foram: que a revogação ignorou “a razão de ser e a natureza das regras de transição em matéria previdenciária, violando os princípios da segurança jurídica e da confiança”¹⁷⁸; que “as regras de transição uma vez em vigor, se incorporariam ao patrimônio dos destinatários e gerariam direitos adquiridos”¹⁷⁹; que disposições dessa espécie “só poderiam incidir prospectivamente, sem afetar aqueles que se beneficiavam da disciplina anterior”¹⁸⁰; que “a revogação das normas de transição anteriores constitui *venire contra factum proprium*, em violação ao princípio da boa-fé

¹⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso - constituição, hermenêutica e teorias discursivas., cit., local. 4650.

¹⁷⁷ *Ibid.*, local. 4334.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatório conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n°s: 6.254, 6.255, 6.256, 6.258, 6.289, 6.271, 6.279, 6.361, 6.367, 6.384, 6.385 e 6.916., cit., Voto do Relator.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Ibid.*

objetiva”¹⁸¹.

Acerca desses argumentos, o Eminentíssimo Ministro Relator os adjectivou de “respeitáveis”, mas entendeu que não poderiam ser acolhidos por não ser possível extrair da Constituição de 1988 uma absoluta vedação à revogação de regras de transição¹⁸². Fundamentando seu entendimento, aduziu que embora revogadas, as referidas regras de transição das Emendas anteriores continuariam produzindo efeitos aos servidores que, embora ainda não aposentados, tivessem direito adquirido a elas até a data da sua revogação, ressalvando que a situação dos servidores que não chegaram a completar as condições estabelecidas nas regras de transição até a supressão possuíam mera expectativa de direito, não podendo reivindicar a incidência do regime até então vigente, sendo-lhes assegurado o “*direito a uma transição razoável*”, que não garante a manutenção perpétua de determinada regulação jurídica, o que teria feito a EC 103/2019 com suas próprias regras de transição¹⁸³.

Alegou ainda quanto ao ponto o referido Ministro que o fato das regras de transição anteriores terem vigorado por mais de 14 (catorze) anos, evidenciara terem sido capazes de dar cobertura aos segurados que estavam mais perto de se aposentar e que, por isso, sofreriam mais com as mudanças, demonstrando que há graus distintos de expectativas e que as mais fortes teriam sido respeitadas, e ainda, que “sob um viés de isonomia material, servidores com graus de expectativa distintos não estão na mesma situação jurídica, podendo ser tratados de forma diversa”¹⁸⁴.

Além disso, referiu o Eminentíssimo Ministro Relator que o Supremo Tribunal Federal já havia reconhecido a possibilidade de o constituinte derivado revogar normas de transição em matéria previdenciária, a exemplo da ADI 3.104, justamente acerca do já referido artigo 10 da EC 41/2003 que havia revogado o artigo 8º da EC 20/1998, quando a Corte Suprema aplicou o princípio do *tempus regit actum*, ou seja, que as regras aplicáveis à aposentadoria são aquelas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos da inatividade, havendo inclusive a Súmula 359 daquele Tribunal acerca do assunto, não sendo, pois, “correto consolidar a legislação incidente sobre o

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatório conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs: 6.254, 6.255, 6.256, 6.258, 6.289, 6.271, 6.279, 6.361, 6.367, 6.384, 6.385 e 6.916., cit., Voto do Relator.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Ibid.*

futuro benefício de quem ainda não possuía todas as condições para se aposentar”¹⁸⁵.

Por outro lado, o Eminentíssimo Ministro Edson Fachin apresentou voto divergente que até o presente momento já tem um voto que o acompanha, iniciando sua exposição com a explicação que seu voto também abarca todas as ADI’s e, a despeito dos vetores interpretativos do voto relator, aduz: “O i. Relator, por igual, indica os vetores interpretativos aplicáveis ao caso, cujo fio condutor, à luz de uma principiologia axiológica de índole constitucional, tem o meu mais respeitoso dissenso.”¹⁸⁶

Prossegue no voto divergente:

Nada obstante concordar com o juízo de autocontenção, permito-me adiantar, desde logo, o que mais à frente irei explicitar neste voto, que, na Reforma, o solapar de direitos sociais dos trabalhadores, fundadas essas situações jurídicas no desenho constitucional vinculante, é somente compatível com uma hermenêutica elástica coerente com um Estado despido dos deveres prestacionais que são próprios das democracias sociais e da realização dos direitos fundamentais.

(...)

A República e a sociedade no Estado Democrático de Direito, constituídas em 1988 no Brasil, são um marco para o início da superação da exclusão social, econômica, política e cultural, formada por uma sociedade escravagista e cindida em camadas de senhores e vassallos.

(...)

A identidade do país foi reposta ao debate em 1988 e daí emergiu a proclamação de uma sociedade livre, justa e solidária. Esse arquétipo, que está anos-luz da então compreendida identidade luso-brasileira projetada como legado para o Brasil colonial, imperial e mesmo para a República, especialmente até 1934, é constitutivo do intento de por fim à escravidão no Brasil moderno. E é nesse embate que se traduz, em meu ver, as convergências e divergências para a compreensão do Estado e da sociedade brasileira contemporânea.

Para ser inclusivo e emancipador, o processo constitucional, em curso faz mais de três décadas, precisa obstar o retrocesso e elidir (ou quando menos mitigar) a imensa legião de excluídos. Caso contrário, reformas naturalizam essas desumanidades, tornando-as ainda mais cruéis e trágicas, como num presente infinito que nunca se realiza para a imensa maioria da população. E aí que se insere a Reforma da Previdência ora em apreciação, sem resvalar para um exame meramente economicista; ao hermeneuta, enfim, cabe responder: “cui prodest?”¹⁸⁷

A importância desses excertos é tão profunda que não só demonstra os alicerces do voto divergente, além de outros extremamente relevantes, mas ora omitidos devido à extensão que tomariam em detrimento da pesquisa, mas analisam

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatório conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs: 6.254, 6.255, 6.256, 6.258, 6.289, 6.271, 6.279, 6.361, 6.367, 6.384, 6.385 e 6.916., cit., Voto Divergente.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.*

o contexto do constitucionalismo brasileiro, demonstrando qual o “pano de fundo” que deve estar presente nas análises de (in)constitucionalidades realizadas pela instituição guardiã da Constituição.

Como referiu o Eminentíssimo Ministro Edson Fachin, o processo constitucional tem o dever de ser eficaz na eleição ou, no mínimo, na mitigação da desigualdade social brasileira, caso contrário, as reformas naturalizam ou normalizam desumanidades, tornando-as ainda mais cruéis e trágicas, e, a EC 103/2019, em especial, foi extremamente drástica para com os trabalhadores brasileiros, com inúmeras afrontas a direitos fundamentais que precisam ser corrigidas pela Corte Suprema.

Alguns dos contraargumentos utilizados nesse voto divergente dentro da seara da análise econômica que fundamentou voto relator valem ser citados por pertinentes:

Acresça-se que o argumento econômico acerca de déficit não autoriza a interpretação de constitucionalidade de toda e qualquer alteração de regime jurídico, ao tempo em que não deve conduzir a leituras constitucionais necessariamente consequencialistas, porquanto a previdência do servidor é política pública que pode se associar a outros propósitos de estabilidade e recrutamento desses profissionais, podendo ser compensada pelo Estado por meio de outras fontes. Tenho, assim, que o caráter contributivo do regime, disciplinado pelo art. 40 da Constituição Federal, com a redação da EC nº. 20/98, não encerra uma relação privatística ou de capitalização. De outra parte, a propagação da ideia de que a previdência dos servidores públicos é generosa, benevolente ou geradora de desigualdade devem ser vistas com cautela, mormente diante do fato de que, segundo estudos do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea), a maior parte dos servidores públicos labora em funções que não apresentam remuneração elevada e substancialmente distinta daquela paga pela iniciativa privada. (Ipea. Atlas do Estado Brasileiro, ano 2015).¹⁸⁸

Depois disso o referido Ministro ressalva que apesar dos entendimentos majoritários da Corte indicarem pela inexistência de direito adquirido a regime jurídico, sendo, pois, favorável a uma parcela dessa reforma constitucional, esse entendimento deve ser ponderado, “de modo a que o equilíbrio penda em outra direção”¹⁸⁹.

Apesar dessa importante ressalva e de toda a análise social e histórica realizada pelo Ministro Relator do Voto Divergente, não se vislumbrou nesse

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatório conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs: 6.254, 6.255, 6.256, 6.258, 6.289, 6.271, 6.279, 6.361, 6.367, 6.384, 6.385 e 6.916., cit., Voto Divergente.

¹⁸⁹ *Ibid.*

documento uma análise específica acerca da revogação das regras de transição, porém, pelo dispositivo final do voto divergente¹⁹⁰ verifica-se que não houve declaração de inconstitucionalidade do artigo 35, II, III ou IV da EC 103/2019, o que talvez ainda receba a devida análise hermenêutica por parte de outro Ministro, mas, por ora, data máxima vênia, apesar da brilhante exposição de motivos do Voto Divergente, a temática da revogação das regras de transição de Emendas Constitucionais por Emenda Constitucional posterior ainda não recebeu a devida atenção e análise do Supremo Tribunal Federal.

¹⁹⁰ “Ante o exposto, divergindo, neste aspecto, do e. Relator, decreto a ilegitimidade ativa *ad causam* das autoras das ADIs de nº. 6.289, 6.384, 6.385, 6.361, 6.258, 6.271, 6.367 e 6.256 (apenas, neste último caso, em relação à ANAMATRA), julgando as ações extintas, sem resolução do seu mérito.

No mérito, com ressalvas à fundamentação, acompanho o e. Relator para, ultrapassadas as questões preliminares, julgar improcedentes os pedidos formulados nas ADIs nº. 6.279 e 6.916, por não vislumbrar os alegados vícios de inconstitucionalidade formal e material nelas suscitados. Divirjo do voto do e. Relator, entretanto, para julgar parcialmente procedentes as ADIs nº. 6.254 (ANADep), 6.256 (AMB e Outros) e 6.255 (AMB e Outros), nesta última acolhendo o seu pleito em maior extensão, para declarar:

- i) a inconstitucionalidade do art. 1º da EC nº. 103/2019, na parte alteradora dos parágrafos §1º-A, §1º-B e §1º-C, do art. 149 da Constituição Federal;
- ii) a inconstitucionalidade da expressão “*que tenha sido concedida ou*” do art. 25, §3º, da EC nº. 103/2019. Em relação ao mesmo dispositivo, dou interpretação conforme à Constituição à locução “*que venha a ser concedida*”, de modo a assegurar que o tempo de serviço anterior ao advento da EC nº. 20/1998, nos termos da legislação vigente à época de seu implemento, seja computado como tempo de contribuição para efeito de aposentadoria;
- iii) a interpretação conforme à Constituição ao art. 26, §5º, da EC nº. 103/2019, de modo a que o acréscimo sobre o cálculo de benefícios, instituído em favor das trabalhadoras mulheres filiadas ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS), aplique-se em igual modo e sem distinção às mulheres servidoras vinculadas ao Regime Próprio da Previdência Social (RPPS). É como voto.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatório conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs: 6.254, 6.255, 6.256, 6.258, 6.289, 6.271, 6.279, 6.361, 6.367, 6.384, 6.385 e 6.916., cit., Voto Divergente.

5 AS REGRAS DE TRANSIÇÃO DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL: REFLEXÕES À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir da problemática apresentada nos capítulos anteriores, é imperiosa a análise das regras de transição e sua revogação por Emenda Constitucional posterior sob a perspectiva do Direito Constitucional, e, em especial, dos Direitos Fundamentais.

5.1 O debate procedimentalismo *versus* substancialismo aplicado ao poder de reforma

A abordagem das teses do procedimentalismo e substancialismo faz-se necessária na medida em que como nos esclarece Lenio Luiz Streck em sua obra: “o papel da Constituição, sua força normativa e o seu grau de dirigismo vão depender da assunção de uma das teses (eixos temáticos) que balizam a discussão: de um lado, as teorias procedimentais, e, do outro, as teorias materiais-substanciais.”¹⁹¹

As principais análises da jurisdição constitucional atual passam por essa discussão:

A toda evidência, as teses materiais colocam ênfase na regra contramajoritária (freios às vontades de maiorias eventuais), o que, para os substancialistas, reforça a relação Constituição-democracia; para os procedimentalistas, entretanto, isso enfraquece a democracia, pela falta de legitimidade da justiça constitucional. Uma jurisdição constitucional interventiva “coloniza” o mundo da vida, na acepção de Habermas, corifeu da teoria procedimental do Direito.¹⁹²

O principal expoente do procedimentalismo é Jürgen Habermas com o que ele chama de paradigma procedimentalista do direito e o apresenta como uma linha da teoria da sociedade e da teoria do direito, apoiada no princípio do discurso, que

¹⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso - constituição, hermenêutica e teorias discursivas., cit., local. 2186.

¹⁹² *Ibid.*, local. 2186.

permite ultrapassar a oposição entre os modelos sociais do direito formal burguês e do Estado social.¹⁹³

Como uma teoria reconstrutiva da sociedade, Habermas vai apresentar a razão comunicativa como uma alternativa à razão prática, essa também conhecida como uma fonte de normas do agir, e, àquela, por sua vez, apesar de possuir um conteúdo normativo sob o aspecto de que o que age comunicativamente o faz sob pressupostos pragmáticos contrafactuais, ou seja, empreende idealizações; mas não está adstrita a nenhum ator singular nem a um macrosujeito sociopolítico, tornando-a possível pelo *medium* linguístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam; também possibilita uma orientação na base de pretensões de validade, no entanto, não fornece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa, nem imediatamente prática, ao contrário do que se possa imaginar pela denominação.¹⁹⁴

Segundo o autor, “a teoria do agir comunicativo tenta assimilar a tensão que existe entre facticidade e validade”¹⁹⁵, ou seja, a facticidade em relação à existência real e concreta das normas jurídicas e validade no sentido de serem as mesmas legítimas ou legitimadas do ponto de vista de uma justificação moral e racional, e, diante disso, apresentar alternativas como os procedimentos democráticos e deliberativos com a preponderância, portanto, do papel da comunicação ou do *medium* da linguagem como o autor refere.¹⁹⁶

O problema do procedimentalismo começa a aparecer quando se observa o nítido enfraquecimento dos direitos fundamentais que Habermas refere: “está fora de dúvida que existe uma mudança na conceitualização dos direitos fundamentais, que se reflete na jurisprudência constitucional”¹⁹⁷, desenvolvendo a partir daí a ideia dos “conceitos-chave” do direito constitucional como por exemplo a proporcionalidade, a reserva do possível, a limitação de direitos fundamentais imediatamente variáveis, através dos direitos fundamentais de terceiros entre outros; nascidos, segundo o autor, da própria prática da decisão, compreendendo-os como princípios procedimentais que atenderiam às exigências da interpretação construtivista do caso

¹⁹³ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. V. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 24.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 19 a 21.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 25.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 20.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 307.

singular nos termos de Dworkin, mas se refletiriam, de uma ordem jurídica reconstruída racionalmente.¹⁹⁸

Apesar de restar claro que pretende Habermas dar uma resposta à pergunta acerca de como a prática de interpretação que procede construtivamente pode operar no âmbito da divisão dos poderes do Estado de direito, sem que a justiça lance mão de competências legisladoras¹⁹⁹ ou como o recurso inevitável a “normas de fundo” em uma ordem jurídica que se justifica em princípios não abriria “ao tribunal constitucional a porta para uma criação do direito inspirada politicamente, a qual, segundo a lógica da divisão de poderes, deveria ficar reservada ao legislador democrático”²⁰⁰, sua ideia de compreensão correta da interpretação construtiva, colide com o que ele analisa do Tribunal Constitucional Alemão acerca da jurisprudência dos valores, pois, segundo ele, “direitos não podem ser assimilados a valores”²⁰¹.

Resume a diferença entre normas e valores da seguinte forma:

Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira. Posso orientar meu agir concreto por normas ou valores, porém a orientação da ação não é a mesma nos dois casos. A pergunta: “o que eu devo fazer numa situação dada? Não se coloca da mesma maneira em ambos os casos, nem obtém a mesma resposta. À luz das normas, é possível decidir o que deve ser feito; ao passo que, no horizonte de valores, é possível saber qual comportamento é recomendável.²⁰²

Mais adiante o referido autor até esclarece que essa distinção terminológica entre normas e valores, do ponto de vista conceitual, perderia seu sentido quando submetida às teorias que pretendem validade universal para os bens e valores supremos, exemplificando com “as versões clássicas da ética dos bens”²⁰³, entretanto, segue sua defesa no sentido de serem essas indefensáveis por implicarem “um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente”²⁰⁴.

¹⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade., cit., p. 308.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 297.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 314.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 315.

²⁰² *Ibid.*, p. 317.

²⁰³ *Ibid.*, p. 318.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 320.

Outra argumentação levantada por Habermas é no sentido de que a análise apenas deontológica e não teleológica como ele vê na jurisprudência dos valores alemã ainda favoreceria a proteção dos direitos fundamentais, porque não cairiam na análise dos custos e vantagens.²⁰⁵

Por fim, resta claro que o referido autor aposta no modo deliberativo da prática da legislação que se desenrolaria num discurso ético ampliado e não cuidaria apenas da validade ética das leis, mas a complexa pretensão de validade de normas jurídicas, combinando os interesses parciais afirmados estrategicamente com os princípios universalistas de justiça²⁰⁶.

Acredita nesse sentido que: “Enquanto auto-entendimento ético, a política consegue trazer para a consciência o laço de eticidade substancial, que mantém a *fortiori* coesos os cidadãos que participam da controvérsia discursiva.”²⁰⁷

O procedimentalismo no sentido trabalhado por Habermas, portanto, ao passo que visa a evitar a abertura do Judiciário à uma legislação concorrente, ativismos judiciais e judicialização da política, aposta no Poder Legislativo como capaz de conferir a eticidade ao sistema, entretanto, parece acreditar que os princípios ou direitos fundamentais teriam um caráter de regra, despidendo de análise valorativa, ou melhor dizendo, como se essa análise de valor de um direito fundamental, por exemplo, que mais importa à presente pesquisa, fosse aquela do sujeito solipsista (que ele mesmo julgava ter afastado ao substituir a razão prática pela razão comunicativa), não inserido a uma tradição constitucional e que parte de um grau zero de sentido na aplicação de um direito fundamental.

Por outro lado, sob a ótica da teoria substancialista, nas palavras do adepto Lenio Streck:

Alinho-me, pois, aos defensores das teorias materiais-substanciais da Constituição, porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo conteudístico que une política e Direito.

Parece não restar dúvida de que as teorias materiais da Constituição reforçam a Constituição como norma (força normativa), ao evidenciarem o seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais-sociais a serem concretizados, o que, a toda evidência – e não

²⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade., cit., p. 322.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 351.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 353.

há como escapar dessa discussão – traz à baila a questão da legitimidade do Poder Judiciário (ou da justiça constitucional) para, no limite, isto é, na inércia injustificável dos demais poderes, implementar essa missão, que implica uma maior judicialização da política e não na discricionariedade judicial, já que esta última sempre deve ser observada como um problema de atuação ativista por parte do Poder Judiciário, ao ponto de causar graves prejuízos à democracia brasileira por meio de decisões voluntaristas. A judicialização da política não é um problema em si. O maior problema diz respeito aos critérios utilizados pelo Judiciário para julgar aquilo que foi judicializado.²⁰⁸

Note-se que a teoria substancialista, por sua vez, é capaz não somente de reforçar a Constituição como norma, mas considera um compromisso a concretização dos direitos fundamentais, o que vêm a cumprir o objetivo, no caso brasileiro, insculpido no Preâmbulo da Lei Maior.

É importante também referir que em que pese a análise substancial, essa não se confunde com qualquer filiação à filosofia da consciência ou a ativismos judiciais:

Em síntese, a corrente substancialista – que, insisto, não pode ser confundida com qualquer filiação à filosofia da consciência ou a ativismos judiciais – entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, o Direito produzido democraticamente, especialmente o dos textos constitucionais. Coloca em xeque, portanto, o princípio da maioria, em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política. O modelo substancialista – que, em parte, aqui subscrevo, ressaltando sempre o problema dos ativismos judiciais, entendidos como decisionismos praticados a partir de discricionariedades interpretativas – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, possuindo suas normas um caráter diretivo. É o constitucionalismo-dirigente que ingressa nos ordenamentos dos países após a Segunda Guerra. Consequentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que diz respeito à jurisdição constitucional.²⁰⁹

É crucial essa distinção na medida em que essa perspectiva substancialista visa a conferir eficácia não apenas aos direitos fundamentais, mas à ordem constitucional como tal, promovendo, através da teoria hermenêutico-fenomenológica, soluções que buscam evitar a ocorrência de ativismo judicial, a exemplo da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck²¹⁰ que demonstra a possibilidade de

²⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso - constituição, hermenêutica e teorias discursivas., cit., local. 2225.

²⁰⁹ *Ibid.*, local. 2313 e 2334.

²¹⁰ *Ibid.*, local. 7982.

existência de uma resposta adequada à Constituição, não a única, mas a adequada²¹¹.

E é justamente essa resposta adequada à Constituição que também poderá evitar a ocorrência do fenômeno da mutação constitucional patológica²¹², não aquela mutação constitucional que pode ser considerada uma evolução normativa que ocorre vagarosamente mediante uma construção interpretativa jurisprudencial sem alteração do texto constitucional e sem afronta a outros dispositivos constitucionais; mas da mutação constitucional que carrega alto grau de discricionariedade judicial e que não leva em consideração o sentido da Constituição e diminui a força normativa da mesma.

José Bolzan de Moraes também compreende a perspectiva substancialista como uma expressão do pacto social, explicando-a como:

(...) aquele acordo de vontades (pacto fundante) políticas desenvolvido em um espaço democrático que permite a consolidação histórica das pretensões sociais de um grupo, consolidando, hoje em dia, não apenas aquilo que diga respeito única e exclusivamente aos seres humanos individual, coletiva e difusamente, mas também os diversos fatores e seres que influem na construção de um espaço e de um ser-estar digno no mundo – e.g. meio ambiente, espaço urbano, ecossistemas etc. –, bem como as preocupações futuras para com aqueles que estão por vir, para além de funcionar como uma estratégia de estabilização de conquistas e de forjar instrumentos que deem condições para a prática dos conteúdos nela expressos.²¹³

E é justamente por isso que enfatiza o papel do constitucionalismo, especialmente para aqueles que se preocupam com a continuidade democrática substancial, com seu caráter humanitário e transformador projetado no Estado Democrático de Direito²¹⁴.

A própria tese interpretativa do direito como integridade de Ronald Dworkin também reflete a perspectiva substancialista e inclusive contribui para a diminuição do receio dos procedimentalistas acerca do aumento do ativismo judicial, uma vez que estabeleceu distinção entre a integridade na legislação e na deliberação judicial:

²¹¹ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso - constituição, hermenêutica e teorias discursivas., cit., local. 7405.

²¹² TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. Mutação constitucional como evolução normativa ou patologia constitucional? Tempo e direito à luz da hermenêutica-filosófica. **Revista Estudos Institucionais**, V. 3, 1, 2017. p. 432 e seg.

²¹³ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos (Portuguese Edition)** . Livraria do Advogado Editora. 2011. *E-book*. local. 1438.

²¹⁴ *Ibid.*, local. 1438.

A primeira restringe aquilo que nossos legisladores e outros partícipes de criação do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar nossas normas públicas. A segunda requer que, até onde seja possível nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas. Para nós, a integridade é uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal, mas isso não significa que, em alguma das duas formas assinaladas, a integridade seja necessariamente, ou sempre, superior às outras virtudes. O legislativo deveria ser guiado pelo princípio legislativo da integridade, e isso explica por que não deve promulgar leis conciliatórias apenas por uma preocupação com a equidade. Contudo, as leis conciliatórias constituem uma violação flagrante – e fácil de evitar – da integridade; daí não se segue que o legislativo nunca deve, sejam quais forem as circunstâncias, tornar o direito mais incoerente em princípio do que ele já é.²¹⁵

No que concerne à supressão de uma regra de transição de Emenda Constitucional por outra Emenda Constitucional, é possível traçar exatamente essa distinção da teoria de Dworkin na demonstração de que duas facetas do Estado – Legislativo e Judiciário – estão a faltar com a integridade.

O Legislativo favorece o surgimento da incoerência no Direito ao aprovar a supressão de uma regra de transição constitucional criada justamente para o bem da segurança jurídica, para assentar situações jurídicas que haviam sido restringidas, às quais inúmeros cidadãos se adequaram, “aceitando” a restrição que lhes foi imposta, mas sabedores de que em determinada medida (trazida pela regra de transição), o que haviam conquistado seria respeitado em determinado espaço de tempo ou espaço fático; o que acaba não ocorrendo por ocasião da supressão da regra de transição constitucional, mesmo após ter o cidadão se submetido à restrição, aceitado a acomodação nas novas regras e chegada a previsão temporal e fática inicialmente determinada.

Da mesma forma, o Judiciário, como demonstrado no capítulo anterior, que ao desempenhar seu papel de guardião da Constituição, não atenta à coerência e à integridade, acaba por aceitar como constitucional um determinado dispositivo de reforma constitucional nitidamente inconstitucional, como o é a supressão de regra de transição constitucional por reforma constitucional posterior.

²¹⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 261-262.

Poderia se argumentar que é justamente o receio de parecer ativista que faz com que o Judiciário tenha, por vezes, essa postura de não considerar inconstitucional norma de reforma constitucional que tenha respeitado o princípio da reserva do plenário, bem como as demais cláusulas pétreas²¹⁶, entretanto, quando se fala em coerência e integridade, se fala do todo, do ordenamento jurídico como um todo, do Legislativo, do Judiciário e até mesmo do Executivo na busca incessante por “um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção”²¹⁷.

Nesse sentido, explica Dworkin ainda que coerência não é apenas decidir casos semelhantes da mesma maneira:

Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes, irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca da fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.²¹⁸

Esse é o intento que a perspectiva substancialista traz, bem sintetizado pelo autor no trecho acima citado, com especial ênfase para o intento de fidelidade aos princípios mais fundamentais de um sistema, ou leia-se de um Estado, na hipótese do Estado Democrático de Direito, aos direitos fundamentais.

5.2 Analisando o Tema 24 do Supremo Tribunal Federal e a propalada inexistência de direito adquirido à regime jurídico

O Recurso Extraordinário nº 563.708²¹⁹ do Mato Grosso do Sul cuja Repercussão Geral fora reconhecida, restou também designado como Tema 24 do

²¹⁶ Nesse ponto, é imprescindível que se faça uma breve nota no sentido de que a própria regra de transição de Emenda Constitucional também poderia ser considerada como um direito fundamental, mas como uma tese que seria, necessitaria de um trabalho e desenvolvimento de pesquisa específico que talvez venha em um futuro próximo.

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. O Império do direito., cit., p. 264.

²¹⁸ DWORKIN, Ronald. O Império do direito., cit., p. 264.

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 563.708**. Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público. Servidor Público Civil. Sistema Remuneratório e Benefícios. Adicional de Tempo de Serviço. Base de Cálculo. Irredutibilidade de Vencimentos. Recorrente:

STF e discutiu se a base de cálculo do adicional por tempo de serviço de servidor público do Estado do Mato Grosso do Sul admitido antes da Emenda Constitucional nº 19/1998 (que suprimiu a expressão “sob o mesmo título ou idêntico fundamento” do artigo 37, XIV da C.F./88) à luz dos artigos 5º, XXXVI; e 37, XIV, da Constituição Federal, e art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, era sobre a remuneração nos termos do artigo 111 da Lei Estadual nº 1.102/1990 ou, sobre os vencimentos nos termos da Lei Estadual nº 2.157/2000 que alterou o artigo 111 da Lei Estadual 1.102/1990, trazendo à baila a controvérsia acerca da inexistência de direito adquirido à regime jurídico e o princípio da irredutibilidade de vencimentos.

A escolha de análise do referido Recurso Extraordinário nesta dissertação foi determinada a partir de sua relevância, na medida em que julgado com Repercussão Geral reconhecida, sendo bastante citado pela própria jurisprudência do STF ao repetir a famosa tese, ou melhor, o conhecido entendimento do referido tribunal acerca da inexistência de direito adquirido à regime jurídico, o qual permite inúmeras reflexões ao ser dirigido para o contexto das reformas constitucionais e, por consequência, das regras de transição, além de trabalhar a irredutibilidade de vencimentos e até a aplicabilidade imediata da EC 19/1998.

Quando a EC 19/1998 suprimiu a parte final do dispositivo do artigo 37, XIV da C.F./88²²⁰ (“sob o mesmo título ou idêntico fundamento”), inúmeros Regimes Próprios de Previdência Social, assim como no caso do Mato Grosso do Sul, viram a necessidade de alterar seus Estatutos a fim de corrigir o texto da norma, a fim de que as vantagens, como o adicional por tempo de serviço incidissem sobre o vencimento básico e não sobre a remuneração que, nos termos do art. 41 da Lei 8.112/90 é composta pelo vencimento básico mais as vantagens pecuniárias permanentes.

No caso do Mato Grosso do Sul, a alteração veio somente no ano 2000, por ocasião da Lei Estadual nº 2.157, situação que foi questionada pelo Ministro Fux no

Estado do Mato Grosso do Sul . Recorrido: Adão de Freitas Amorim e outro (A/S). Relatora: Min. Cármen Lúcia, 06 fev. 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136774907&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2024.

²²⁰ Redação original do artigo 37, XIV da Constituição Federal de 1988: “XIV - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados, para fins de concessão de acréscimos ulteriores, sob o mesmo título ou idêntico fundamento;”. Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998: “XIV - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;”. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cit.

juízo do Tema 24, mas e a aplicação da EC 19/1998? Foi imediata? Então o Tribunal não pode conferir eficácia retroativa a algo que a própria Constituição Federal retirou disse ele. Isso porque, como relatou a Ministra Cármen Lúcia, o pedido inicial foi para determinar a imediata implantação do adicional sobre a remuneração desde o ajuizamento ocorrido em 2004, retroativo aos últimos cinco; ou seja, embora a legislação do Estado do Mato Grosso do Sul prevísse que o referido adicional deveria se dar sobre a remuneração desde sua redação original em 1990, os referidos servidores o recebiam apenas sob o vencimento básico, alegando na referida ação que somente perceberam tal lesão quando da publicação da Lei Estadual 2.157/2000 e interpuseram a ação.

A par dessa discussão, restou assentado que a EC 19/1998 tinha aplicabilidade imediata, levando à conclusão de que o art. 37, XIV, da C.F./88 não teria recepcionado o §3º do art. 73 da Lei Estadual 1.102/1990, ressaltando que nenhuma legislação posterior à EC 19 poderia incluir na base de cálculo qualquer acréscimo pecuniário à remuneração de servidor acréscimos ulteriores, por isso, o Tribunal recorrido teria limitado a condenação à vigência da Lei Estadual 2.157/2000, que adequou a base de cálculo do adicional por tempo de serviço aos termos da EC 19/1998.

Essa questão também foi relevante no julgamento e pode ser melhor compreendida no voto do então Ministro Teori Zavascki, que trouxe a questão de que se a norma da EC 19/1998 é autoaplicável como restou consignado, então, “operou a não recepção e a consequente revogação da legislação estadual com ela incompatível, independentemente do advento de uma nova legislação nesse sentido.”²²¹

A partir disso, prosseguiu o Ministro argumentando que o Tribunal de origem teria assegurado o direito adquirido à manutenção do regime jurídico anterior à EC 19/1998 em que pese a aplicabilidade imediata dessa, levando, por isso, a questão de “saber se seria legítimo, em nome da garantia do direito adquirido, assegurar aos servidores admitidos antes da Emenda Constitucional nº 19 o regime jurídico a fim de que continuem usufruindo a vantagem extinta pela Emenda Constitucional nº 19”.²²²

²²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 563.708., cit., p. 30.

²²² *Ibid.*, p. 30.

Nesse ponto é interessante verificar que seria assegurar o direito adquirido à manutenção do regime jurídico, nesse caso da Lei Estadual 1.102/1990, manter a base de cálculo das vantagens dos servidores a partir da publicação da EC 19/1998, nos termos do que previa o art. 111 dessa Lei Estadual 1.102/1990.

Mas também é interessante anotar que o então Ministro Marco Aurélio negava provimento ao Recurso Extraordinário, flexibilizando esse entendimento acerca da inexistência de direito adquirido à regime jurídico, criação do próprio Tribunal, aliás, uma vez que o direito fundamental garantido pela Constituição Federal, qual seja o direito adquirido, não traz em seu bojo qualquer exceção de aplicação, aduziu:

Presidente, o que há de novo, a meu ver, no cenário, é apenas a possibilidade de concluir-se pela incidência, na espécie, da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, já que o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, é explícito ao afastar a tese, harmônica com meu entendimento e não com o da sempre ilustrada maioria, de que não se pode proclamar aos "quatro ventos" a inexistência de direito adquirido a regime jurídico. Já disse, neste Plenário, que essa visão, se exacerbada, mostra-se afinada com o fascismo, e não com um Estado Democrático de Direito. Lembro-me de lição de José Afonso da Silva, segundo a qual a lei é editada para vigorar de forma prospectiva, ou seja, para o futuro. Nessa lição, tem-se a medula da segurança jurídica, para que a sociedade – não me refiro apenas aos servidores públicos, que até parecem bodes expiatórios, culpados pelas mazelas do Brasil – não viva a sobressaltos, a solavancos.²²³

Apesar de vencido, o voto do Ministro Marco Aurélio é extremamente valioso do ponto de vista jurídico, uma vez que desmascara a aplicação mecânica e desvairada da inexistência de direito adquirido a regime jurídico, explicando que o preceito do artigo 17 do ADCT²²⁴ – o qual denominou como “dos mais extravagantes, mas que revelou harmônico com a ordem jurídica constitucional”²²⁵ que determinava a passagem de um regime de exceção para um regime democrático – não baseou a EC 19/1998 porque essa resultou do poder constituinte de emenda que necessita observar o disposto no artigo 60 da Lei Maior, a partir do qual há vedação de

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 563.708., cit., p. 45.

²²⁴ “Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.”

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct . Acesso em 20 mai. 2024.

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 563.708., cit., p. 45.

deliberação sobre proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais²²⁶; tampouco referido art. 17 do ADCT tem influência sobre qualquer Emenda, na medida em que é um artigo transitório que restou disposto justamente no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias com finalidade específica substancial.²²⁷

Significa dizer que não se aplica a inexistência de direito adquirido à regime jurídico quando se trata de Emenda Constitucional porque essas apenas sofrem a limitação expressa das cláusulas pétreas, as quais, **vedam**, inclusive, qualquer deliberação que tenda a abolir direitos e garantias individuais.

Apesar disso, quanto a esse entendimento considerado “pacífico” no Supremo Tribunal Federal no sentido de inexistência de direito adquirido à regime jurídico, a maioria dos Ministros deixou claro que a jurisprudência do STF já trazia consenso quanto a esse ponto, afirmando, ainda a Ministra Relatora:

(...) apesar de o Supremo Tribunal Federal ter afirmado, em diversos julgados, não haver direito adquirido a regime jurídico e, portanto, ser viável a alteração da composição da remuneração dos servidores públicos, também é certo ter este Supremo Tribunal sempre resguardado a irredutibilidade dos vencimentos dos servidores.²²⁸

E esse acabou sendo o argumento que solucionou a controvérsia, ou melhor dizendo, formou maioria, na medida em que o fato do Tribunal ter assegurado, ao final, a percepção da vantagem trazida pela Lei Estadual 1.102/1990, respeitada a prescrição declarada, até o advento da alteração da Lei Estadual 2.157/2000, apesar da aplicação imediata da EC 19/1998, foi fundamentado no princípio da irredutibilidade de vencimentos, também consectário lógico da garantia fundamental do direito adquirido.

Nesse sentido, concluiu o citado Ministro Teori Zavaschi:

No caso, o que se deve assegurar, no meu entender, não é a manutenção do regime jurídico. O que se deve assegurar é a irredutibilidade dos vencimentos. Isso significa dizer, na prática, que se deve dar parcial provimento ao recurso - eu não sei se a Ministra Cármen Lúcia concorda com isso -, porque o modo como o Tribunal local decidiu a questão importa não

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 563.708., cit., p. 46.

²²⁷ *Ibid.*, p. 46.

²²⁸ *Ibid.*, p. 46.

apenas em assegurar a irredutibilidade, mas importa também em continuar mantendo o regime.²²⁹

Tal sugestão acabou sendo acatada pela Ministra Relatora, principalmente pela argumentação, já que apesar do parcial provimento, o proveito econômico ou o resultado fático para os recorridos era exatamente o mesmo que o improvimento inicialmente sugerido pela Ministra Relatora. Entretanto, cabe ainda salientar que a opção de um(a) servidor(a) público(a) de trabalhar sob esse regime jurídico específico, vai muito além da simples questão remuneratória, englobando, também e especialmente as razões previdenciárias.

Tal análise contribui para a realização da devida distinção (*distinguishing*) da problemática da presente pesquisa, na medida em que a (im)possibilidade de revogação de uma regra de transição de reforma constitucional por outra Emenda Constitucional posterior não está a discutir a manutenção desse regime jurídico depois de sua revogação, seja por disposição expressa ou por incompatibilidade, e sim, a inconstitucionalidade/ilegalidade da própria revogação por se tratar de uma regra de direito transitório com evidente caráter de proteger a confiança legítima, a expectativa de direito, conferir segurança jurídica e impedir o retrocesso social, temas que serão abordados na sequência.

5.2.1 Da segurança jurídica

O amplo aspecto da segurança jurídica poderia ser tema de uma dissertação exclusiva, entretanto, no que se refere a presente pesquisa é de se ressaltar sua importância, inclusive como um limite implícito ao poder de reforma constitucional, do qual decorre o dever de proteção da confiança legítima.

Marcelo Barroso Lima Brito de Campos na obra *Direitos Previdenciários Expectados* aborda possíveis significados da segurança jurídica segundo a doutrina e jurisprudência: como certeza e legalidade; como princípio jurídico e suas derivações; como valor; como um direito fundamental; como condição de validade e de legitimidade no Estado Democrático de Direito; e outros²³⁰.

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 563.708., cit., p. 30 e 31.

²³⁰ CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Direitos Previdenciários Expectados: a segurança na relação jurídica previdenciária dos servidores públicos**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 35/36.

Para além do conceito de direito fundamental esclarece que:

A segurança jurídica é o ambiente que permite aos direitos fundamentais serem criados e desenvolvidos, porquanto aquela contribui para a formação desses e esses, ao se desenvolverem, atestam a validade daquela. Esse desenvolvimento deve ter a participação efetiva dos seus destinatários para alcançar a legitimidade. Segurança jurídica é pois condição de validade e de legitimidade no Estado e no Direito.²³¹

Analisando a segurança jurídica como condição de validade e legitimidade no Estado e no Direito e trazendo-a para o conceito de ambiente que permite aos direitos fundamentais serem criados e desenvolvidos, o referido autor que já alertara sobre a ausência de um significado preciso e fechado²³², traz à baila não somente a amplitude e a importância da segurança jurídica, mas como a mesma representa uma força motriz do Estado Democrático de Direito:

Conclui-se, pois, que a segurança jurídica, transcende à ideia de certeza, legalidade, previsibilidade, regra, princípio, megaprincípio, subprincípio do Estado de Direito, valor, direito fundamental ou qualquer outro significado que deseje reduzir o seu alcance, visto que engloba todos eles, considerando tratar-se de condição de validade e de legitimidade no Estado Democrático de Direito.²³³

As reformas constitucionais, por sua vez, partem do pressuposto de serem mais rígidas as normas que as possibilitam, como por exemplo, o já referido art. 60, §4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, justamente a fim de que haja segurança jurídica e uma construção sólida do Estado Democrático de Direito.

Por ocasião da Emenda Constitucional 45/2004 fora incluído na Constituição Federal de 1988 o artigo 103-A²³⁴ com a criação da Súmula Vinculante, e, sem adentrar no mérito dessa problemática, é de se salientar apenas que por ocasião do

²³¹ CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. Direitos Previdenciários Expectados: a segurança na relação jurídica previdenciária dos servidores públicos., cit., p. 58.

²³² *Ibid.*, p. 34.

²³³ *Ibid.*, p. 73.

²³⁴ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).” BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cit.

seu §1^{o235}, houve a primeira menção constitucional expressa ao problema da insegurança jurídica.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (Lei nº 13.105 de 16/03/2015) trouxe a determinação aos tribunais para uniformizarem sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926, *caput*), trazendo aqui importantes conceitos que não só garantem a segurança jurídica, mas também têm o evidente intuito de evitar a discricionariedade e o ativismo judicial nessa uniformização, principalmente com a observação expressa do § 2º desse mesmo art. 926: “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”, lembrando ainda aos julgadores que os fatos não só ainda importam, mas são imprescindíveis.

Ainda no âmbito infraconstitucional, mas mais especificamente no que concerne às regras de transição, não se pode deixar de mencionar o artigo 23 do Decreto-lei 4.657 de 1942²³⁶ que traz a definição e necessidade de regime de transição para que um novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Nesse sentido, a necessidade de criação de regras de transição no âmbito das reformas constitucionais é imperiosa na medida em que afeta diretamente a confiança legítima do cidadão no Estado e na ordem constitucional estabelecida como seu sustentáculo.

A despeito do Direito Transitório já trabalhado no primeiro capítulo, é importante trazer nesse tópico acerca da segurança jurídica a lição de José Joaquim Gomes Canotilho que trouxe a questão das disposições transitórias como soluções de compromisso entre a permanência indefinida da disciplina jurídica existente e a aplicação incondicionada da nova normação²³⁷.

Da mesma forma Victor Souza:

²³⁵ “§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).” BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cit.

²³⁶ “Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.” BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942., cit.

²³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, cit., p. 263.

Nenhum agente estatal pode adotar interpretação ou impor novas condições ao exercício de um direito que sejam mais gravosas aos indivíduos e que não prevejam regras de transição para alguma alteração substancial de seus entendimentos, sob pena de ofensa à confiança que o cidadão depositava no entendimento até então vigente.

Essa hermenêutica deve ser aplicada a qualquer alteração de entendimento estatal. O estabelecimento de regras de transição, portanto, não é atinente apenas a atos legislativos. Há normas gerais de cunho administrativo, bem como decisões jurisdicionais que, quando alteradas com gravames aos indivíduos, comportarão e exigirão, sem sombra de dúvida, espaço para a criação de regras de transição.²³⁸

Afigura-se imprescindível a criação das normas de transição até mesmo devido ao simples perigo que permeia os momentos de reformas constitucionais como lembra Konrad Hesse:

Igualmente perigosa para força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a frequente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a ideia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os procedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição.²³⁹

Peter Häberle, ao tratar do Estado Constitucional e especialmente do Estado de Direito, chega a afirmar que a proteção da confiança está incluída na própria ideia de justiça:

Pero en el centro de la discusión se encuentra siempre la seguridad jurídica. Bajo este concepto caen los siguientes subaspectos del problema de la retroactividad de las leyes, la cuestión de la certidumbre de las normas, la validez de los actos administrativos y la cosa juzgada de las sentencias, la autosujeción de la administración y los requisitos de publicidad. Lo que estos aspectos tienen en común es la función estabilizadora del principio del Estado de derecho, como “forma de producción de continuidad”. El origen de todas estas garantías es la idea de la protección de la confianza, incluso en última instancia, la “idea de la justicia”. Desde el punto de vista metódico es notable el hecho de que el principio del Estado de derecho reúna en sí aspectos que en ocasiones son contradictorios entre sí, sobre todo en la oposición entre justicia formal y justicia material. Por ello se ha hablado de que el principio es como la “cabeza de Jano”.²⁴⁰

²³⁸ SOUZA, Victor. **Proteção e promoção da confiança no direito previdenciário**. Curitiba: Alteridade Editora, 2018. p. 279 e 280.

²³⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, p. 22.

²⁴⁰ HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. Estudio introductorio: Diego Valdés. Traducción e índices: Hector Fix-Fierro. p. 227 e 228.

A construção da confiança é, pois, primordial para a manutenção da democracia, a fim de se evitar revoltas e abalos de credibilidade para com a ordem social e constitucional instituída que apenas permitem se abra um espaço para instalação muitas vezes imperceptível de regimes autocráticos.

Por isso, sem segurança jurídica como dimensão social e intersubjetiva do valor e princípio que é a confiança²⁴¹ não se mantém o Estado Democrático de Direito.

Veja-se que a proteção confiança é fonte inclusive da proteção da boa-fé, atualmente erigida a sobreprincípio processual, a norma fundamental do processo civil por ocasião do advento do Código de Processo Civil de 2015, que em seu artigo 5º deixa claro que qualquer ser que de alguma forma participe do processo deve comportar-se com boa-fé.

Nesse sentido esclarecem os processualistas Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

A boa-fé pode ser reconduzida à segurança jurídica, na medida em que é possível reduzi-la dogmaticamente à necessidade de proteção à confiança legítima – que constitui um dos elementos do princípio da segurança jurídica – e de prevalência da materialidade no tráfego jurídico.²⁴²

E é justamente a partir da necessidade da proteção da confiança a qual também é vetor importantíssimo da segurança jurídica que merece proteção não apenas o direito adquirido, mas igualmente o direito expectado.

Nesse ponto, voltamos ao magistério de Marcelo Barroso Lima Brito de Campos:

A plurissignificativa segurança jurídica como condição de validade e de legitimidade no Estado Democrático de Direito merece ter ao seu abrigo os direitos expectados. A proteção dos direitos expectados, sob o manto da segurança jurídica, significa fortalecê-la e em consequência reforçar a validade e a legitimidade no Estado Democrático de Direito.²⁴³

²⁴¹ SOUZA, Victor. Proteção e promoção da confiança no direito previdenciário, cit., p. 140.

²⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 1ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 161.

²⁴³ CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. Direitos Previdenciários Expectados: a segurança na relação jurídica previdenciária dos servidores públicos., cit., p. 74.

Quando o autor trabalha a necessidade de proteção desses direitos expectados diferencia-os das meras expectativas de direito que são mais “tênuas, simples, frágeis pretensões de se adquirir direitos muito distantes, mera possibilidade de adquiri-los”²⁴⁴, ao passo que os direitos expectados são também expectativas, porém, mais “robustas, sólidas, fortes propensão (*sic*) de se constituir em direitos adquiridos, probabilidades de adquiri-los”²⁴⁵.

Apesar de também trabalhar com o cenário de inexistência de norma jurídica de transição e, mesmo assim defender a necessidade de proteção dos direitos expectados, no caso do objeto do presente trabalho, em que se tem o cenário de existência de regras de transição justamente para a proteção desses direitos expectados, cita-se o entendimento do autor no tocante às normas de transição:

Considerar as normas de transição como direitos fundamentais e sua ausência como omissão inconstitucional, passível de ser corrigida pela jurisdição constitucional, implica segurança jurídica. É evidente que proteger os direitos expectados por meio de normas de transição significa validar e legitimar a ordem jurídica por meio da segurança jurídica que essa proteção irá promover.

[...]

Então, no discurso de aplicação, ao agente do Direito, seja no exercício da função administrativa do Estado, seja na função judicial estatal, deve, com base no princípio da juridicidade, na proteção da confiança e da boa-fé encontrar uma solução que assegure os direitos expectados e, com isso, respeite a observância da segurança como postulado e condição de validade e de legitimidade do Estado, do Direito e da Democracia.²⁴⁶

Mais adiante o autor refere inclusive que não apenas nos discursos de aplicação, mas também nos discursos de justificação da norma jurídica deve-se levar em conta o grau de expectação dos direitos²⁴⁷, alertando, ainda que:

[...] na ordem democrática, pós-positivista, não se pode ter o grau de expectação como critério cético, matemático e preciso, de diferenciação das expectativas de direitos, mas como parâmetro com fronteiras móveis, de forma a proporcionar a segurança jurídica do movimento e adequar-se às situações concretas com suas especificidades.

Por fim, não se pretende propor uma proteção idêntica à dos direitos adquiridos, mas alertar para a importância de se proteger também aqueles que os formam, os direitos expectados.²⁴⁸

²⁴⁴ CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. Direitos Previdenciários Expectados: a segurança na relação jurídica previdenciária dos servidores públicos., cit., p. 101.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 101.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 104.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 105.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 106.

Essas lições denotam a importância da proteção aos direitos expectados a bem da segurança jurídica, ou seja, justamente o papel a que propõe uma regra de transição de reforma constitucional, imagine-se, então, o absurdo jurídico de se conceder expressamente essa proteção e sem o exaurimento natural dela, suprimi-la por reforma constitucional posterior.

5.2.2 Proibição de retrocesso

A proibição do retrocesso social como princípio pode ser analisada desde a concepção de que os direitos fundamentais são conquistas sociais e, portanto, não podem ser mitigados sob pena de ofensa direta ao próprio destinatário do poder maior, ou seja, o povo, que “o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”²⁴⁹; até a ideia de dever de progressividade dos direitos sociais ou efeito catraca, uma vez que se passa por ela não é possível retornar²⁵⁰.

Embora ressaltando que não há consenso na doutrina acerca do dever de progressividade dos direitos sociais, Leonardo David Quintiliano resalta que:

No caso do legislador, uma vez cumprido o dever de legislar imposto constitucionalmente, para densificar o conteúdo de um direito fundamental, estaria ele impedido de retornar, quer para revogar totalmente, quer para diminuir o conteúdo densificado. Tal dever poderia ser expresso ou tácito. A previsão de progressividade poderia se encontrar expressamente prevista na Constituição ou em normas internacionais. Nesse sentido, é importante destacar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que, em diversos dos seus artigos, previa o compromisso dos Estados em assegurar, progressivamente, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no tratado. O segundo – e, talvez, mais discutível – é a concepção de existência de um dever tácito de progressividade inerente ao Estado Social de Direito ou à concepção de dignidade da pessoa humana.²⁵¹

Uma visão mais concreta da aplicação desse princípio pode ser captada no seguinte excerto de artigo referente ao direito social do trabalho:

²⁴⁹ Art. 1º, Parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cit.

²⁵⁰ QUINTILIANO, Leonardo David. A autovinculação do legislador ao princípio da proibição do retrocesso social na doutrina e jurisprudência brasileira e portuguesa. **Revista Internacional Consinter de Direito**, ANO V, Nº IX, 2º SEM. 2019. Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal: Juruá editorial. p. 255 a 277.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 255 a 277.

O processo constituinte que deu vida a Constituição de 1988 foi marcado pelo conflito político estratificado em dois blocos suprapartidários, de um lado a ala conservadora denominada de “centrão” e do outro lado a ala progressista denominada “soberania”. Não se tratou apenas de um confronto de projetos políticos para o país, mas também a concepção sobre o papel do Estado, o alcance da cidadania e o compromisso de toda a sociedade construir um Estado Social. A Constituição, em tese, é resultado do compromisso que a sociedade faz com ela mesma de construir uma sociedade fraterna e que atenda ao bem-estar e a vida digna de todos os seus cidadãos. O que permite a interpretação de que o status constitucional dos direitos trabalhistas e sociais, contidos entre os artigos 1º e 9º, significam patamar mínimo civilizatório (DELGADO, 2008) não sujeitos ao retrocesso social (REIS, 2010), mas apenas a sua progressividade.²⁵²

Ingo Wolfgang Sarlet em artigo intitulado “O Estado Social de Direito, a Proibição do Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade” esclarece:

Em outras palavras, cuida-se de investigar se, como e em que medida os sistemas prestacionais existentes, concretizadores do princípio fundamental do Estado Social, podem ser assegurados contra uma supressão e/ou restrições.

Neste particular, é preciso ressaltar que, de acordo com a doutrina majoritária, uma proibição absoluta de retrocesso social tem sido excluída de plano, mormente em face da dinâmica do processo social e 2. Cf. K.H. Friauf, in *Sozialstaat -Idee und Entwicklung, Reformzwänge und Reformziele*, p. 67. 3. A este respeito v. B. Schulte, in: *liAS 1988*, pp. 208 e ss. 4. Cf., entre outros, B. Schulte, in 8. *Riedmüller/M. Rodenstein (Org), Wie Sicher ist die soziale Sicherheit? (O quanto é segura a seguridade social?)*, pp. 323-4. Sobre as causas da crise v. também P. Rosanvallon, *A Crise do Estado-Providência*, pp. 13 e ss. 5. A este respeito v. E. Eichenhofer, in *liAS 1988*, pp. 239 e ss. e, mais recentemente, O. Depenheuer, in *AÖR* ng 120 (1995), pp. 417 e ss. Na literatura em língua portuguesa encontramos, posicionando-se favoravelmente a uma vedação ao menos relativa de retrocesso na esfera social, especialmente J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 320 e ss. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 17, 1999 *O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade da indispensável flexibilidade das normas vigentes, de modo especial, com vistas à manutenção da capacidade de reação às mudanças na esfera social e econômica.*⁶ Por outro lado, constata-se que a Lei Fundamental da Alemanha (no que não se encontra isolada no âmbito europeu) não contém nenhum preceito que direta e expressamente ofereça qualquer tipo de proteção ao nível constitucional do sistema de segurança social e dos níveis prestacionais vigentes, advogando-se, além disso, o entendimento de que tal garantia não pode ser direta e exclusivamente deduzida do princípio geral (fundamental) do Estado Social de Direito (arts. 20, inc. I e 2~, inc. I, da LF) ou mesmo das diversas normas de competência.⁷ Mesmo assim, no âmbito de uma proibição relativa de retrocesso, a doutrina e a jurisprudência alemãs, confrontadas com o problema, lograram desenvolver, a partir do direito constitucional positivo,

²⁵² VELLINHO, Rubens Soares. BÜTTOW, Maria Emilia Valli. SIGNORINI, Jaqueline Büttow. **TRABALHO (IN)DECENTE NO BRASIL**. Costa, José Ricardo Caetano. **O “estado de mal-estar social” brasileiro** [recurso eletrônico]. José Ricardo Caetano Costa; Marco Aurélio Serau Junior; Hector Cury Soares (Org.). Prefácio de Ricardo Antunes – Belo Horizonte : IEPREV , 2020. p. 225.

algumas alternativas destinadas a ensejar um certo grau de proteção às prestações sociais e ao sistema global de seguridade social.²⁵³

Note-se que o autor supracitado é contundente ao afirmar que a proibição de retrocesso social não seria uma proibição absoluta devido à dinâmica do processo social com vistas à manutenção da capacidade de reação às mudanças na esfera social e econômica. Apesar de não se tratar de princípio expresso no texto constitucional é decorrente da tradição constitucional e demonstra-se fundamental na construção da confiança da população com a ordem constitucional e, conseqüentemente com o Estado.

5.2.3 Princípio da proibição da proteção insuficiente

Por fim e não menos importante se faz a abordagem do princípio da proibição da proteção insuficiente, o qual não apenas se faz imprescindível na aplicação do direito, mas também na perspectiva da compreensão da limitação do poder de reforma, de qual proteção que se pretende garantir aos direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Como refere Luigi Ferrajoli:

Não diversamente dos outros direitos, os direitos fundamentais consistem em expectativas negativas ou positivas, à quais correspondem deveres (de prestações) ou proibições (de lesões). Chamarei de garantias primárias esses deveres e essas proibições e de garantias secundárias os deveres de reparar ou sancionar judicialmente as lesões dos direitos, ou seja, as violações das suas garantias primárias. Mas tanto os deveres e as proibições do primeiro tipo quanto os deveres do segundo tipo, sendo compreendidas logicamente no estatuto normativo dos direitos, de fato frequentemente são não só violadas, mas também nem sequer normativamente estabelecidas. Contra a tese da confusão entre os direitos e suas garantias, que quer dizer negar a existência dos primeiros na ausência das segundas, sustentarei a tese da sua distinção, por força da qual a inexistência das relativas garantias equivale a uma inadimplência do direito positivamente estipulado e consiste, por isso, em uma indevida lacuna, que é dever da legislação suprir.²⁵⁴

²⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Estado Social de Direito, a Proibição do Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 17, 1999, p. 112 e 113.

²⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. Por Uma Teoria Dos Direitos e Dos Bens Fundamentais, cit., local. 285.

A proteção deficiente que o princípio visa proibir é, como nos esclarece José Joaquim Gomes Canotilho:

Existe um defeito de protecção quando as entidades sobre quem recai um dever de protecção (*Schutzpflicht*) adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada aos direitos fundamentais. A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais.²⁵⁵

O próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro na decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6327, através do Relatório do Ministro Edson Facchin, fundamentou a extensão do benefício do salário maternidade para além das hipóteses legais baseando-se, entre outros fundamentais, nesse dever de protecção suficiente, e, reportando-se a decisões da Corte Alemã deixa claro que:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de protecção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de protecção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*)⁵.

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de protecção⁶:

- a) dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;
- b) dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas;
- c) dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de protecção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico⁷.

Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de protecção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à protecção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de protecção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental⁷. Assim, na dogmática alemã, é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como *proibição de excesso* (*Übermassverbot*) e como *proibição de protecção deficiente* (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como *proibições de intervenção*. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada.

²⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, cit., p. 273.

No âmbito do direito previdenciário, José Antônio Savaris afirma que a “expressão que se empresta a um princípio não é o mais importante, mas o valor que ele exprime, a inteligência que hospeda, os constrangimentos que impõe e a normatividade que irradia”²⁵⁶, e, a partir disso discorre acerca de duas dimensões do princípio:

Na realidade, percebe-se que outras duas dimensões compõem a chave da adequação de segurança social previdenciária. A primeira destas diz respeito à necessidade de atuação previdenciária, que tem especial significado quando se trata das prestações outorgadas em face de contingências que se realizam independentemente da vontade do segurado.

(...)

A segunda dimensão diz respeito à razoabilidade das condições de acesso à determinada prestação previdenciária. Percebida institucionalmente, uma proteção previdenciária apenas será adequada na medida em que, de um lado, os requisitos de acesso se encontrem ao efetivo alcance do segurado e de seus dependentes e se, de outro lado, o modo de comprovar o cumprimento desses pressupostos legais não inviabilizar o gozo do benefício previsto em lei para determinada contingência.²⁵⁷

Como referido acima, na segunda dimensão do princípio da proibição da proteção insuficiente, no que concerne às regras de transição, tem-se a necessidade da existência delas quando da alteração de texto constitucional, além de sua efetividade, uma vez que não basta apenas haver uma regra de transição, mas é necessário que ela seja capaz de proteger o direito expectado de forma mais benéfica que a regra comum. Outrossim, da mesma forma como citado pelo autor supra, não haveria o respeito ao princípio da proibição insuficiente se, ao se buscar comprovar o enquadramento de uma situação fática em uma determinada regra de transição, o modo de comprovar o cumprimento desses pressupostos legais não pode ser tal que venha a inviabilizar a sua fruição.

Esse princípio, portanto, deve igualmente ser aplicado ao se trabalhar com o poder de revisão constitucional, especialmente antes de se afastar inconstitucionalidades de reformas constitucionais sob o pretexto de inexistência de direito adquirido a regime jurídico, uma vez que a proteção parcial de direitos fundamentais ao se permitir restrição por reforma não atende ao postulado da

²⁵⁶ SAVARIS, José Antônio. O princípio constitucional da adequada proteção previdenciária: um novo horizonte de segurança social ao segurado aposentado. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, nº 22, fev. 2008. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Savaris.htm, p. 02.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 02.

essência da Constituição como Lei Maior instituidora de 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 nos termos do Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil.

5.2.4 Direito Social à Previdência Social como Direito Fundamental

Sob esse relevante aspecto é de se ressaltar que a análise do direito social à Previdência Social como um Direito Fundamental não apenas é capaz de afastar o entendimento de inexistência de direito adquirido à regime jurídico, mas, por si só, demonstra a inconstitucionalidade da revogação de regra de transição de reforma constitucional quando essas tratam desse direito fundamental, o qual, como todos os outros, tem a garantia de cláusula pétrea.

No caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os direitos fundamentais refletem também o momento histórico em que adveio, ou seja, a ditadura militar que permaneceu por pouco mais de duas décadas, restringindo e até aniquilando liberdades fundamentais, o que induziu o Constituinte Originário a conferir a relevância que se tem aos direitos fundamentais²⁵⁸.

Outras características gerais observadas por Ingo Wolfgang Sarlet no que concerne aos direitos fundamentais, vão desde a localização dos mesmos no texto constitucional, que “além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição”²⁵⁹.

Quanto à discussão acerca dos direitos sociais, o referido autor deixa claro que:

A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica

²⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional., cit., p. 67.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 67.

e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático.²⁶⁰

Ressalta ainda, entre inúmeras outras características, a aplicabilidade imediata, o que excluiria, em princípio, o cunho paradigmático dos direitos fundamentais, embora ressalte que não há consenso doutrinário acerca dessa aspecto, e ainda a questão de integrarem o rol de cláusulas pétreas do art. 60, §4º da C.F./88²⁶¹.

Nesse aspecto também se pode arguir que sob o argumento de proteção à Previdência Social também está incluído o acordo entre Estado e cidadão destinatário de determinada regra de transição de reforma constitucional atinente aos seus direitos à Previdência Social, especialmente considerando os fatores de proporcionalidade e razoabilidade como limites dos limites aos direitos fundamentais²⁶², se é que se pode assim admitir.

O fator gritante que fere qualquer noção de proporcionalidade ou razoabilidade é que tais regras de transição já advém de uma reforma constitucional na qual se admitiu a alteração desse direito fundamental, ou seja, o destinatário de tal norma de acomodação não pode confiar nela, pois pode ser que ao final do período previsto ou ocorridas as premissas fáticas previstas nessa regra de transição ela não exista mais, ou seja, torna-a inócua.

5.3 “Normas Constitucionais Inconstitucionais”?

Esse subtítulo entre aspas se refere a obra de Otto Bachof²⁶³ que leva a mesma denominação que inclusive já fora citada em capítulo anterior, sendo também um nome bem apropriado para finalizar a pesquisa objeto do presente trabalho.

Justificando essa denominação Otto Bachof trabalha suas abordagens, deixando claro que não possui a pretensão de esgotar todas as possibilidades de análise de normas constitucionais inconstitucionais ou “contrárias ao direito

²⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional., cit., p. 67.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 68.

²⁶² *Ibid.*, p. 414.

²⁶³ BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais?, cit.

natural”²⁶⁴, traçando, pois, suas análises no sentido da possibilidade da ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais por violação da Constituição escrita e por violação da Constituição não escrita.

Dentre as violações apontadas à Constituição escrita, o autor trabalha normas constitucionais ilegais; inconstitucionalidade de leis de alteração da Constituição; inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior; inconstitucionalidade resultante da mudança de natureza de normas constitucionais; e, inconstitucionalidade por infração de direito supralegal positivado na lei constitucional²⁶⁵.

E, no que concerne às violações ao direito constitucional não escrito, o autor aborda a inconstitucionalidade por infração dos princípios constitutivos não escritos do sentido da Constituição; inconstitucionalidade por infração de direito constitucional consuetudinário; e, inconstitucionalidade (invalidade) por infração de direito supralegal não positivado.²⁶⁶

Por certo que a análise de cada uma dessas espécies de inconstitucionalidades fugiria ao escopo do presente trabalho, sendo, por essa razão analisadas algumas formas que poderiam influenciar na temática da revogação das regras de transição de reforma constitucional por Emenda Constitucional posterior.

Por exemplo, ao explicar que o direito natural pode servir como instrumento regulativo para o legislador ou como princípio interpretativo nos casos duvidosos não regulados positivamente, e não ir além disso²⁶⁷, também argumenta que:

Nenhum sério defensor do direito supralegal pretenderá afirmar que todos os postulados que a razão, a natureza, a religião ou a lei moral ditam à ordem jurídica sejam direito vigente, só porque são postulados com essa natureza. Os receios expressos no Parlamento federal acerca da “dinamite” da doutrina do direito natural poderiam talvez ser atribuídos ao facto (*sic*) de os tão multivários (*sic*) significados do conceito de direito natural haverem sido aí, mais uma vez, amontoados acriticamente.

O direito supralegal assim delimitado é uma ordem *objectiva* (*sic*). Cumpre em especial separar inteiramente o recurso a esta ordem, do recurso à consciência individual como fundamento de validade ou fonte de decisões judiciais.²⁶⁸

²⁶⁴ BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais?, cit., p. 69.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 48 a 63.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 64 a 68.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 43.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 43 e 44.

Seria possível sentir-se tentado a explicar que a impossibilidade de revogação da regra de transição de Emenda Constitucional por outra reforma constitucional encontraria guarida nessa explicação fundada no direito natural ou supralegal, independentemente de estar esse indiretamente recepcionado pelo texto da Constituição ou não, porém, não há como não admitir essa argumentação sem conferir a abertura de sentido que permite a discricionariedade, correndo o risco inclusive de transformar, mesmo que na prática, o tribunal em legislador, mas em constituinte derivado.

Ademais, já há um esforço imenso da boa doutrina e jurisprudência em assegurar a eficácia aos direitos fundamentais positivados, imagine-se no cenário constitucional brasileiro admitir-se essa sujeição ao direito supralegal, mesmo que em hipóteses específicas, cuja probabilidade de alargamento é enorme devido aos interesses diversos envolvidos, que para além da problemática da discricionariedade, seria ainda mais improvável de ser aplicado considerando a história efetual²⁶⁹.

Otto Bachof esclarece em diversas oportunidades na obra em referência que que o recurso ao direito supralegal seria sempre a última opção em um Estado-de-direito, porém, compreende que é justamente por isso que não se pode ignorá-lo²⁷⁰.

A partir desse entendimento, e, respondendo antecipadamente a possíveis críticas quanto à subjetividade, afirma:

Desejaria não ser aqui mal entendido. Com respeito às consequências práticas das decisões tomadas mediante a Lei Fundamental, estou em larga medida de acordo com *IPSEN* em que a incorporação de valores metafísicos no sistema constitucional e a sujeição do legislador à “Constituição”, assim entendida, dispensa o titular da competência judicial de controlo (*sic*) de aplicar à norma sob controlo (*sic*) critérios de valor situados para além e acima da Constituição; e em que os tribunais, logo por razões de praticabilidade, de futuro procurarão provavelmente na “positividade terrena” da Lei Fundamental o padrão de controlo (*sic*). Mas contendo que este seja o “último” padrão de controlo (*sic*), e, bem assim, que seja exacto (*sic*) o “suposto” – como tal qualificado pelo próprio *IPSEN* – de que através da competência judicial de controlo (*sic*) não possa por-se em dúvida nem a positividade da Lei Fundamental, nem a sua obrigatoriedade jurídica.²⁷¹

Mostra-se compreensível a preocupação do autor e jurista alemão, especialmente em relação à garantia de valores fundamentais, não só os positivados

²⁶⁹ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 449 a 451.

²⁷⁰ BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais?, cit., p. 83.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 87.

pela Constituição, como os do direito natural, especialmente considerando o contexto em que a referida obra foi escrita (1951), logo após a segunda guerra mundial (1945), entretanto, a fim de assegurar um mínimo de controle sobre eventuais arbitrariedades dos tribunais, instância última que o cidadão tem para acessar e tentar corrigir ou evitar lesões em seus direitos, sejam fundamentais ou não, bem como conferir eficácia a esses, não há como admitir-se essa fundamentação do direito natural ou supralegal, mesmo que as intenções sejam boas, as consequências são determinadas por seres humanos falíveis e ainda tão pequenos frente ao conhecimento que o porvir ainda nos reserva.

Não há maiores discussões mesmo no direito brasileiro atual acerca da possibilidade de ocorrência de inconstitucionalidade de leis de alteração da Constituição, um dos pontos bem claros da obra de Otto Bachof:

Uma lei de alteração da Constituição (isto é, na medida em que se trate da Lei Fundamental, uma lei de alteração do *texto* da Constituição: art. 79, nº I) pode infringir, formal ou materialmente, disposições da Constituição formal. Dá-se o primeiro caso, quando não são observadas as disposições processuais prescritas para a alteração da Constituição; ocorre o último quando uma lei se propõe alterar disposições da Constituição contrariamente à declaração de imodificabilidade destas inserta no documento constitucional: assim, por exemplo, uma lei de alteração da Lei Fundamental que, contra o disposto no art. 79, nº 3, eliminasse (*sic*) a articulação da Federação em Estados federados ou o princípio da participação destes na legislação, ou lesasse os princípios assentes nos arts. I e 20.²⁷²

Nesse sentido, se uma lei de reforma constitucional infringe uma cláusula pétrea, a exemplo do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, afronta materialmente disposição da Constituição, sendo, pois, imperiosa sua declaração de inconstitucionalidade.

Outrossim, cabe ainda salientar que ao abordar a inconstitucionalidade resultante de mudança de natureza das normas constitucionais, também trabalha com a questão da cessão da vigência sem disposição expressa e começa indicando que essa forma de inconstitucionalidade teria sido apontada por Krüger, ao qual tece uma breve crítica no sentido não ser inteiramente clara, porque no caso de uma determinada disposição transitória da qual dependeria a elaboração de norma posterior para lhe garantir exequibilidade não ser publicada depois de um período

²⁷² BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais?, cit., p. 52.

transitório adequado, haveria uma inconstitucionalidade somente posterior a esse tempo.²⁷³

Apesar não negar a possibilidade dessa mudança de natureza, Otto Bachof justifica:

Se certos pressupostos, que foram determinantes para o legislador emitir uma norma jurídica não vierem a verificar-se, ou se falham as expectativas que manifestamente se ligaram à norma jurídica, pode a norma, certamente, perder o sentido. Mas, em regra, será então tarefa do legislador tirar daí as consequências e modifica-la. No entanto, em vista da particular missão de integração da ordem constitucional, será lícito admitir também como possível que normas singulares da Constituição se tornem automaticamente obsoletas, quando as mesmas, em consequência da mudança da situação real, já não puderem cumprir a sua função integradora, e porventura comecem até a desempenhar uma função desintegradora. Põe-se, porém, a questão de saber se pode dizer-se então que essas normas se tornaram daí em diante “inconstitucionais”, ou se não será mais exacto (*sic*) falar aqui simplesmente de uma “cessação de vigência”.²⁷⁴

Interessante a abordagem da função integradora das normas constituição, bem como a sugestão da possibilidade de tornarem-se obsoletas, perdendo sua vigência, o que nos remete por exemplo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição brasileira de 1988 por exemplo, que ao exaurirem-se seus objetos, simplesmente perdem sua vigência.

O que pode também ocorrer com as regras de transição das Emendas Constitucionais, pois como o próprio nome já diz trata-se de uma disposição temporária para uma situação jurídica específica que, exaurida, perde também, automaticamente, sua vigência.

Somente de modo muito breve Otto Bachof refere que:

Abstraindo da hipótese da revogação posterior, o momento de cessação da vigência de uma norma pode ser determinado de diferentes maneiras. Esse momento pode ser determinado através da fixação de uma data. Pode, além disso, fazer-se depender da verificação de um determinado acontecimento (art. 131, 3º período, e art. 146 da Lei Fundamental), eventualmente também em ligação com o decurso de um prazo ulterior (art. 132, nº 1, 1º período, da Lei Fundamental). Mas também pode resultar do facto de haverem desaparecido os pressupostos tidos pelo legislador como naturais, ou de findar a situação de excepção para obviar à qual a norma foi estabelecida.²⁷⁵

²⁷³ BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais?, cit., p. 59 e 60.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 59 e 60.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 59 e 60.

Aqui é interessante observar que o autor está se referindo a qualquer disposição constitucional, especialmente as de eficácia contida, dependendo de ato legislativo posterior ou data determinada ou evento determinado, dispondo mais adiante que nas hipóteses da norma constitucional não trazer a limitação temporal fixada através de prazo ou de determinado acontecimento seriam formalmente parte integrante da constituição até sua expressa revogação²⁷⁶.

Apesar de admitir a revogação posterior, essa revogação é tratada como uma solução legislativa para o caso em que um determinado dispositivo constitucional perdeu seu objeto, ou por não publicação da norma regulamentadora ou por exaurimento de prazo ou acontecimento de evento, ou ainda por não fixação de prazo de sua vigência, entretanto, não está tratando de uma regra de transição oriunda de uma reforma constitucional que produziu efeitos, que possui situação e destinatários específicos, que pode ser prevista sua vigência devido ao seu próprio conteúdo que naturalmente irá se exaurir, pois as situações nela previstas não permanecerão existindo por tempo indeterminado, sendo, justamente por isso, regras de transição que adentraram o ordenamento constitucional como uma espécie de solução ou acordo para restrição de direitos já ocorrida por reforma constitucional.

²⁷⁶ BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais?, cit., p. 62.

CONCLUSÃO

A pesquisa realizada procurou responder ao problema acerca da possibilidade de ocorrência de inconstitucionalidade nas reformas constitucionais quando há superposição ou revogação de regra de transição de Emenda Constitucional por alteração posterior da Constituição.

Para tal intento, o estudo acerca do Direito Intertemporal foi imprescindível a fim de situar a problemática dentro do correto contexto do universo jurídico, demonstrando que a inconstitucionalidade pode ocorrer justamente por haver o desrespeito do próprio constituinte derivado para com uma disposição de direito de transição que por si só, resolver-se-ia com o decurso do tempo.

A análise do Direito Comparado, por sua vez, contribui no sentido de averiguação dos limites do Poder de Reforma Constitucional em países que têm influência no sistema jurídico brasileiro, nos quais se pôde perceber que mesmo em se tratando de tradições jurídicas distintas, há grande preocupação com a proteção dos direitos fundamentais. Há que se destacar no ponto ainda, a alta influência do constitucionalismo alemão no Brasil, e, para o tema do presente trabalho, especialmente o desenvolvimento do princípio da proibição da proteção insuficiente e da proibição do retrocesso social ou efeito *cliquet*, desenvolvidos no último capítulo.

Além disso, os países analisados não têm a mesma necessidade que o Brasil no tocante à elaboração de regras de transição no âmbito das reformas constitucionais, seja por possuírem Constituições mais enxutas, sem a normatização de políticas públicas, seja por haver maior participação direta do destinatário do poder (o povo) nesses processos, ou ainda, por conservarem uma tradição jurídica mais garantista que se reflete desde o processo legislativo até os tribunais com competência constitucional que a asseguram como um valor supremo da Pátria.

Há que se esclarecer ainda em que pese o nome que a disciplina carrega “Direito Comparado” que a mesma não se presta a estabelecer comparações diretas – como se equações matemáticas fossem – os sistemas jurídicos dos países, mas carrega consigo o fato inerente de alguns ordenamentos e tradições jurídicas influenciarem diretamente em outros, fazendo com que através de seu estudo se aprimorem os sistemas legais, contribuindo para os processos de reformas legais e

constitucionais, bem como para o desenvolvimento acadêmico, para a promoção e compreensão intercultural, além de contribuir para uma harmonização do direito supranacional.

Assim sendo, com esse legado do Direito Comparado acerca da necessidade de compreensão da tradição jurídica constitucional aliada ao dever de garanti-la tanto no processo legislativo, quanto no controle de constitucionalidade, verificou-se que tal não ocorre tão bem no caso brasileiro quando – a partir do recorte da presente pesquisa já apresentado desde a Introdução – se admite a publicação de Emendas Constitucionais inconstitucionais no que se refere à revogação ou superposição de regras de transição por reformas constitucionais posteriores, bem como quando se tem dificuldade em se demonstrar essas inconstitucionalidades junto ao Supremo Tribunal Federal, mediante o *judicial review*.

Por sua vez, igualmente difícil é o julgamento de procedência das Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tenham por objeto as Emendas Constitucionais, devido ao quórum qualificado para votação das mesmas, disposição igualmente constitucional, que, deveras, é utilizada como fundamento para a não revisão pelo Judiciário, já que as reformas constitucionais advêm do “Constituinte Derivado”.

Ademais, não é porque o Supremo Tribunal Federal tem um entendimento atual pacífico no sentido de inexistência de direito adquirido sobre regime jurídico que isso seja juridicamente correto ou adequado à Constituição independentemente de quaisquer outros fatores, na medida em que o direito adquirido é um direito fundamental que não possui qualquer restrição anotada no âmbito da Constituição Federal e que a partir da sua proteção também podem ser alcançados os direitos expectados que se diferenciam das meras expectativas como já demonstrado.

Porém, apesar desse esclarecimento necessário, o fato é que quando se trata de regra de transição de reforma constitucional, está-se diante de uma disposição inerente ao Direito Intertemporal e, como tal, não tem o sentido de um regime jurídico que normatiza uma determinada relação jurídica típica ou comum como o são, por exemplo, as próprias regras de aposentadoria dos servidores públicos que assim como as dos segurados do Regime Geral possuem a necessidade de tempos em tempos de serem revisadas mediante a necessidade atuarial que, aliás, deveria ser comprovada.

Justamente por ser uma disposição de Direito Intertemporal, a regra de transição de reforma constitucional deve permanecer vigente enquanto perdurar a

situação determinada por ela prevista, ou seja, enquanto se estiver cumprindo aquelas condições temporais ou fáticas que a regra prevê.

Afinal, as regras de transição são soluções de acomodação jurídica para situações nas quais já ocorreu alteração do regime jurídico que normatizava a relação entre o Estado e a parte interessada, *in casu*, os servidores públicos, logo, quando se afirma a necessidade de preservação da regra de transição de uma reforma constitucional não se está pretendendo alegar direito adquirido a regime jurídico e sim garantir a proteção da confiança legítima no Estado nas suas mais diversas manifestações.

Tratando-se, por exemplo, das regras de transição das Emendas Constitucionais trabalhadas anteriormente, atinentes aos servidores públicos, especialmente dos que ingressaram no serviço públicos antes das Emendas Constitucionais 20/1998, 41/2003, 47/2005 e 103/2019, é de se notar que o regime jurídico vigente quando do ingresso dos mesmos foi alterado pelas regras ordinárias das próprias reformas e não é essas que pretendem manter, o que poderia ser configurado um intento de direito adquirido à regime jurídico, mas sim, as regras de transição que trazem uma forma de amenização dos prejuízos causados pela alteração do regime jurídico.

Note-se que os servidores se submetem à alteração advinda da reforma constitucional, confiando que essa amenização trazida pela regra de transição será cumprida, programam suas vidas, seus projetos, seus planos futuros baseados nessa regra compensatória; e, mais, eles não estão se baseando em uma legislação infraconstitucional, costumeiramente alterável, estão, sim, embasados em uma norma constitucional, na lei suprema de seu país e precisam confiar plenamente em suas disposições.

Portanto, não estamos na problemática ora trabalhada tratando de direito adquirido a regime jurídico porque uma regra de transição já é uma disposição consequente de uma alteração, mas permitir novas alterações ou pior, a supressão dela é uma imensa afronta à segurança jurídica, à proteção da confiança e às expectativas de direito em vias de concretização ou direitos expectados.

Não há Estado Democrático de Direito que se concretize ou se mantenha sem segurança jurídica, sem a proteção efetiva da confiança depositada no Estado, aqui entenda-se em seus três Poderes, pois não há argumento econômico – que

tanto é utilizado nas reformas constitucionais – capaz de sustentar uma democracia onde a prática seja diversa das mais fundamentais garantias constitucionais.

Tratando-se o Brasil de um país de proporções continentais com alto índice de desigualdade social, é imperioso que a guarda da Constituição não permita que os predadores externos e internos do Direito²⁷⁷ diminuam sua autonomia, e, automaticamente promovam o enfraquecimento das instituições, da segurança jurídica, e, conseqüentemente do Estado Democrático de Direito, abrindo, portanto, caminho para regimes autocráticos.

Além disso, não há que se esquecer que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente [...]” (art. 1º, parágrafo único, da C.F./88), portanto, é, no mínimo, incoerente que haja um descumprimento do pacto assumido em uma regra de transição de reforma constitucional entre esses representantes eleitos e o próprio destinatário do poder.

À luz da teoria dos direitos fundamentais, os direitos previdenciários de que tratam as regras de transição das Emendas Constitucionais analisadas estão ancorados no direito fundamental à Previdência Social e até mesmo no direito adquirido como origem da proteção do direito expectado que não se confunde com a mera expectativa de direito e necessita ser suficientemente protegido devido às situações jurídicas que concretiza ao longo de seu desenvolvimento e à confiança estatal sobre a qual está fundado.

Esse direito expectado consubstanciado nas regras de transição das reformas constitucionais é componente, como restou demonstrado na pesquisa, do Direito Intertemporal, representando não somente a transição de normas constitucionais, mas principalmente uma regra de acomodação jurídica frente a direitos alterados pelo constituinte derivado, e, como tal, um pacto de acordo social que não pode ser desrespeitado tanto pelo Poder Judiciário, quanto pelo Poder Legislativo e menos ainda pelo Poder Constituinte Derivado que o estabeleceu e necessita ser merecedor da confiança legítima.

Pôde-se concluir ainda que as regras de transição das reformas constitucionais encontram limites explícitos nas reformas constitucionais (art. 60, §4º, IV, da C.F./88) principalmente no que se refere ao direito fundamental à Previdência

²⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso - constituição, hermenêutica e teorias discursivas., cit., local. 4670.

Social analisado de forma substancial, bem como limites implícitos como a segurança jurídica, a proibição da proteção insuficiente e a impossibilidade de retrocesso social.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. [Constituição (1949)]. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Traduzida por Aachen Assis Mendonça. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/informationmaterial/55/64/anr80208000%20.%20>. Acesso em: 10 jan. 2023

ALEMANHA. Artigo. Constituição. **Constituição da República Federal da Alemanha**. Disponível em <https://www.bmi.bund.de/EN/topics/constitution/constitutional-issues/constitutional-issues.html> . Acesso em 30 abril 2024.

ALEMANHA. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. Disponível em: <https://www.rechtsportal.de/Gesetze/Gesetze/Staatsrecht/Grundgesetz-fuer-die-Bundesrepublik-Deutschland/I.-Die-Grundrechte/Artikel-19-Einschraenkung-von-Grundrechten-Rechtsweg> . Acesso em 10/01/2023 s 11:19.

ARANTES, Rogério Bastos. COUTO, Cláudio Gonçalves. **Construção Democrática e Modelos de Constituição**. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 53, no 3, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/BwR5McrL9FTGj5J3qHRJmmd/?lang=pt#> . Acesso em: 25 jun. 2024.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Tradução e Nota prévia de José Manuel M. Cardoso da costa. Atlântida Editora. Título do original alemão: *Verfassungswidrige Verfassungsnormen? Tübingen, 1951*.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct . Acesso em 20 mai. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em 10 jan. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm . Acesso em: 15 mar. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/////Constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm. Acesso em: 12 mar. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003**. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/////Constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm . Acesso em: 12 mar. 2024.

BRASIL. **Exposição de Motivos da Emenda Constitucional Nº 19, DE 1998**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html> . Acesso em 29 jun. 2024.

BRASIL. **Exposição de motivos nº 64 de 27/10/1998 referente à Lei nº 9.962/2000**. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD05JAN1999.pdf#page=322> . Acesso em 29 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135-4**. Origem: Distrito Federal - DF. DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. Controle de Constitucionalidade. Processo Legislativo. Requerentes: Partido dos Trabalhadores – PT; Partido Democrático Trabalhista – PDT; Partido Comunista do Brasil – PC do B; Partido Socialista do Brasil – PSB. Amicus Curiae: Sindicato dos Trabalhadores de Combate as Endemias e Saúde Preventiva no Estado do Rio de Janeiro – SINTSAÚDE – RJ; Conselho Regional de Corretores de Imóveis do Rio de Janeiro – CRECI – RJ; e, Federação Nacional dos Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 02 de agosto de 2007. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11299> . Acesso em: 22 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105**. Origem: Distrito Federal - DF. PREVIDÊNCIA SOCIAL | CONTRIBUIÇÃO | SERVIDOR PÚBLICO INATIVO - EC 41/03, ART. 4º. Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONAMP. Min. Ellen Gracie, 18 de agosto de 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310> . Acesso em: 22 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 563.708**. Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público. Servidor Público Civil. Sistema Remuneratório e Benefícios. Adicional de Tempo de Serviço. Base de Cálculo. Irredutibilidade de Vencimentos. Recorrente: Estado do Mato Grosso do Sul . Recorrido: Adão de Freitas Amorim e outro (A/S). Relatora: Min. Cármen Lúcia, 06 fev. 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136774907&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relatório conjunto das **Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs: 6.254, 6.255, 6.256, 6.258, 6.289, 6.271, 6.279, 6.361, 6.367, 6.384, 6.385 e 6.916**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5814691> . Acesso em 06 jul. 2024.

BREYER, Stephen. **Making our Democracy Work. A judge's view**. New York: Alfred A. Knopf 2010. *Tradução não oficial*.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Direitos Previdenciários Expectados: a segurança na relação jurídica previdenciária dos servidores públicos**. Curitiba: Juruá, 2012.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. Superposição das regras de transição nas reformas constitucionais da previdência social brasileira. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**. E-ISSN: 2525-9865. Evento Virtual. V. 6. N. 1. P. 101-122. Jan/Jun2020.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. Superposição das regras de transição nas reformas constitucionais da previdência social brasileira. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**. E-ISSN: 2525-9865. Evento Virtual. V. 6. N. 1. P. 101-122. Jan/Jun2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Da retroatividade da lei**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHIRONI, G. P. **Studi e questioni di diritto civile**. V. I. Torino – Milano – Roma: Editori Fratelli Bocca, 1914.

CHUEIRI, Vera Karam. DE LARA, Gustavo Dalpupo. RAMO RECONSTRUTIVO, MINICONSTITUIÇÕES E BYPASSES INSTITUCIONAIS: ESTRATÉGIAS CONTRA O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO. **Revista Estudos Intitucionais**, v. 9, n. 1, p. 241 – 263. jan./abr. 2023.

CICCONETTI, Stefano Maria. TEIXEIRA, Anderson Vichinskeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2ª ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DELGADO, Mário Luiz. **Novo Direito Intertemporal brasileiro: da retroatividade das leis civis: problemas de direito intertemporal no Código Civil – doutrina e jurisprudência**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELY, Jonh Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América**. Disponível em:

<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf> . Acesso em 10/01/2023 às 14:55.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Emenda XIII, Seção 1, Constituição dos Estados Unidos da América**. Disponível em:

<https://constitution.congress.gov/browse/amendment-13/section-1/#:~:text=Section%201%20Prohibition%20on%20Slavery,place%20subject%20to%20their%20jurisdiction>. Acesso em 15 jan. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais** (Portuguese Edition) . Livraria do Advogado Editora. *E-book*.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales**. Editorial Trotta. Madrid, 2014. Título original: Costituzionalismo. Percosi dela storia e tendenza attuali. 2009.

FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 3ª ed., refundida e atualizada, do “Direito intertemporal brasileiro”. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

FRANÇA. [Constituição (1958)]. **Constituição Francesa em português**. Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf . Acesso em: 10 jan. 2023.

GABBA, Carlo Francesco Gabba. **Teoria Della Retroattività Delle Leggi**. 2ª ed. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1884.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GUERZONI FILHO, Gilberto. **Análise da Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000: a contratação de servidores públicos pela CLT**. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/578/r146-03.pdf?sequence=4&isAllowed=y> . Acesso em 29 jun. 2024.

HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. Estudio introductorio: Diego Valdés. Traducción e índices: Hector Fix-Fierro

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

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

ITÁLIA. [Constituição (1947)]. **Constituição da República Italiana em português**. Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023.

ITÁLIA. **Notas à Constituição Italiana**. Disponível em: <https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione/note-alla-costituzione> . Acesso em 01/04/2024 às 15:05.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por ALFREDO GALLEGO ANABITARTE. Professor ayudante de la Facultad de Derecho em la Universidad de Madrid. Editorial Ariel. Barcelona – Caracas – México. 1979.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. A reforma da Previdência e a questão dos direitos adquiridos em face das regras de transição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 238: 17-35. OUT/DEZ 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 1ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado: parte geral**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. 5.

MODESTO, Paulo. Disposições constitucionais transitórias na reforma da previdência: proteção da confiança e proporcionalidade. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, 2017, ano 15, n. 56., p. 9-54.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos (Portuguese Edition)** . Livraria do Advogado Editora. 2011. *E-book*.

NORONHA, Fernando. **RETROATIVIDADE, EFICÁCIA IMEDIATA E PÓS-ATIVIDADE DAS LEIS: sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de Direito Intertemporal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, N° 23, págs. 91 a 110, abril-junho 1998.

QUINTILIANO, Leonardo David. A autovinculação do legislador ao princípio da proibição do retrocesso social na doutrina e jurisprudência brasileira e portuguesa. **Revista Internacional Consinter de Direito, ANO V, N° IX, 2º SEM. 2019**. Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal: Juruá editorial.

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

REGLA, Josep Aguiló. **La Constitución del Estado Constitucional**. nº 2. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2004.

ROUBIER, Paul. **Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps**. 2ª ed. Paris: Dalloz et Sirey. 1960.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A lei fundamental da Alemanha nos seus 60 anos e o direito constitucional brasileiro: algumas aproximações**. Direitos Fundamentais & Justiça nº 7 – Abr./Jun. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13ª ed. rev. e atual. 2. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Estado Social de Direito, a Proibição do Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 17, 1999, p. 112 e 113.

SAVARIS, José Antônio. O princípio constitucional da adequada proteção previdenciária: um novo horizonte de segurança social ao segurado aposentado. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, nº 22, fev. 2008. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/e-dicao022/Jose_Savaris.htm .

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema do direito romano atual**. Vol. VIII. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

SCARLATTI, Paulo. **Diritto costituzionale transitorio**, Napoli, 2016, Passim.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SILVA, José Afonso da. MODESTO, Paulo (organizador). **Reforma da previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional 41/2003**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 383-420.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Limites à Alteração da Norma Constitucional Previdenciária**. Curitiba: Juruá, 2022.

SOUZA, Victor. **Proteção e promoção da confiança no direito previdenciário**. Curitiba: Alteridade Editora, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso - constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. Mutações constitucionais como evolução normativa ou patologia constitucional? Tempo e direito à luz da hermenêutica-filosófica. **Revista Estudos Institucionais**, V. 3, 1, 2017.

VELLINHO, Rubens Soares. BÜTTOW, Maria Emilia Valli. SIGNORINI, Jaqueline Büttow. **TRABALHO (IN)DECENTE NO BRASIL**. Costa, José Ricardo Caetano. **O “estado de mal-estar social” brasileiro** [recurso eletrônico]. José Ricardo Caetano Costa; Marco Aurélio Serau Junior; Hector Cury Soares (Org.). Prefácio de Ricardo Antunes – Belo Horizonte : IEPREV , 2020.

ZOLO, Danilo. COSTA, Pietro. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica.**
Tradução: Carlo Alberto Dastoli. – São Paulo: Martins fontes, Original: Lo Stato di
Diritto: Storia, teoria, critica Storia, teoria, critica. Milão.