

CONSTITUIÇÃO E SUA HERMENÊUTICA

Mary da Conceição Ramos Monteiro*

A palavra “constituição” encontra origem no verbo latino *constituere*, e a noção que a ela se emprega possui enorme diversidade na teoria constitucional. Há debates acirrados sobre o conceito de Constituição e, pode-se dizer, ainda é “um conceito em crise” e possui esta ou aquela roupagem, dependendo do sentido que se lhe dá: sociológico, jurídico ou político. Uadi Lammêgo Bulos adota o entendimento de que a Constituição “é um *organismo vivo*” que objetiva

[...] delimitar a organização estrutural do Estado, a forma de governo, o modo de aquisição e exercício do poder, através de um conjunto de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que estatuem direitos, prerrogativas, garantias, competências, deveres e encargos.

O autor continua a anotar que as Constituições, compreendidas como organismos vivos, consignam verdadeiros “[...] *documentos abertos no tempo*, em íntimo vínculo dialético com o

* Especialista em Direito do Trabalho - Pós Graduação nas Faculdades Integradas Curitiba Assessora de Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Analista Judiciário - Área Judiciária no TRT da 9ª Região. Graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná - UFPR

meio circundante, com as forças presentes na sociedade.” A Constituição, sem sombra de dúvida, guarda vínculo estreito com os “[...] acontecimentos sociais, acompanhando o desenvolvimento das relações políticas, econômicas e tecnológicas.”¹

A noção de organismo vivo prende-se, também, à necessidade, oportunidade e possibilidade de adequar o comando constitucional à realidade social vivida. No próprio ato da criação do texto constitucional, são previstas as possibilidades de modificações futuras, de modo a conferir elasticidade às normas, “[...] abrindo perspectivas para a recepção dos fatos novos.”²

Em artigo publicado na *Revista Synthesis*, Uadi Lammêgo Bulos adverte que “[...] como organismo vivo que é, a Constituição tem de adaptar-se à temporalidade do mundo, para não ficar desatualizada, ultrapassada, em desacordo com o fato social cambiante.”³

Difundida é a concepção de Kelsen, segundo a qual a Constituição é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica. Trata-se do ponto comum ao qual se reconduzem todas as normas vigentes no âmbito do Estado e que confere unidade ao sistema. Nas palavras do autor: “A norma fundamental – hipotética” constitui “o fundamento de validade último” e traduz “a unidade desta interconexão criadora”.⁴

¹ BULOS, U. L. **Constituição Federal anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 2.

² Id.

³ BULOS, U. L. Repercussão das reformas constitucionais no direito adquirido do trabalhador. *Synthesis*, São Paulo, n. 25, p. 28, 1997.

⁴ KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 4. ed. Coimbra : Armênio Amado Editora, 1979, p. 130.

A primeira edição da Constituição brasileira de 1988 foi distribuída com prefácio de Ulisses Guimarães contendo o seguinte teor:

O homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o país. Diferentemente das sete Constituições anteriores, começa com o homem. Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a Constituição cidadã. Cidadão é o que ganha, come, sabe, mora, pode se curar. A Constituição nasce do parto de profunda crise que abala as instituições e convulsiona a sociedade. Por isso mobiliza, entre outras, novas forças para o exercício do governo e a administração dos impasses. O governo será praticado pelo executivo e o legislativo. Eis a inovação da Constituição de 1988: dividir competências para vencer dificuldades, contra a ingovernabilidade concentrada em um, possibilita a governabilidade de muitos. É a Constituição coragem. Andou, imaginou, inovou, ousou, ouviu, viu, destroçou tabus, tomou partido dos que só se salvam pela Lei. A Constituição durará com a democracia e só com a democracia sobrevivem para o povo a dignidade, a liberdade e

a justiça. (Brasília, 5 de outubro de 1988. Constituinte Ulysses Guimarães - Presidente).⁵

As previsões de modificações inseridas no próprio corpo constitucional visam evitar o “espírito conservador do construído”. Semelhante orientação encontra-se nas Constituições portuguesa (artigo 286 et seq.) e francesa (artigo 89). É o que anota Uadi Lammêgo Bulos. Como “organismo vivo”, a Constituição se encarrega de “[...] estatuir direitos, prerrogativas, garantias, competências, deveres e encargos”, bem como de dispor sobre as funções executiva, legislativa e jurisdicional, as quais funcionam dentro dos limites e das diretrizes previamente traçadas. O traço marcante da atual Constituição se revela no conjunto principiológico, explícito ou implícito, que dela emana.

Uma leitura de coletânea de textos fundamentais selecionados pela UNESCO evidencia o pensamento mundial quanto aos direitos do homem. Cita-se trecho da obra, cuja tradução livre consta da nota de rodapé:

Considérée comme l'archétype de toutes les déclarations, véritable code de la liberté et de l'individualisme, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est aussi la consécration juridique de la rupture avec l'ancien Régime.

Mounier, dans son rapport devant l'Assemblée, souleva deux questions précises: 'Quel est le sens du mot Constitution? Quelle est la Constitution qui

⁵ Prefácio extraído da original 1ª ed., preparada pela gráfica do Senado Federal, e cujo acesso foi propiciado por Eloá Cathi Lôr, assessora parlamentar aposentada, que possui esse histórico exemplar. Esse prefácio foi excluído das edições posteriores por não integrar o texto constitucional.

convient au Royaume de France?’ Il répondit: ‘La Constitution est une forme précise et constante de gouvernement ou, si l’on veut, c’est l’expression des droits et des obligations des différents pouvoirs qui le composent’; Il poursuivit: ‘Pour qu’une Constitution soit bonne, il faut qu’elle soit fondée sur les droits de l’homme et qu’elle les protégé évidemment; il faut donc, pour préparer une Constitution, connaître les droits que la justice naturelle accorde à tous les individus, il faut rappeler les principes qui doivent former la base de toute espèce de société et que chaque article de la Constitution puisse être la conséquence d’un principe.’⁶

A Constituição, sem sombra de dúvida, traduz a lei suprema do Estado e a fonte de validade de todas as demais leis e fontes do Direito. Constitui, pois, o centro de todas as demais regras

⁶ LAGELÉE, G. ; VERGNAUD, J. L.; FÉDÉRATION FRANÇAISE DES CLUBS UNESCO ; LIGUE DES DROITS DE L’HOMME. **La conquête des droits de l’homme** : textes fondamentaux. Paris: Le Cherche Midi, 1988. p. 51-52. (Documentaire). Tradução livre: “Considerada como arquétipo de todas as declarações, verídico código da liberdade e do individualismo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é também a consagração jurídica da ruptura com o ancião regime. Mounier, em seu relatório diante da Assembléia, levanta duas questões precisas: Qual o sentido da palavra Constituição? Qual é a Constituição que convém ao reinado da França? Ele respondera: A Constituição é uma forma precisa e constante de governo ou, se quisermos, Ela é a expressão dos direitos e das obrigações dos diferentes poderes que a compõem. Ele prossegue: Para que uma Constituição seja boa, é necessário que ela seja fundada nos direitos do homem e que ela os proteja, evidentemente; é necessário, então, para preparar uma Constituição, conhecer os direitos que a justiça natural concede a todos os indivíduos; é necessário lembrar os princípios que devem formar a base de toda espécie de sociedade e que cada artigo da Constituição possa ser a consequência de um princípio.

jurídicas. O nascimento da organização do Estado tem lugar no exato instante em que edita sua Constituição, que institui uma nova ordem jurídica. A Constituição pode ter tomada nos sentidos sociológico (Ferdinand Lassalle), jurídico (Hans Kelsen), político (Carl Schmitt) ou oito outros listados por Uadi Lammêgo Bulos, a saber: jusnaturalistas, positivistas, historicistas, marxistas, institucionalistas, culturalistas, estruturalistas e dirigentes.

O artigo 1º, parágrafo único, da Carta Magna vigente, dispõe que “[...] todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”⁷. Sem dúvida, essa constitui uma diretriz fundamental do Texto Maior: o poder atribuído ao povo, por sua vez, formado por seres humanos.

Dos princípios expressamente delineados na Constituição se extrai uma gama de outros princípios implícitos, e todos eles se convergem a um ponto central: a pessoa humana, por sua dignidade, à qual garante os direitos fundamentais e impede a sujeição ao arbítrio deste ou daquele governante.

Leda de Oliveira Pinho anota que, para os direitos humanos, “a dignidade da pessoa humana tem papel fundante em relação aos demais valores: ela é, em última instância, a referência e o fim; a razão de ser desses mesmos direitos”. Para a autora, a evolução histórica dos direitos humanos “aponta para uma visão humanística das ciências e, particularmente, do Direito”, o que resulta numa “mudança de paradigma: o centro do sistema jurídico não é mais o patrimônio, a referência, agora, é o ser humano”⁸.

⁷ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1988. 33. ed. São Paulo : Saraiva, 2004.

⁸ PINHO, L. de O. Princípio da Igualdade: investigação na perspectiva de gênero. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 142 e 150-153.

Ao tratar da dignidade da pessoa humana como centro unificador, Leda anota que tal dignidade “assume o papel de centro unificador do sistema constitucional, de valor matriz de todos os valores, guindado que foi à condição de princípio fundamental”.

E conclui a autora, “a dignidade da pessoa humana (fonte) é o fundamento dos demais valores – como a justiça (fim) e a igualdade (meio)”.

A interpretação constitucional, portanto, deve considerar, sempre, a principiologia e ser feita com base no trinômio: democracia, princípios constitucionais e hermenêutica jurídica. Sem essa técnica, os direitos fundamentais consagrados podem ser abalados. Dos princípios constitucionais, destaca-se, ante sua importância ao raciocínio desenvolvido no presente trabalho, o da unidade constitucional, segundo o qual a Constituição deve ser interpretada como um todo normativo, um sistema composto de princípios e regras, que se harmonizam e visam a um fim. A interpretação pode ser gramatical, lógica, sistemática, histórico-evolutiva e teleológica.

A gramatical repousa nas palavras da lei, no significado verbal, gramatical que elas representam. A interpretação lógica ou racional considera a gênese histórica que a prende a leis anteriores e à conexão com outras normas e com todo o sistema. Na interpretação sistemática, considera-se o sistema jurídico como um todo organizado e coerente, em que cada componente tem seu lugar próprio. A interpretação histórico-evolutiva parte do pressuposto de que o Direito é produto de uma lenta evolução histórica (Direito germânico, canônico, etc.). Por fim, ao se interpretar teleologicamente, busca-se a descoberta do sentido ou do espírito da lei. Segundo Miguel Reale, toda interpretação é de

natureza teleológica, estrutura-se em significações, e ainda cada preceito significa algo situado no todo do ordenamento jurídico.⁹

Luís Roberto Barroso, mencionando o Código Civil espanhol, registra que, ao se aplicarem as normas deve-se atender, “[...] fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade.” E ainda, que é teleológico o método interpretativo que “[...] procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito.” O autor lembra que a formulação teórica da interpretação teleológica é tributária dos estudos de Heck, Geny e, sobretudo, Ihering.¹⁰

Plauto Faraco adverte que toda e qualquer concepção do Direito em geral e da hermenêutica em particular “[...] não deite raízes nas necessidades sociais, revela-se inconsistente e insuficiente, por maior que seja o engenho, o rigor lógico ou o grau de abstração que alcance.”¹¹

1 PODER CONSTITUINTE E RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

Na leitura de Luís Roberto Barroso, ao Padre Emmanuel Joseph Sieyès, “autor do célebre opúsculo” publicado às vésperas da Revolução Francesa e denominado “*Qu’est-ce que lé Tiers État?*” (Que é o Terceiro Estado?) é que se atribui a formulação primeira da distinção entre “poder constituinte e poder constituído”, e, ainda, de afirmar “a superioridade da Constituição.”¹² De fato, é

⁹ REALE. M. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 293.

¹⁰ BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 137.

¹¹ AZEVEDO, P. F. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: S. A. Fabris. Editor. 1989. p. 15.

¹² BARROSO. L. R., op. cit., p.159.

inconcebível tratar de poder constituinte sem mencionar Sieyès, embora, para Canotilho, hoje o conceito de povo difere do considerado por Sieyès, porque o povo das democracias atuais é aquele concebido como “grandeza pluralística” – que compreende uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas, tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de opiniões, vontades, correntes ou sensibilidades políticas nos momentos pré-constituintes e nos procedimentos constituintes.

Esse povo político – povo real, concebido como comunidade aberta de sujeitos constituintes que entre si “contratualizam” e consentem o modo de governo da unidade política, tem o poder de disposição e conformação da ordem político-social – é diferente daquele povo no sentido jacobino – facção revolucionária capaz de levar a revolução até ao fim –, bem assim diferente do sentido liberal-conservador – que tomava em conta o conjunto de cidadãos proprietários. Não é, igualmente, a classe do proletariado – a classe autoproclamada em maioria revolucionária dotada da missão histórica de transformação da sociedade numa sociedade de classes.

O poder constituinte é, pois, o de elaborar a Constituição, de criar normas de valor constitucional. E, em um regime democrático de poder, o titular desse poder é o povo. A origem do poder constituinte – entendido como único com possibilidade de autonomia e independência para criar Lei Magna – pode ser atribuída às rupturas revolucionárias do século XVIII. Em seu pequeno panfleto, Sieyès identifica o 3º Estado na burguesia. O clero e a nobreza concentravam os outros dois Estados.

Canotilho afirma que o poder constituinte serve para fazer uma Constituição oponível aos representantes do povo e não

apenas uma Constituição querida pelo povo soberano e, assim, concluir que a primeira função de uma ordem político-constitucional foi, e continua sendo, realizada mediante um sistema de limites impostos àqueles que exercem o poder político. O poder constituinte é, pois, um poder de direito que não encontra limites em Direito positivo anterior, mas tão-só no Direito natural, vale dizer, na norma pressuposta, existente antes da nação e acima dela. Daí a afirmação de ser o poder constituinte um poder inicial, independente, autônomo, inalienável, permanente, incondicionado e onipotente.

O poder constituinte pode ser classificado em originário (ou de 1º grau) e derivado (ou constituído ou instituído ou de 2º grau). O originário pode se manifestar pela via da ruptura violenta ou negociada. No primeiro caso, haverá a outorga, por intermédio de declaração unilateral do agente revolucionário, que autolimita seu poder (exemplos: 1824, 1937, AI 1/64) e, no segundo caso, a Assembléia Nacional Constituinte (procedimento constituinte representativo), legitimada pela deliberação da representação popular, estabelece e promulga o texto organizatório e limitativo de Poder (exemplos: 1891, 1934, 1946, 1967 e 1988)¹³. O poder originário não esbarra em limites jurídicos ao elaborar a Constituição. O poder constituinte derivado (subordinado e condicionado), ao revés, é exercido para reformar a Constituição, dentro da normatividade por ela traçada. Pode ser dividido em poder constituinte derivado reformador e poder constituinte derivado decorrente. Será reformador quando altera o texto constitucional. Será decorrente quando busca seu fundamento de validade e sua parcela de poder de auto-organização.

O poder constituinte decorrente, costuma-se dizer, não é soberano, mas goza de autonomia. Autonomia significa a

¹³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 52-53.

competência, em função de direito próprio e não de delegação, de estabelecer normas jurídicas vinculantes. A autonomia tem algo da originalidade, na medida em que é, no âmbito territorial de sua competência, princípio de uma ordem. Dela se separa, porém, na medida em que esse atributo da principalidade nasce condicionado.

Principalidade significa que os atos do poder constituinte são vistos como início, começo de algo novo, suas normas não pertencem a um sistema por força de procedimentos e competências previstos, posto que não se inserem nele, mas o instauram.

Gozar de autonomia é gozar dessa principalidade, atributo essencial da soberania, mas no caso do poder constituinte decorrente, está pressuposto que o sistema normativo estadual, como um todo, há de se inserir no contexto da Constituição Federal. Aí está seu condicionamento. Em outras palavras, enquanto o poder constituinte originário é incondicionado em sua principalidade, posto que instaura um sistema que não havia antes, o poder constituinte decorrente instaura também um sistema novo, mas deve inserir-se no contexto da Constituição Federal de forma harmônica. Isso se explica pelo próprio sentido da ordem jurídica num Estado federal. Há uma só ordem global, não obstante a descentralização de competências. O pressuposto dogmático da unidade da ordem jurídica federal significa que seu fundamento de validade é único: a norma vinculante estatuída pelo poder constituinte originário que, num certo sentido, corresponde à Constituição Federal, mas que, a bem da verdade, é mais do que ela, pois abarca também as projeções constitucionais sobre os Estados membros e, afinal, os sistemas normativos que os instauram.

A ordem jurídica de um Estado federal é uma ordem integrante e isso a separa tanto dos Estados unitários quanto dos

confederados. Nos Estados unitários, a ordem é uma só e produzida por uma competência constituinte, cuja principalidade é única. Já nos Estados confederados, a ordem jurídica também é uma só, mas produzida pelo encontro de competências constituintes, cada qual provida integralmente de seu atributo da principalidade. No primeiro caso, trata-se de um sistema que não se reparte em subsistemas. No segundo, é um sistema constituído por sistemas. No Estado federal, tem-se um sistema que se reparte em subsistemas.

O poder constituinte decorrente, por sua vez, também não se confunde com o poder constituinte derivado. Este, como revela a própria expressão, deriva do originário, logo não goza do atributo da principalidade, nem mesmo em forma condicionada. Ou seja, suas normas pertencem ao sistema instaurado pelo poder constituinte originário por força de procedimentos e competências ali previstos. Já o poder constituinte decorrente goza de uma principalidade, ainda que condicionada. Para distinguir os três conceitos de poder constituinte, portanto, a noção de principalidade é crucial. Na prática normativa, a principalidade se revela, por exemplo, na outorga que se faz ao poder de seu próprio regimento constituinte. Essa outorga é um ato principal, como é um ato principal a convocação de uma constituinte. Principalidade, nesse sentido, é tipicamente um conceito dogmático, pois, por seu intermédio, o jurista sabe, obviamente, que nenhuma Constituição é primeira norma em termos fáticos (históricos e sociológicos). Confere-lhe o caráter de primeira norma posta, de norma fundamental positiva (FERRAZ, 1989:25).

O poder derivado não goza dessa principalidade em nenhuma forma, pois as emendas que produz não são consideradas em novo início, mas crescem e modificam o que já foi iniciado por um ato principal. Já o poder decorrente instaura um início, posto

que, dogmaticamente, o Estado membro é, nesse sentido, o próprio desígnio de se instituir um Estado federal; sem ele não se constitui. Nesses termos, o poder constituinte decorrente, em face do poder constituinte derivado, é mais do que este, porque goza de principalidade, mas é menos, porque não é soberano. Isto é, o poder constituinte derivado é um poder de emendar e, como tal, está adstrito aos procedimentos que lhe são impostos e às matérias constantes no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal. Fora desses limites, todavia, ele tem competência para alterar princípios constitucionais. Ou seja, embora não possa mudar o Estado federal, pode alterar princípios da ordem econômica, da ordem social, da ordem política, e seus atos não são considerados soberanos; não estão subordinados a nenhum outro poder constitucional e valem para todos os demais. Já o poder constituinte decorrente não pode alterar nenhum princípio da Constituição Federal, uma vez que não é soberano, embora possa iniciar algo que o poder derivado não pode: instaurar um Estado membro.¹⁴

O poder constituinte originário visa a criar o Estado. Antes dessa manifestação, o Estado, tal como veio a ser positivado, não existia. “Existe, é, a partir da Constituição”. São os dizeres de Michel Temer, que ressalta a idéia de que “[...] surge novo Estado a cada nova Constituição, provenha ela de movimento revolucionário ou de assembleia popular.” O Estado brasileiro de 1988 é o mesmo dos anteriores, em termos históricos e geográficos. Todavia, não é o mesmo “juridicamente.” Como movimento inaugural, ao poder constituinte originário não são estabelecidas limitações. Ele é caracterizado, pela doutrina, como “inicial, autônomo e incondicionado”. Fatores ideológicos, econômicos, o

¹⁴ <<http://www.constitucional.org/textos/dcl/b11/texto6.htm>>. Acesso em: 1º jun. 2001.

pensamento dominante da comunidade é que podem determinar a atuação do constituinte.¹⁵

Por outro lado, tem-se o poder constituinte derivado, porque a Constituição deve ser eterna, mas não imodificável. A sociedade é dinâmica e assim deve ser o texto constitucional. Atento a tal dinamismo e à necessidade de adequação do texto constitucional aos anseios sociais, o constituinte originário previu a possibilidade de reformas constitucionais, as quais se realizam por meio do poder constituinte derivado.

No Brasil, a maior dificuldade para modificar o texto constitucional revela a rigidez pela qual o constituinte optou e se materializa nas limitações impostas ao poder constituinte derivado. O artigo 60, parágrafo 4º, da CF/88, dispõe sobre as matérias cuja modificação é vedada. A rigidez constitucional se mostra na dificuldade de ser modificado o texto original. Esse método visa garantir a supremacia da Constituição.

Entre nós, brasileiros, atualmente, há um sistema formal de mudança da Constituição: o processo de emendas, salvo as matérias que não podem ser modificadas ou suprimidas nem mesmo por emendas. É o que lemos no artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1988:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]

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

¹⁵ TEMER, M. **Elementos de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 32-35.

- 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.¹⁶

Tais matérias são consideradas cláusulas pétreas e não podem ser objeto de deliberação, ante sua relevância e interesse social.

Para Canotilho, as normas constitucionais poderão ser inconstitucionais, se contiverem contradições transcendentais ou positivas:

É perfeitamente admissível, sob o ponto de vista teórico, a existência de *contradições transcendentais*, ou seja, contradições entre o direito constitucional positivo e os valores, directrizes ou critérios materialmente informadores da modelação do direito positivo (direito natural, direito justo, idéia de direito)¹⁷.

As contradições positivas se localizam num contexto em que ambas são escritas. Segundo Canotilho,

[...] a inconstitucionalidade de uma norma constitucional resulta do facto de esta norma ser considerada hierarquicamente inferior

¹⁶ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 33. ed. São Paulo : Saraiva, 2004.

¹⁷ CANOTILHO, J. J., Direito constitucional e teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra : Livraria Almedina, 2002, p. 1.194-1.195.

(*rangniedere Norm*) e estar em contradição com outra norma da constituição julgada hierarquicamente superior (*ranghöhere Norm*). A contradição positiva pode resultar também da contradição entre a norma constitucional escrita e um princípio não escrito.¹⁸

Conclui-se pela possibilidade de existência de norma constitucional inconstitucional.

Celso Ribeiro Bastos, ao tratar da Ação Declaratória de Constitucionalidade anota:

Em suma, a ofensa a essa gama de princípios constitui violação aos direitos fundamentais e também às cláusulas pétreas, por conseguinte, a inconstitucionalidade da Emenda n. 3/93, nos termos do art. 60, § 4º, III e IV, da Constituição Federal.¹⁹

O STF considerou inválido dispositivo da Emenda Constitucional nº 3, de 17/3/1993, que excluía do princípio da anterioridade tributária (artigo 150, III, “b”) o Imposto sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IPMF) e vedou sua cobrança no mesmo exercício em que instituído (STF, *DJU*, p. 193, 21/1/1994).

Anota o STF que é legítima a pretensão de deputado federal, pela via do mandado de segurança, para que lhe seja reconhecido o direito de não ter de manifestar-se sobre projeto de

¹⁸ CANOTILHO, J. J., op. cit. p. 1.195.

¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 419.

Emenda Constitucional, que considere violador do princípio da anterioridade tributária. No entanto, perde o deputado tal legitimidade, por causa da modificação da situação jurídica no curso do processo, decorrente da superveniente aprovação do projeto, que já se acha em vigor. Na hipótese, o mandado de segurança, que tinha caráter preventivo, não se pode voltar contra a emenda já promulgada, o que equivaleria a emprestar-lhe efeito, de todo descabido, de Ação Direta de Inconstitucionalidade, para a qual, ademais, não está o impetrante legitimado (STF, RTJ, 165/540).²⁰

Emília Simeão Albino Sako aponta o parágrafo 1º, do artigo 217, da Constituição Federal, e o diz colidente “com o direito individual explicitado no inciso XXXV do artigo 5º da própria Constituição, que representa cláusula pétrea²¹. Esse constitui mais um exemplo da viabilidade de haver inconstitucionalidade em texto da Constituição.

As limitações expostas decorrem do relevante interesse social, de importância fundamental para a nação.

2 EMENDA E REVISÃO CONSTITUCIONAL: PONTOS COMUNS E DIVERGENTES

A rigidez constitucional fixada na Carta de 1988 deu supremacia à ordem constitucional e seguiu tradição anterior, pois

²⁰ BARROSO, L. R. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada e legislação complementar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 202-203.

²¹ SAKO, E. S. A. Artigo 7º da Constituição Federal: Cláusula Pétrea - a inconstitucionalidade da emenda constitucional n. 28, de 25 de maio de 2000, que alterou o prazo de prescrição do trabalhador rural. *Revista do TRT da 9ª Região*, Curitiba, ano 28, n. 49, jan./jun. 2003. p. 189.

[...] todas as constituições republicanas brasileiras têm sido rígidas, com exceção da natureza dupla da carta de 1937, que era ‘flexível quando o projeto de reforma fosse de iniciativa do Presidente da República; rígida quando a iniciativa fosse da Câmara dos Deputados’.²²

Segundo o mesmo autor,

[...] a alterabilidade constitucional, embora se possa traduzir na alteração de muitas disposições da Constituição, sempre conservará um valor integrativo, no sentido de que deve deixar substancialmente idêntico o sistema originário da Constituição.

E anota, ainda, que:

A emenda à Constituição Federal, enquanto proposta, é considerada um ato infraconstitucional sem qualquer normatividade, só ingressando no ordenamento jurídico após sua aprovação, passando então a ser preceito constitucional, de mesma hierarquia das normas constitucionais originárias.²³

Para ingressar no ordenamento jurídico, com valor constitucional, a emenda constitucional deve ser “compatibilizada com as demais normas originárias”. Se desrespeitada qualquer das

²² MORAES, A. de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 1.081.

²³ Id.

limitações do artigo 60, da Constituição Federal, a emenda deve sofrer o controle de constitucionalidade que a extirpará.

O artigo 60, da Constituição Federal, estabelece o regime jurídico a que está sujeito o poder de reforma constitucional. Esse poder reformador exterioriza-se por meio de emendas ou revisões constitucionais, aquelas previstas no artigo 60, da CF/88, e estas, no artigo 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Conclui-se que a reforma é o gênero que comporta duas espécies: a emenda e a revisão, ambas com pontos em comum, sem jamais se confundirem. As duas estão sujeitas a proibições, parâmetros, limites, condicionamentos ou vedações, que estão na Carta Magna e são denominados expressos, explícitos, taxativos ou diretos e que serão observados em item próprio.

Quanto às diferenças, emenda constitucional, no sentido adotado no artigo 60, traduz espécie do gênero reforma.

Trata-se de um recurso instituído para atingir matérias constitucionais adstritas a assuntos determinados, ainda quando, na prática vivida pelos Estados, esse instituto venha sofrendo distorções, através do seu exercício irrestrito e incondicionado, [...]

Esse é o exemplo da Emenda Constitucional 1/96, que empreendeu modificações “descomensuradas” à Constituição brasileira de 1967. A emenda objetiva modificar pontos específicos e localizados.

Revisão constitucional significa “reforma de ampla extensão, precisamente para atingir gama maior de matérias”. Seu objetivo constitui mudar extensamente a Constituição.²⁴

3 LIMITAÇÕES AO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL

As limitações às reformas constitucionais podem ser expressas ou implícitas. As primeiras subdividem-se em três subespécies: circunstanciais, materiais e formais.

Os limites implícitos, derivados dos limites expressos, dividem-se em: a) normas sobre o titular do poder constituinte reformado; b) disposições relativas à eventual supressão das limitações expressas.

Os limites implícitos são tão contundentes quanto os expressos. Todavia, não estão prescritos pela linguagem direta do constituinte. Seu objetivo constitui vedar reforma de normas que estatuem limites, cuja observância é obrigatória para se emendar ou revisar as Constituições. Como exemplo, costuma-se destacar os parágrafos 1º ao 4º do artigo 60. Esse o posicionamento de Uadi Lammêgo Bulos, segundo quem, “[...] só através de revolução, com a quebra da ordem jurídica, poderão ser atingidos”²⁵. Esse posicionamento encontra divergência doutrinária.

O certo é que o desrespeito a uma limitação implícita significa violar a própria manifestação constituinte originária, procriada por um poder de maior força impositiva, dotado daquela **potência**, responsável pela **fundação** do ordenamento jurídico.

²⁴ BULOS, U. L. *Constituição Federal anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 767.

²⁵ *Ibid.*, p. 768.

Assim, na opinião de Uadi Lammêgo Bulos, “[...] o que foi prescrito pelo constituinte para uma reforma constitucional não pode ser atenuado, supresso ou mudado.” Logo, emendas à Constituição não podem suprimir o § 4º, I, no intuito de “[...] destituir a forma federativa de Estado, porque tal vedação é implícita, vigorando enquanto existir o Texto de 1988.”²⁶

Modernamente, tanto no Direito interno quanto no Direito comparado, há tendência ampliativa dos limites materiais expressos, a exemplo do § 4º do artigo 60 de nossa Carta, ou do artigo 188 da Carta portuguesa. Na opinião de Uadi Lammêgo Bulos, essa tendência “[...] em nada diminui as vedações inerentes. Ao contrário, reforça-lhes a pertinência.” O autor expõe interessante estudo de Horst Ehmke, que secciona as limitações implícitas em três espécies (*Grezen der Verfassugsänderung*, Berlin, 1953. p. 47). São elas:

- a) transcendententes à Constituição – representadas pelas normas gerais de direito das gentes, bem como por condições econômicas, técnicas e até geográficas. Exemplo: o § 2º do art. 5º da Carta de 1988 enquadrar-se-ia nessa vedação, impedindo que matérias incompatíveis com o seu texto sejam alvo da competência reformadora;
- b) imanentes à Constituição – dizem respeito à racionalização e limitação do poder. Na Constituição brasileira, incluem-se aí os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e das coletividades, bem como as

²⁶ Id.

disposições relativas à independência e harmonia entre os Poderes. Exemplo: os arts. 2º, 5º e 7º, com seus vários incisos, estariam aí inseridos; e

- c) intermediárias à Constituição – trazem limites vinculados ao próprio fundamento de validade do poder constituinte, os fins da comunidade política, inseridos normalmente nos preâmbulos, e os direitos internacionais reconhecidos ao homem. Exemplo: a mensagem inserida na parte preambular da nossa Constituição.²⁷

Uadi Lammêgo Bulos, ao lado da tipologia de Horst Ehmke, elabora um “catálogo de assuntos insuscetíveis de mudanças formais, por força das limitações implícitas”, sem prejuízo de outras, porventura detectadas. São elas: limitações implícitas aos direitos e garantias fundamentais, à titularidade do poder constituinte originário, à titularidade do poder reformador e, por fim, limitações implícitas ao processo legislativo especial de reforma. Destaca-se apenas a primeira (limitações implícitas aos direitos e garantias fundamentais), pois o ato de reforma constitucional não pode “[...] alterar, ampliar, restringir, e muito menos abolir os direitos e garantias fundamentais do art. 5º, seus incisos e parágrafos, os preceitos do art. 7º, em todas as projeções possíveis e imaginárias.”

Nesse diapasão, tem-se que uma nova Constituição é editada ou seu núcleo intocável tem de ser preservado, porque o artigo 7º encontra-se no capítulo dos direitos fundamentais, os

²⁷ Ibid., p. 768-769.

quais são “supranacionais”, conforme se lê no artigo 5º, § 2º, ou seja, “[...] transcendem a órbita meramente interna. São insuscetíveis de alterações sub-reptícias, pois colocam-se fora do exercício do poder reformador.”²⁸

E, quando se trata de direitos sociais, o âmbito jamais se cinge ao corpo interno de um país ou de uma área de abrangência. Os direitos sociais possuem importância mundial, conforme tem sido constantemente conclamado, a exemplo dos fóruns internacionais realizados (o último em Curitiba) e nos quais são debatidas as questões fundamentais do ser humano e os direitos sociais a ele intrínsecos.

Segundo José Afonso da Silva, “os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.”²⁹

A seguir, serão analisadas as limitações expressas. Elas podem ser classificadas em três: circunstanciais, procedimentais ou formais e, ainda, materiais.

3.1 LIMITAÇÕES CIRCUNSTANCIAIS

São as que evitam modificações constitucionais em ocasiões anormais e excepcionais do País, de sorte a evitar perturbação na liberdade e independência dos órgãos incumbidos da reforma. Envolve os períodos de estado de sítio, de estado de defesa ou de

²⁸ Ibid., p. 769.

²⁹ SILVA, J. A. da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 284-286.

intervenção federal. Essas limitações, segundo Alexandre de Moraes,

[...] não se confundem com as chamadas *limitações temporais*, não consagradas por nossa Constituição Federal e consistentes na vedação, por determinado lapso temporal, de alterabilidade das normas constitucionais.³⁰

Essa limitação temporal teve previsão na Constituição de 1824, no artigo 174.³¹

3.2 LIMITAÇÕES PROCEDIMENTAIS OU FORMAIS

Essas limitações se referem às disposições especiais, em relação ao processo legislativo ordinário, que o legislador constituinte estabeleceu para permitir a alteração da Constituição Federal.

A iniciativa para se apresentar proposta de emenda constitucional é mais restrita do que a existente no processo legislativo ordinário, permitindo-se somente ao presidente da República, a um terço, no mínimo e separadamente, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e a mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

³⁰ MORAES, A. de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 1084.

³¹ “Se passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deverá ter origem na Câmara dos Deputados, e ser apoiada por terça parte delles.”

Na deliberação parlamentar, a proposta de emenda constitucional 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. Dessa forma, ressalte-se o quórum diferenciado para aprovação, bem como a necessidade de dupla votação em cada casa legislativa.

No processo legislativo de emendas constitucionais, não ocorre a deliberação executiva, pois não existe participação do Presidente da República na fase constitutiva, uma vez que o titular do poder constituinte derivado reformador é o Poder Legislativo. Assim, não haverá necessidade de sanção ou veto. A emenda constitucional aprovada pelas duas casas do Congresso Nacional seguirá, diretamente, à fase complementar, para promulgação (conjuntamente pelas mesas do Senado e Câmara) e publicação, para a qual a doutrina tem entendido ser competência do Congresso Nacional.

3.3 LIMITAÇÕES MATERIAIS

Nossa Constituição Republicana de 1891 acolheu a idéia norte-americana de 1787, na qual se previa a impossibilidade de ser alterada a representação paritária dos Estados membros no Senado Federal. Na Constituição de 1891, artigo 90, foram incluídas como cláusulas pétreas a República Federativa e a igualdade dos Estados no Senado Federal.

A Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente o leque e definiu que não será objeto de deliberação a emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; os direitos e garantias individuais. Trata-se de matérias que formam o núcleo

intangível da Constituição Federal, com o nome tradicional de “cláusulas pétreas”.

Os limites do § 4º são adjetivados de **materiais**, porque se cingem ao conteúdo dos assuntos que não podem ser objeto de propostas de emendas tendentes a aboli-los, quer implícita ou explicitamente.

A doutrina convencionou denominar as limitações materiais de **cláusulas pétreas**, também conhecidas por “[...] garantias de eternidade, cláusulas permanentes, cláusulas absolutas, cláusulas intangíveis, cláusulas irreformáveis, cláusulas imodificáveis etc.”³²

Nas Constituições do século passado, em verdade, já havia a presença de cláusulas pétreas, que proliferaram com a Segunda Grande Guerra Mundial. Na Alemanha, a ordem jurídica se consolidou em virtude da subversão dos processos de reforma constitucional. Daí se conclui que as cláusulas pétreas “são universais” e se apresentam em vários ordenamentos constitucionais, “[...] a exemplo das Cartas albanesa de 1925 (art. 141), francesa de 1946 (art. 95), italiana de 1947 (art. 139), grega de 1951 (art. 108) e portuguesa de 1976 (art. 290).”³³

A grande novidade incluída no artigo 60, da CF/88, diz respeito aos

[...] direitos inerentes ao exercício da democracia representativa e dos direitos e garantias individuais, que, por não se encontrarem restritos ao rol do art. 5º, resguardam um conjunto mais

³² BULOS. U. L., op. cit. p. 773.

³³ BULOS. U. L. op. cit. p. 773

amplo de direitos constitucionais de caráter individual dispersos no texto da Carta Magna.

Acerca da existência de direitos e garantias individuais fora do rol do artigo 5º, da CF/88, o STF decidiu:

O Supremo Tribunal Federal considerou cláusula pétrea, e conseqüentemente imodificável, a garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, III, b, da Constituição Federal (princípio da anterioridade tributária), entendendo que ao visar subtraí-la de sua esfera protetiva, estaria a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, deparando-se com um obstáculo intransponível, contido no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. (STF - Pleno - ADIn n. 939-7/DF. Rel. Min. Sydney Sanches - Medida Cautelar. RTJ, 150/68-69).

Conforme ressaltou o Min. Celso de Mello:

Admitir que a União, no exercício de sua competência residual, ainda que por emenda constitucional, pudesse excepcionar a aplicação desta garantia individual do contribuinte, implica em conceder ao ente tributante poder que e constituinte expressamente lhe subtraiu ao vedar a deliberação de proposta de emenda à constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados. (Trecho do voto do Min. Celso de Mello, Serviço de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Ementário STJ*, 1730-10/STF).

É importante também ressaltar que, na ADIn nº 939-07/DF, o Min. Carlos Velloso se referiu aos direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos como pertencentes à categoria de direitos e garantias individuais, logo, imodificáveis, enquanto o Min. Marco Aurélio afirmou a relação de continência dos direitos sociais entre os direitos individuais previstos no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, ressaltando que:

Tivemos, Senhor Presidente, o estabelecimento de direitos e garantias de uma forma geral. Refiro-me àqueles previstos no rol, que não é exaustivo, do art. 5º da Carta, os que estão contidos, sob a nomenclatura direitos sociais, no art. 7º e, também, em outros dispositivos da Lei Básica Federal, isto sem considerar a regra do § 2º, do art. 5º, segundo o qual os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. (Trecho dos votos, no *Ementário STJ*, 1730-10).³⁴

Alexandre de Moraes anota que o núcleo intangível da Constituição Federal – cláusulas pétreas – conta com grande novidade, qual seja a inclusão, no artigo 60, dos

[...] direitos inerentes ao exercício da democracia representativa e dos direitos e garantias individuais, que por não se encontrarem restritos ao rol do art. 5º, resguardam um conjunto mais

³⁴ MORAES, A. de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 1.086-1.087.

amplo de direitos constitucionais de caráter individual dispersos no texto da Carta Magna.³⁵

Segundo Uadi Lammêgo Bulos, as proibições materiais equivalem às cláusulas pétreas, previstas no § 4º, do artigo 60, da CF/88. O mesmo autor observa que a Constituição Federal vigente “[...] não incluiu limites temporais em sua íntegra”. São limites estabelecidos de prazos de proibição, cujo cumprimento é indispensável para realizar-se a reforma. Ele menciona a Carta Imperial de 1824, em seu artigo 174, como exemplo de proibição de alteração no prazo de quatro anos. Explica que o artigo 3º do ADCT não constitui limite temporal ao poder de reforma, mas estabeleceu prazo para revisão constitucional, ocorrida em 1993 e que contou com seis modificações à Carta Magna vigente. A modalidade que estabelece periodicidade para as reformas e encontrada nas Cartas francesas de 1791, artigo 3º, e de 1848, artigo 111, e na Carta portuguesa de 1933, artigo 137, porém ela nunca existiu no Brasil.³⁶

4 CLÁUSULAS PÉTREAS: O QUE SÃO? PODEM SER ALTERADAS?

O adjetivo “pétrea” origina-se de “pedra”, com o significado de algo que seja duro tal qual uma rocha. No campo constitucional, cláusula pétrea “[...] é aquela insuscetível de mudança formal, porque consigna o *núcleo irreformável* da Constituição”. Uadi Lammêgo Bulos lhes atribui o nome de “cláusulas de inamovibilidade”³⁷, porque, em virtude delas o legislador não pode remover elenco específico de matérias, quais sejam a forma

³⁵ MORAES, A. de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 565.

³⁶ BULOS, U. L., op. cit. p. 768.

³⁷ *Ibid.*, p. 773.

federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais (artigo 60, § 4º, da CF/88). Assim, o que tradicionalmente se denomina cláusula pétrea constitui o núcleo duro, imodificável previsto na própria Constituição Federal. São as matérias inalteráveis ou, como se diz modernamente, “limitações materiais ao poder de reforma constitucional”³⁸. Observa-se, portanto, que o poder reformador subordina-se aos ditames estabelecidos pelo poder constituinte originário, seja quanto ao *modus operandi* ou às matérias a serem modificadas, uma vez que o poder de reforma constitucional se exercita num círculo de atividades reguladas e delimitadas.

Quanto à possibilidade de alteração das cláusulas pétreas, Manoel Gonçalves Ferreira Filho indaga: “Serão, todavia, intangíveis as *cláusulas pétreas*?” E o mesmo autor conclui que

[...] claro está que as matérias que elas protegem são imodificáveis, enquanto elas vigorarem. Mas elas próprias devem ser alteradas, revogadas? À luz do ensinamento de todo um rol de eminentíssimos juristas (é o caso dos franceses Duguit. *Traité de droit constitutionnel*, p. 117), e de outros como Jorge Miranda adiante citado, elas podem ser modificadas ou abolidas. Para estes, sendo absurdo que se proíba a mudança de normas da Constituição de acordo com o direito, forçando para alterá-las o recurso à revolução, o significado real e profundo da proibição não é senão um agravamento da rigidez em seu favor. Sim, porque enquanto todas as regras da

³⁸ BARROSO, L. R. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 202.

Constituição – exceto as incluídas no núcleo fundamental – seriam protegidas pela rigidez simples, isto é, somente seria modificada de acordo com o procedimento que a Constituição determina para a revisão; as matérias abrangidas pelas *cláusulas pétreas* seriam duplamente protegidas. Para modificá-las, seria preciso, primeiro, revogar a *cláusula pétrea*, depois, segundo, alterar as disposições sobre a matéria em questão. É a tese da dupla revisão que, com o brilho habitual, defende Jorge Miranda, no livro *Significado e alcance das cláusulas pétreas. Cadernos de direito constitucional e ciência política*, n. 10, p. 87.³⁹

Já nos dizeres de Uadi Lammêgo Bulos, a proposta de emenda que objetiva excluir os limites materiais do poder reformador “[...] se figura inconstitucional, porquanto as cláusulas pétreas são imprescindíveis e insuperáveis.” O autor as considera imprescindíveis, porque simplificar as normas que estatuem limites traçados pelo poder constituinte originário constitui “[...] usurpar o caráter fundacional do poder criador da Constituição”. E as diz insuperáveis, porque alterar as condições estabelecidas por um poder originário, “autônomo e incondicionado”, a fim de reformar limites explícitos à atividade derivada, “[...] é promover uma *fraude à constituição* – a *Verfassungsbeseitigung* dos juristas alemães.”⁴⁰

5 PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 60 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

³⁹ MORAES, A. de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 1.088-1.089.

⁴⁰ BULOS. U. L., op. cit. p. 775.

Mostra-se indiscutível a inclusão do artigo 5º da Constituição Federal e, portanto, dos direitos e garantias individuais entre as matérias que não podem ser objeto de emenda constitucional. Trata-se de cláusula pétrea.

Ponto contraditório é se os direitos sociais também se revestem da garantia de imodificabilidade. José Affonso Dallegrave Neto inclui os direitos trabalhistas do artigo 7º da CF, como cláusulas pétreas, no seio dos direitos sociais. Interpretar a Constituição Federal, em seu artigo 60, § 4º, inciso IV, leva a concluir que

[...] ao se referir aos direitos e garantias individuais, o inciso IV do § 4º do art. 60 da CF/88 incluiu o Título II da CF/88, direitos e garantias fundamentais, relativo aos direitos individuais. Assim, o Capítulo I do aludido Título II trata dos direitos e deveres individuais e coletivos contemplados no art. 5º. Por certo, somente a parcela atinente aos direitos fundamentais individuais é que será considerada cláusula pétrea. O mesmo ocorre com o Capítulo II do Título II intitulado 'dos direitos sociais', previstos nos arts. 6º a 11. Mencionado capítulo, na parte referente aos direitos sociais individuais, encaixa-se no inciso IV, § 4º do art. 60. Vale dizer: os direitos trabalhistas previstos no art. 7º constituem-se direitos e garantias individuais, considerados, por corolário, cláusulas pétreas.

Na conclusão, Dallegrave anota que

[...] o negociado não pode sobrepor-se ao legislado, senão na três hipóteses expressamente autorizadas pelo constituinte (art. 7º, VI, XIII e XIV) ou para assegurar melhor condição social, *ex vi* do caput do art. 7º da CF. Tal preceito principiológico e tuitivo não pode ser alterado por lei infraconstitucional, nem mesmo por Emenda.⁴¹

Assim se manifestou Carlos Henrique Bezerra Leite:

Logo, se o feixe de direitos trabalhistas, consignado no art. 7º, sequer pode ser objeto de Emenda Constitucional, por maior razão lhe é vedado, mediante negociação coletiva, a supressão de sua regulamentação legal. Assim, é inadmissível que tanto o ACT como a CCT tenham o condão de revogar direitos trabalhistas contemplados na Consolidação das Leis do Trabalho ou qualquer outra lei esparsa.

Karl Larenz

[...] fala da existência de uma *ordem hierárquica de valores* da Constituição, cujo desrespeito pode ser caracterizado ‘quando o resultado da interpretação não é compatível com as normas de direitos fundamentais e com a *ordem de valores* nelas estabelecidas’.

Nesses termos Dallegrave Neto se reporta a K. Larenz.

⁴¹ DALLEGRAVE NETO, J. A. *Inovações na legislação trabalhista*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 39-50.

O inciso IV do § 4º do artigo 60 da Constituição Federal insere, como cláusulas pétreas, os “direitos e garantias individuais”. Para Uadi Lammêgo Bulos, em seu atual e renovado posicionamento, não há dúvida de que o texto constitucional se mostra impreciso, porque os direitos e as garantias não se resumem aos individuais, ou seja, “às liberdades públicas clássicas”, pois incluem “também, os direitos econômicos e os sociais”. Nas palavras do próprio autor: “Hoje evoluímos o pensamento. Passamos a entender que o inciso IV cumpre ser concebido como elemento protetor dos direitos e garantias *fundamentais*.” A interpretação do qualitativo **individuais**, se tomado em sua acepção literal, gramatical ou filológica, gera problemas complexos, nos quais se inclui “a própria possibilidade de supressão de garantias intocáveis, sob o argumento de se estar empreendendo *correções constitucionais*”. Para Uadi Lammêgo Bulos, esse caminho levaria à tese da “dupla revisão”, juridicamente inconcebível.

Nesse raciocínio, as cláusulas pétreas englobam as “liberdades públicas tradicionais, os direitos sociais, econômicos, coletivos, difusos e individuais homogêneos”, os quais, em consequência, excluem-se do rol possível de ser atingido por emendas “tendentes a aboli-los, quiçá modificá-los”. O autor conclui:

Ou se faz uma nova Constituição, ou se cumpre a que já foi promulgada, desde 5 de outubro de 1988, com os seus óbices, imperfeições, atecnias, vícios, virtudes, inovações, avanços e minúcias.⁴²

O STF tem decidido que o artigo 7º da Constituição, por constituir direitos sociais do indivíduo, não se submete à

⁴² BULOS. U. L., op. cit., p. 782.

modificação. Trata-se, pois, de cláusula pétrea. É o que se constata na ação direta de inconstitucionalidade protocolada sob número ADIn 939-07/DF. Segundo esse órgão supremo, “[...] os direitos sociais guardam relação de continência com os direitos individuais previstos no art. 60, parágrafo 4º, da Constituição e, portanto, imutáveis.”⁴³

Na ADIn 1.946-99/DF, de medida cautelar, o Ministro Sidney Sanches, relator, proferiu decisão em 29/4/1999, no sentido de que

[...] não se aplica à licença-maternidade a que se refere o art. 7º, XVIII, da CF/88, respondendo a Previdência Social pela integralidade do pagamento da referida licença [...] tendo em vista que não será objeto de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, parágrafo 4º).⁴⁴

O Ministro Sepúlveda Pertence, ao julgar a ADIn 1665-1/DF, em 24/9/1997, anotou que

[...] os direitos sociais dos trabalhadores, enunciados no art. 7º da Constituição, se compreendem entre os direitos e garantias constitucionais incluídas no âmbito do art. 5º parágrafo 2º, de modo a reconhecer alçada constitucional às convenções internacionais anteriormente codificadas no Brasil.

⁴³ EMENTÁRIO DO STF, n. 1.720.10.

⁴⁴ INFORMATIVO DO STF n. 147 e 144.

Na doutrina, encontram-se vários adeptos do raciocínio de que os direitos sociais estão incluídos entre as cláusulas pétreas. Destacam-se Alexandre de Moraes, segundo quem

[...] alguns direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, são cláusulas pétreas, na medida em que refletem os direitos e garantias individuais do trabalhador, uma vez que, nossa Constituição Federal determinou a imutabilidade aos direitos e garantias individuais, estejam ou não no rol exemplificativo do art. 5º (CF, art. 60 parágrafo 4º, IV), pois os direitos sociais caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art. 1º, IV.⁴⁵

Ivo Dantas, por sua vez defende a aplicabilidade imediata dos direitos sociais do artigo 7º da CF/88, considerando

[...] sua imediata aplicabilidade em obediência ao que está determinado no parágrafo 1º do art. 5º, sobretudo porque os Direitos dos Trabalhadores são direitos individuais, e só encontram barreiras do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.⁴⁶

⁴⁵ MORAES, A. **Direito constitucional**; 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 332-333.

⁴⁶ Apud MORAES, A., op. cit., p. 333.

Paulo Bonavides, por sua vez, advoga a tese de que a dignidade da pessoa humana possui destaque inconfundível e

[...] em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60. Em outras palavras, pelos seus vínculos principais já expostos - e foram tantos na sua liquidez inatacável -, os direitos sociais recebem em nosso direito constitucional positivo uma garantia tão elevada e reforçada que lhes faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão 'direitos e garantias individuais' do art. 60. Fluem, por conseguinte, uma intangibilidade que os coloca inteiramente além do alcance do poder constituinte ordinário, ou seja, aquele poder derivado, limitado e de segundo grau, contido no interior do próprio ordenamento jurídico.⁴⁷

Nos dizeres de Arnaldo Süssekind, o Congresso Nacional não pode abolir, mediante emendas, “[...] direitos e garantias individuais (art. 60, parágrafo 4º, n. IV), entre os quais se inserem os direitos sociais elencados no art. 7º, do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais)” da Constituição Federal. O mesmo autor conclui que

⁴⁷ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 594-595.

[...] se os direitos e garantias individuais de índole social-trabalhista, constantes do art. 7º, da Lex Fundamental, não podem ser abolidos por emenda constitucional, certo é que não será defeso ao Congresso Nacional alterar a redação das respectivas normas, desde que não modifique a sua essência de forma a tornar inviável o exercício dos direitos subjetivos ou a preservação das garantias constitucionais estatuídos no dispositivo emendado.⁴⁸

Leda de Oliveira Pinho registra que a atual Constituição “lastreou-se justamente” no valor tomado como dignidade da pessoa humana e o “preceituou como fundamento, assentou-o em cada um dos objetivos fundamentais”, além de determinar “sua prevalência nas relações internacionais”, de plasmá-lo “[...] nos direitos e deveres individuais e coletivos, bem como nos direitos sociais, e adotou-o como conteúdo e referência de princípios constitucionais gerais e específicos e das regras constitucionais.”⁴⁹

Do exposto, e considerando a necessidade de se interpretar sistematicamente a Constituição, tem-se que os direitos sociais lançados em seu artigo 7º estão protegidos contra emenda constitucional, especialmente levando em conta que a vigente Constituição possui, como princípios estruturantes, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, conforme se extrai dos artigos 1º, 5º e 7º.

⁴⁸ SÜSSEKIND, A. **Direito constitucional do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁴⁹ PINHO, L. de O., **Princípio da Igualdade: Investigação na Perspectiva de Gênero**. 1. ed. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor. 2004. p. 152-153.

A Constituição possui como fundamentos do Estado brasileiro uma sociedade justa, livre e solidária (artigo 1º). Além disso, traça como objetivos a “erradicação da pobreza” e a “redução das desigualdades sociais” (artigo 3º). Ainda, como diretriz da ordem econômica, defende a valorização do trabalho, no intuito de assegurar a todos existência digna, segundo os ditames da justiça social (artigo 170).

[...] representa cláusula pétrea, contempla direitos individuais indisponíveis, inserindo-se entre as matérias que não podem ser objeto de deliberação por meio de emenda constitucional, diante da vedação expressa do parágrafo 4º do art. 60 da Constituição Federal.⁵⁰

O artigo 7º, *caput*, da Constituição Federal, traça lista exemplificativa dos direitos dos trabalhadores, no intuito de “conduzi-los a uma condição social próspera”⁵¹. Com isso, preserva-se a tradição existente desde 1919, com a Constituição alemã de Weimer. A análise do artigo 7º permite a compilação a seguir.

- Igualdade entre urbanos e rurais (*caput* do artigo 7º).

- Proteção da relação de emprego:

- despedida involuntária (I, artigo 10 do ADCT);
- seguro-desemprego (II);
- FGTS (III e Lei 8.036/90);

⁵⁰ SAKO, E. S. A. Artigo 7º da Constituição Federal: cláusula pétrea - a inconstitucionalidade da emenda constitucional n. 28, de 25 de maio de 2000, que alterou o prazo de prescrição do trabalhador rural. **Revista do TRT da 9ª Região**, Curitiba, ano 28, n. 49, jan./jun. 2003, p. 201.

⁵¹ BULOS. U. L., *op. cit.*, p. 373.

- aviso-prévio (XXI);
- automação (XXVII).

- Salário:

- mínimo (IV e VII);
- piso (V);
- irredutibilidade (VI);
- 13º (VIII);
- noturno e extraordinário (IX e XVI);
- retenção dolosa (X);

- Jornada e descanso (XIII, XIV, XV e XVII).

- Igualdade (XX, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV).

- Filhos:

- salário-família (XII e 201, IV);
- maternidade de 120 dias (XVIII);
- paternidade (XIX e artigo 10, § 1º, ADCT);

- assistência (XXV);

- Outros direitos.

- participação nos lucros (XI);

- riscos (XXII e XXVIII)

- adicional (XXIII);

- aposentadoria (XXIV);

- convenções (XXVI);

- ação (XXIX);

- menores (XXXIII).

Acerca do item que trata dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, Alexandre de Moraes observa:

Somente por meio do trabalho o homem garante sua subsistência e o crescimento do país, prevendo a Constituição, em diversas passagens, a liberdade, o respeito e a dignidade do trabalhador (por exemplo: CF, arts. 5º, XIII; 6º; 7º; 8º; 194-204).⁵²

⁵² MORAES, A., op. cit., p. 130.

A garantia de proteção ao trabalho não engloba somente o trabalhador subordinado, mas também o autônomo e o empregador, enquanto empreendedor do crescimento do País.

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, pode ser definido como direitos humanos fundamentais.

A Unesco, também definindo genericamente os direitos humanos fundamentais, considera-os, por um lado, uma proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado, e por outro, regras para estabelecer condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Alexandre de Moraes discorre a respeito de diversos conceitos para os direitos fundamentais, entre os quais os de Pérez Lunõ, José Castan Tobeñas, Tupinambá Nascimento e José Afonso da Silva e, em seguida, ressalta:

O importante é realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não-ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível

constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.

A previsão desses direitos coloca-se em elevada posição hermenêutica quanto aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, apresentando diversas características: imprescritibilidade, inalienabilidade, inviolabilidade, universabilidade, efetividade, interdependência e complementariedade.⁵³

Todos esses princípios são essenciais, mas ora se destaca o da complementariedade, segundo o qual “[...] os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas de forma conjunta, com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte.” É o que leciona Alexandre de Moraes, na obra já citada, na página 164.

A classificação adotada pelo legislador constituinte, que estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais, entre os quais ora são relacionados aqueles que interessam à presente pesquisa:

- a) direitos individuais e coletivos – correspondem aos direitos ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo, vida, dignidade, honra, liberdade. Basicamente, a Constituição de 1988 os prevê no artigo 5º;

⁵³ MORAES, A. de, **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 162-164.

- b) direitos sociais - caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o artigo 1º, IV. A Constituição Federal consagra os direitos sociais a partir do artigo 6º.

Diversas classificações existem para os direitos fundamentais insertos na Constituição, mas todas apresentam as mesmas essências.

Na leitura de Ingo W. Sarlet, extrai-se que os direitos sociais “[...] constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana.” Nesse raciocínio, temos:

O reconhecimento jurídico-constitucional da liberdade de greve e de associação e organização sindical, jornada de trabalho razoável, direito ao repouso, bem como as proibições de discriminação nas relações trabalhistas (e aqui fixamo-nos nos exemplos mais conhecidos) foi o resultado das reivindicações das classes trabalhadoras, em virtude do alto grau de opressão e degradação que caracterizava, de modo geral, as relações entre capital e trabalho, não raras vezes, resultando em condições de vida e trabalho manifestamente indignas, situação que, de resto, ainda hoje não foi superada em expressiva parte dos Estados que integram a

comunidade internacional. Em verdade, cuida-se - em boa parte - de direitos fundamentais de liberdade e igualdade outorgados aos trabalhadores com o intuito de assegurar-lhes um espaço de autonomia pessoal não mais apenas em face do Estado, mas especialmente dos assim denominados poderes sociais.⁵⁴

O mesmo autor continua a ressaltar a necessidade de se considerar essa inegável conexão,

[...] tanto mais intensa, quanto maior a importância dos direitos sociais para a efetiva fruição de uma vida com dignidade, o que, por sua vez, não afasta a constatação elementar de que as condições de vida e os requisitos para uma vida com dignidade constituam dados variáveis de acordo com cada sociedade e em cada época.

Com essa afirmação menciona o pensamento de F. Moderne, na obra *La dignité de la personne...*, p. 220.⁵⁵

Como se verifica, inúmeros são os adeptos da teoria de que direitos sociais se enquadram entre aqueles protegidos contra emendas constitucionais que restringem direitos garantidos desde 1988 e tidos como marco da progressividade atribuída à nossa vigente Constituição: a “Constituição coragem”, a “Constituição cidadã”.

⁵⁴ SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 94-95.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 96.

Conclui-se que as reformas constitucionais, embora necessárias, pois a sociedade é dinâmica, não podem retirar a identidade do texto constitucional, de suas diretrizes principiológicas. Ferir direitos fundamentais é grave ofensa à dignidade da pessoa humana. Assim, se os direitos sociais, enquanto liberdades clássicas, nos quais se incluem a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, que são reconhecidos como direitos fundamentais, porque somente alguns desses seriam intocáveis e protegidos por cláusula pétreas?⁵⁶

6 EMENDA NÚMERO 28, DE 25/5/2000, E PRESCRIÇÃO DO RURÍCOLA

Em 25/5/2000, foi editada a Emenda Constitucional 28. Seu conteúdo alterou o artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, cuja redação passou a ser a seguinte: “[...] ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de 5 anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de 2 anos após a extinção do contrato de trabalho.”⁵⁷

Na redação anterior, o trabalhador rural não era limitado aos cinco anos da prescrição quinquenal. O artigo 7º, inciso XXIX, continha duas alíneas. A primeira prescrevia cinco anos para os trabalhadores urbanos exercerem o direito de ação, até o limite de dois anos após a extinção do contrato. Na alínea “b”, o inciso XXIV do artigo 7º previa os mesmos dois anos, após a extinção do contrato, para o trabalhador rural exercer o direito de ação, mas

⁵⁶ ANDRADE, D. G. Cláusulas pétreas. Disponível em: www.mg.trt.gov.br/consultas/jurisprudencia/revista.htm. Revista n. 60. Acesso em: 20 ago. 2003.

⁵⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 33. ed. São Paulo : Saraiva, 2004.

sem limite retroativo, o que significava que, uma vez protocolizada a petição inicial até dois anos da extinção do contrato, o trabalhador rural podia demandar verbas de todo o contrato.

Com a redação introduzida pela Emenda Constitucional 28/2000, o trabalhador rural foi atingido pelo lapso prescricional de 5 anos, em inequívoca limitação do direito anteriormente concedido pelo poder constituinte. Muitas vezes se levantaram quanto à emenda Constitucional em debate: algumas a favor, outras contra. Defenderam a constitucionalidade da emenda nomes respeitáveis, como Estevão Mallet, Ilse Marcelina Bernardi Lora e Glauce de Oliveira Barros.

Estevão Mallet escreveu artigo no qual anota que

[...] aos direitos sociais, ainda que considerados fundamentais, não se conferiu a particular rigidez atribuída aos direitos individuais, insuscetíveis de abolição. Por isso, a redução dos prazos de prescrição – indesejável que seja – não ofende a regra limitativa do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição. Ofensa haveria, isso sim, se se estabelecesse prazo excessivamente curto, de modo a inviabilizar o efetivo direito de tutela jurisdicional, em desacordo com a garantia do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, o que não é o caso.⁵⁸

Logo, para esse autor, a Emenda 28/00 não ofende o artigo 60, § 4º, da Constituição. Por outro lado, opiniões de peso defenderam a inconstitucionalidade dessa emenda. Um dos

⁵⁸ MALLET, E. A prescrição na relação de emprego rural após a Emenda Constitucional nº 28., São Paulo : LTr, ano 64, n. 08, 2000, p. 1.000.

motivos mais relevantes para tal posicionamento diz respeito à supressão de direito de relevância incontestemente estabelecido na redação originária e alicerçado em princípios fundamentais da Constituição.

Os juízes Luiz Eduardo Gunther e Nacif Alcure Neto foram pioneiros na defesa da inconstitucionalidade da emenda, em artigo escrito por ambos e publicado na Revista do Direito Trabalhista - RDT, ano 7, nº 4, de 30 de abril de 2001, sob o título "Prescrição de créditos do trabalhador rural"⁵⁹. Segundo esses magistrados, com fundamento no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, é possível fazer duas reflexões, quais sejam: se os direitos sociais estão compreendidos nesse texto constitucional e se a emenda aboliu direitos e garantias.

A primeira reflexão encontra retorno em Arnaldo Süssekind, para quem ao poder derivado não é dado abolir direitos e garantias individuais (artigo 60, § 4º, inciso IV) por meio de emendas, pois ali estão insertos "[...] os direitos sociais elencados no art. 7º do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da nossa Lei Maior."

Quanto à segunda reflexão, tem-se que a Emenda 28/00 aboliu direito do trabalhador rural consistente na não-fluência do prazo prescricional enquanto vigente o contrato de trabalho. Ela aboliu garantia de que o prazo prescricional não flua durante o contrato, quando estabeleceu limite de cinco anos, a exemplo do que já ocorria para os trabalhadores urbanos.

⁵⁹ GUNTHER, L. E.; ALCURE NETO, N. Prescrição de créditos do trabalhador rural. Revista de Direito Trabalhista - RDT, nº 4, ano 7, 2001. p. 3-4.

Gunther e Nacif concluem que “[...] o art. 1º da Emenda Constitucional n. 28 é inconstitucional porque aboliu direito social do trabalhador rural consagrado no art. 7º, inciso XXIX, letra b, da CF/88, o que viola o art. 60, § 4º, inciso IV, da Magna Carta.” E ainda:

Uma vez reconhecido que o art. 1º da EC 28, ao unificar os prazos prescricionais, aboliu o direito social do trabalhador rural de não ver contada a prescrição enquanto vigente o contrato, verificasse violação à cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV, da CF/88, podendo a inconstitucionalidade ser declarada de forma incidental (difusa) pelas Varas do Trabalho, ou TRTs, ou pela via principal (concentrada) através do STF.

Emília Simeão Albino Sako comungou do mesmo posicionamento ao anotar que a modificação introduzida pela Emenda 28/00, no inciso XXIX, “feriu cláusula pétrea da Constituição”, uma vez que

[...] eliminou direito do trabalhador rural, que somente é passível de eliminação ou modificação por meio de elaboração de uma nova Constituição. As modificações no texto constitucional não são admitidas quando se trata de direitos sociais, que são direitos de ordem pública, indisponíveis e imodificáveis pela vontade do legislador, derivam de cláusula pétrea (Constituição Federal, Art. 7º), e gozem

de proteção máxima do Estado (Constituição Federal, art. 60, parágrafo 4º).⁶⁰

De acordo com Emília Sako, no mesmo texto, atribuir validade, eficácia e legitimidade à modificação constitucional, que alterou o prazo prescricional do trabalhador rural e que implicou prejuízos a uma imensa massa de trabalhadores que presta serviços no campo, é o mesmo que permitir que quaisquer outros direitos sociais do artigo 7º, como salário e jornada, possam ser reduzidos ou suprimidos pelo poder constituinte derivado. Esse entendimento é inaceitável, pois, se no passado, quando a Constituição foi elaborada, tais direitos foram alçados ao mais elevado grau de proteção, inseridos entre as matérias supremas e solidificaram a rigidez da Constituição, não podem, no futuro sequer ser objeto de deliberação. As alterações que traduzem lesão aos direitos sociais, que suprimem o próprio direito de ação, como é o caso do novo marco prescricional para o trabalho rural, são inconstitucionais.

Interpretação diversa importa em violação ao direito adquirido, ao ato jurídico e ao próprio direito de ação, garantias consagradas pelo artigo 5º da Constituição, as quais não podem ser afetadas por norma posterior, ainda que constitucionais, por causa da vedação expressa contida no artigo 60, § 4º, inciso IV, da mesma Constituição.

Emília Sako mostra segurança absoluta ao expressar que:

⁶⁰ SAKO, E. S. A. Artigo 7º da Constituição Federal: Cláusula Pétrea - a inconstitucionalidade da emenda constitucional n. 28, de 25/5/2000, que alterou o prazo de prescrição do trabalhador rural. **Revista do TRT da 9ª Região**, Curitiba, ano 28, n. 49, p. 202-204, jan./jun. 2003.

É flagrante a inconstitucionalidade do novo inciso XXIX da Constituição, uma vez que suprimiu direitos trabalhistas do trabalhador rural enquanto vigente o contrato de trabalho. A nova regra fere o ordenamento jurídico porque colhe situações pretéritas já consumadas sob a égide da regra constitucional, se projeta para o futuro para regular situações ainda não concretizadas, em prejuízo não só do trabalhador, mas de toda a sociedade, porque traz consigo a insegurança. Embora a nova regra criada pela Emenda Constitucional n. 28 esteja situada na Constituição, o que a torna formalmente constitucional, ela é, em substância, materialmente inconstitucional, à qual há que se negar efeitos de vigência, eficácia e aplicação.⁶¹

Vanessa Karam de Chueri Sanches advoga a tese de que a emenda 28/00 é inconstitucional por ferir direito fundamental, entendido numa concepção progressista e numa concepção que “contempla o homem nas suas relações sociais, tal qual o trabalhador”. Logo, o artigo 7º, inciso XXIX, não poderia ser afetado por emenda para suprimir direito do trabalhador, pois “os direitos sociais, da mesma forma que os individuais, constituem núcleo pétreo”, insertos, portanto, no parágrafo 4º da Constituição Federal.⁶²

⁶¹ Id.

⁶² SANCHES, V. K. de C. Aspectos polêmicos acerca da prescrição do trabalhador rural após a emenda constitucional 28. *Revista do TRT 9ª Região*, Curitiba, ano 27, n. 48, p 213-257, 2002.

Não resta a menor dúvida de que trabalhadores urbanos e rurais possuem peculiaridades e diferenças de diversas ordens, a passar pelo nível de informação e de acesso a ela disponível a cada uma dessas espécies de trabalhadores.

Antonio Rodrigues de Freitas Júnior adverte que nem toda regulação (mesmo legal) da relação de emprego se reverte de caráter protetor. E o autor menciona “o exemplo das disposições alusivas à prescrição das ações trabalhistas”. E acrescenta que

[...] no quadro geral dos procedimentos justificadores, apenas confirmam a regra do argumento protecionista o qual, de maneira sumária, podemos indicar pelos seguintes axiomas: 1) dadas situações materialmente desiguais, entre os protagonistas da relação de emprego; e 2) dados os objetivos de equidade pelos quais se pauta o direito = logo; 3) deve o direito tratar situações desiguais por preceitos simetricamente desiguais; e, por conseguinte, 4) proteger o trabalho, e seu ator, o ‘hipossuficiente’, contra os efeitos perversos de sua mercantilização; de modo a 5) revigorar a dimensão solidária com que se supõem atendidas as condições necessárias à estabilidade da Ordem Pública.⁶³

Há quem defenda que, ao igualar o prazo prescricional para trabalhadores urbanos e rurais, praticou-se o princípio da Igualdade. Todavia, é necessário lembrar que, em se tratando de

⁶³ FREITAS JÚNIOR, A. R. *Os direitos sociais e a Constituição de 1988: crise econômica e políticas de bem-estar*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

condições diferentes, o que iguala é justamente o tratamento desigual. Dworkin anota que

[...] as pessoas não começam suas vidas em termos iguais; alguns partem com acentuada vantagem de riqueza de família ou educação formal e informal. Outros sofrem porque sua raça é desprezada. A sorte desempenha um papel adicional, muitas vezes devastador, na decisão de quem obtém ou mantém empregos que todos desejam. Além dessas desigualdades inequívocas, as pessoas não são iguais em habilidade, inteligência ou outras capacidades inatas; pelo contrário, divergem muito, não por escolha própria, nas várias capacidades que o mercado tende a recompensar. Assim, algumas pessoas que estão totalmente dispostas, mesmo ansiosas, a fazer exatamente as mesmas escolhas de trabalho, consumo e economia que outras pessoas fazem, acabem com menos recursos, e nenhuma teoria plausível da igualdade pode aceitar isso como algo justo. Esse é o defeito do ideal fraudulentamente chamado de ‘igualdade de oportunidade’: fraudulento porque, numa economia de mercado, as pessoas menos capazes de produzir o que as outras querem não têm igual oportunidade.⁶⁴

Noutra obra – *Levando os direitos a sério* –, Dworkin registra que a Constituição funde “questões jurídicas e morais”, de modo

⁶⁴ DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 308.

que “a validade” de uma lei dependa da “resposta a problemas morais complexos”, a exemplo do problema de investigar “[...] se uma determinada lei respeita a igualdade inerente a todos os homens.”⁶⁵ Ao concluir o capítulo intitulado “Levando os direitos a sério”, Dworkin ressalta que a instituição requer um “ato de fé por parte das minorias”, cujo alcance de seus direitos “[...] será controverso sempre que forem direitos importantes” e, ainda, porque “[...] os representantes da maioria agirão de acordo com suas próprias noções do que realmente são esses direitos”. E conclui:

O governo não irá restabelecer o respeito pelo direito se não conferir à lei alguma possibilidade de ser respeitada. Não será capaz de fazê-lo se negligenciar a única característica que distingue o direito da brutalidade organizada. Se o governo não levar os direitos a sério, é evidente que também não levará a lei a sério.⁶⁶

Nesse raciocínio, pode-se averiguar que as condições que cercam o trabalho no campo e o trabalho na zona urbana são diferentes. Logo, ao igualar o prazo prescricional, a Emenda Constitucional 28 pecou por ter retirado direito atribuído ao rurícola pelo poder constituinte originário. Assim, violou direito fundamental desse trabalhador, em flagrante violação à cláusula pétrea, porque praticou inegável desigualdade. Vale dizer, desigualou ao igualar os prazos prescricionais.

Até o momento, o TST não julgou inconstitucional a Emenda 28/00, e as decisões acerca da prescrição dos rurícolas têm

⁶⁵ DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 285

⁶⁶ *Ibid.*, p. 314.

sido tomada com base em sua validade, pois está inserida no texto constitucional. Todavia, o Tribunal do Trabalho da 9ª Região julgou, incidentalmente, pela inconstitucionalidade, conforme se lê no acórdão publicado nos autos TRT-PR-RO-05721/2002, julgado em 22/12/2002, cujo teor se transcreve:

A autora sustenta que, no momento da ruptura contratual, em 11/12/99, a Emenda Constitucional nº 28, de 25/5/00, não estava em vigor, o que impede seja declarada a prescrição quinquenal para rural. Requer sejam estendidos os efeitos da condenação para todo o período de unicidade contratual, de 4/9/89 a 11/12/99. Transcreve jurisprudência a seu favor (fls. 232/234).

Vejamos.

A autora era empregada rural e seu contrato de trabalho, reconhecido como único, vigorou entre 4/9/89 e 11/12/99. A circunstância de haver ajuizado esta ação em 14/8/2000 não impõe aplicação automática dos termos da Emenda Constitucional nº 28, de 25.05.2000, quanto à prescrição.

A prescrição quinquenal mencionada na alínea 'b', do inciso XXIX, do art. 7º, da Constituição Federal, com o acréscimo da redação da EC nº 28/2000 não se aplica ao caso em tela uma vez que não retroage para alcançar situações pretéritas.

A inovação introduzida naquele dispositivo mostra-se, em meu entender, inconstitucional, vez que elaborada ao arrepio do texto contido no artigo 60, § 4º da Carta Política. Mas, ainda que assim não seja, e que goze de eficácia imediata, esta incide sobre os contratos de trabalho em vigor na data da publicação, mas não atinge os contratos de trabalho extintos em data anterior a 26-05-2000, como o caso 'sub examem'.

Assim, reformo a sentença para rejeitar a aplicabilidade da Emenda Constitucional nº 28/00, e declarar a imprescritibilidade do direito de ação quanto ao contrato iniciado em 4/9/89 e findo em 11/12/99.

Por outro lado, quando não declarada a inconstitucionalidade da Emenda 28-00, as decisões majoritárias dos tribunais têm sido no sentido de que com a alteração do artigo 7º, XXIX, da CF/88, aplica-se a prescrição quinquenal aos rurícolas somente a partir de 25/5/2005, uma vez que antes daquele primeiro instante (25/5/2000, data da Emenda) não corria a prescrição.

Decisão do TRT da 9ª Região há no sentido de que, na hipótese de reclamação iniciada em 9/12/1999 e referente a contrato de trabalho vigente entre novembro de 1985 a agosto de 1999, o novo texto não se aplica, pois trata-se de contrato encerrado antes do advento da Emenda Constitucional 28-00.

Entende-se que a prescrição constitui instituto de direito material, configurando ato jurídico protegido pelo direito

adquirido, que abrigou os empregadores, quando a Constituição ampliou, de dois para cinco anos, o prazo prescricional do direito de ação do trabalhador urbano.

Parte abalizada da doutrina embasa o posicionamento adotado pelos tribunais, conforme se pode ler em artigo de Gustavo Filipe Barbosa Garcia, para quem

*[...] apenas quanto às lesões de direitos – que são fatos – ocorridas a partir da vigência da emenda constitucional (26.05.2000) é que esta opera efeitos. Se for aplicada a norma constitucional com relação às lesões de direito operadas antes da sua vigência, será cristalina a retroação de seus efeitos, o que figura-nos intolerável e inconstitucional.*⁶⁷

Mas deve ser registrada a existência de pensamento em contrário, a exemplo do adotado por Luiz Geraldo Floeter Guimarães, para quem a tese de inaplicabilidade imediata da EC 28/00 deve ser revista, ou ao menos repensada pelos defensores de tese inversa. Para esse autor, o prazo prescricional criado para o rurícola na emenda em debate só deve deixar de ser aplicada “[...] para os empregados rurais que já haviam proposto a respectiva reclamação trabalhista antes da entrada em vigor da nova norma.”⁶⁸

Resta comungar do pensamento de Uadi L. Bulos, para quem nosso país “[...] nunca precisou tanto de seus juízes como

⁶⁷ GARCIA, G. F. B. Ainda e sempre: a Emenda Constitucional 28/2000. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 28, n. 106, p. 55-64, abr./jun. 2002.

⁶⁸ GUIMARÃES, L. G. F. Prescrição: trabalhador rural. *Revista Justiça do Trabalho*, v. 19, n. 225, p. 56-59, set. 2002.

agora”. Vivemos época que não inspira otimismo, pois há fome, falta de escolas, há crise moral, há degradação da família. Nesse contexto,

[...] a esperança que nunca deserta da vida, faz voltarem-se os olhos para a nova geração de magistrados brasileiros, porque só de sua energia e lucidez poderemos sacar o resgate de nossa sociedade.

O autor indaga se há razões alimentadoras dessa esperança e descreve razões para resposta tanto positiva quanto negativa. Nesta, aponta a inflação legislativa e as “reformas inoportunas e despropositadas” ocorrendo num país em que “tudo é nivelado por baixo” e o respeito ao homem é quase inexistente. Nossos legisladores ainda estão no período da “programaticidade” dos comandos constitucionais positivados. No rol da resposta positiva, Bulos explica existirem aqueles que “[...] se entregam operosamente ao preparo profissional, superando com perseverança as notórias deficiências da Universidade que lhes é oferecida.” E conclui afirmando que são esses “[...] os juizes do terceiro milênio, que continuarão a desafiante proposta de explorar as potencialidades da Constituição, no intuito de mantê-la entre as regras vivas!”⁶⁹

7 CONCLUSÃO

Um sistema de direitos, caso queira regular a convivência pacífica com os meios legítimos do Direito positivo há que se respeitar a autonomia privada e pública dos cidadãos e contemplar seus direitos fundamentais. Assim advoga Emilia Sako:

⁶⁹ BULOS, U. L. Cláusulas péticas na Constituição de 1988. *Revista Trabalho & Doutrina*, São Paulo, n. 21, p. 164, jun. 1999.

Somente o respeito às regras jurídicas, a começar pelo próprio poder constituinte, pode propiciar a harmonia do sistema jurídico, manter a dignidade do direito positivo, e propiciar sua obediência pacífica.⁷⁰

Ao elaborar ou alterar leis, o legislador tem que respeitar as liberdades subjetivas, os direitos adquiridos e o ato jurídico perfeito. Além disso, há necessidade de atuar dentro dos limites estabelecidos no ordenamento e observar que o direito de cada um deve conviver com o de todos e vice-versa.

Na mesma obra mencionada, a lição de Emilia Simeão Albino Sako é no seguinte sentido:

As categorias de direitos do art. 7º da Constituição são fundamentais sob o prisma social, resultam da configuração autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas e de ação garantidas pelo Estado. Da noção de direitos fundamentais decorrem os direitos sociais, fundados nos valores igualdade, liberdade e dignidade humana. São direitos que o Estado tem o dever de manter, assegurar, concretizar, respeitar, e determinar observância às limitações impostas pelo poder constituinte originário.

A autora registra, ainda, que “os direitos sociais são reflexos da ordem jurídica protetora” e a garantia de imutabilidade assegura aos indivíduos “proteção contra as intromissões de terceiros e do

⁷⁰ SAKO, E. S. A., op. cit., p. 204-206.

próprio legislador, na medida em que foram instituídos para assegurar ao homem, e não apenas ao trabalhador, uma existência digna.”

Segundo Emília Sako,

[...] a desregulamentação, a flexibilização de normas, a tolerância às alterações constitucionais vedadas, são alguns fatores que têm permitido os freqüentes atentados à dignidade humana e aos direitos fundamentais do homem. (...) não se pode permitir, sem críticas, que o poder constituinte derivado, que não se confunde com o originário, ignore os limites traçados pelo ordenamento constitucional e infrinja ataques aos direitos fundamentais e sociais postos na Constituição, ou a quaisquer outros, sobrepondo-se à ordem legal.

Sempre se deve ter em mente que a Constituição prima pelo princípio democrático e que realizar ideais democráticos exige respeito absoluto à pessoa humana e à sua dignidade. Numa verdadeira democracia, os direitos individuais, coletivos, sociais, políticos, sem prejuízo dos demais, devem ser sagrados.

Emília Sako anota: “A construção da democracia requer o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana – liberdade, igualdade, existência digna, solidariedade.”

O constituinte é invariavelmente mais progressista que o legislador ordinário. Tal fato dá relevo às potencialidades do Direito Constitucional e a suas possibilidades interpretativas. Sem

abrir mão de uma perspectiva questionadora e crítica, é possível, com base nos princípios maiores da Constituição e nos valores do processo civilizatório, dar um passo à frente na dogmática constitucional. Cuida-se de produzir um conhecimento e uma prática asseguradores das grandes conquistas históricas, mas igualmente comprometidos com a transformação das estruturas vigentes. O esboço de uma dogmática autocrítica e progressista deve ajudar a ordenar um país capaz de gerar riquezas e distribuí-las adequadamente.⁷¹

Comungamos da sábia lição de Canotilho, para quem a idéia de superioridade do poder constituinte não pode terminar na

[...] idéia de *constituição ideal*, alheia ao seu ‘plebiscito cotidiano’, à alteração dos mecanismos constitucionais derivados das mutações políticas e sociais e indiferente ao próprio ‘sismógrafo’ das revoluções.

O autor alerta, todavia, que o legislador constituinte pode exigir, na “revisão” a “[...] *solidariedade* entre os princípios fundamentais da constituição e as idéias constitucionais positivadas pelo poder de revisão.”

Numa última palavra, Canotilho, invocando M. Nogueira de Brito, encerra o capítulo que trata da rigidez constitucional e Garantia da Constituição exprimindo a idéia que esta monografia buscou acender: “[...] a revisão” – expressão aqui lida como as reformas constitucionais por meio de emendas – “não poderá violar os ‘limites definidores da identidade substancial imposta pelo tipo

⁷¹ BARROSO. L. R. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 293.

de democracia constitucional que caracteriza o ordenamento sem causa.”⁷²

De qualquer modo, certo é que a Emenda 28/00 estabeleceu um prazo diferenciado de prescrição do direito de ação para reclamar créditos decorrentes do contrato de trabalho rural. Com isso, feriu de maneira absoluta o princípio da isonomia material, tratando de forma igual situações desiguais, ou ainda por ter suprimido por meio de Emenda direito fundamental do trabalhador rural – acesso à Justiça, reduzindo o tempo de prescrição para o ajuizamento da ação enquanto vigente o contrato – quando o trabalhador se encontra moral e economicamente coagido perante o empregador, o que o impede reivindicar eventuais direitos, dos quais sequer tem conhecimento. A EC 28 atenta contra o princípio do acesso à Justiça, violando inclusive a proibição constante do § 4º, inciso IV, do artigo 60, do Texto Maior.⁷³

Conclui-se este trabalho com a esperança de que todos os direitos e garantias estabelecidas em 1988 aos trabalhadores sejam respeitados em sua integralidade e jamais violados, especialmente sob o falso manto da flexibilização ou da igualdade.

REFERÊNCIAS

⁷² CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina. p. 1.043-1.044.

⁷³ SILVA, A. A. da. Prescrição do trabalhador rural após a Emenda Constitucional nº 28/2000. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Síntese, ano 67, n. 1, p. 53-88. mar. 2001.

ANDRADE, D. G. Cláusulas péticas. Site www.mg.trt.gov.br/Consultas/jurisprudência/revista.htm. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte, MG - Brasil, ano 1, n. 1 - 1965 - 1999. Semestral. nº 60.

AZEVEDO, P.F. Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

BARROSO, L. R. Interpretação e Aplicação da Constituição. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil Anotada e Legislação Complementar. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, C. R. Curso de direito constitucional. 22. ed. - São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, P. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo : Malheiros, 2002.

BONAVIDES, P. História constitucional do Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília - DF. 1. ed. Gráfica do Senado, 1988.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 33. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BULOS, U. L. Constituição Federal Anotada. 4ª ed. - São Paulo: Saraiva. 2002.

_____. Cláusulas Pétreas na Constituição de 1988. Revista Trabalho & Doutrina, São Paulo: Saraiva, n. 21, jun. 1999.

_____. Repercussão das Reformas Constitucionais no Direito Adquirido do Trabalhador. São Paulo: Synthesis, Revista Semestral n. 25, 1997.

CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional e teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

DALLEGRAVE NETO, J. A. Inovações na Legislação Trabalhista. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

DWORKIN, R. Levando os Direitos a Sério. Tradução e notas Nelson Boeira. - São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Uma Questão de Princípio. Tradução de Luís Carlos Borges. 1. ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FREITAS JÚNIOR, A. R. Os Direitos Sociais e a Constituição de 1988: Crise Econômica e Políticas de Bem-Estar. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993

GARCIA, G. F. B. Ainda e sempre: A Emenda constitucional 28/2000. Revista de Direito do Trabalho (São Paulo). São Paulo: v.28, n.106. abr.jun./2002.

GUIMARÃES, L. G. F. Prescrição: Trabalhador Rural. Revista Justiça do Trabalho, v. 19, n. 225. set./2002.

GUNTHER, L. E.; ALCURE NETO, N. Prescrição de Créditos do Trabalhador Rural. Revista de Direito Trabalhista - RDT, n. 4, ano 7, 2001.

KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1979.

LAGELÉE, G. e VERGNAUD, J. L. FÉDÉRATION FRANÇAISE DES CLUBS UNESCO - LIGUE DES DROITS DE L'HOMME. La Conquête des Droits de L'Homme - Textes Fondamentaux. Collection "Documentaire". Paris: Le Cherche midi éditeur, 1988.

MALLET, E. A Prescrição na Relação de Emprego Rural após a Emenda Constitucional n.28. São Paulo : LTr. 64, n. 08, 2000.

MORAES, A. de. Direito Constitucional. 5ª, 13ª e 15. ed. São Paulo: Atlas, 1999 e 2004.

_____. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PINHO, L. de O. Princípio da Igualdade: investigação na Perspectiva de Gênero. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

REALE, M. O estado democrático de direito e o conflito de ideologias. São Paulo: Saraiva, 1998.

SAKO, E. S. A. Artigo 7º da Constituição Federal – Cláusula Pétrea – A Inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 28, de 25 de maio de 2000, que alterou o prazo de prescrição do trabalhador rural. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba. a. 28, n. 49, jan./jun. 2003.

SALOMON, D. V. Como Fazer uma Monografia. 10. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SANCHES, V. K. de C. Aspectos polêmicos acerca da prescrição do trabalhador rural após a emenda constitucional 28. *Revista do TRT 9º Região*, Curitiba, ano 27, n. 48.

SARLET, I. W. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, J. A. da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, A. A. da. Prescrição do Trabalhador Rural após a Emenda Constitucional 28/2000. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Síntese*. ano 67 - nº 1 - jan a mar-2001.

SÜSSEKIND, A. Direito Constitucional do Trabalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEMER, M. Elementos de direito constitucional. 18 ed. São Paulo : Malheiros, 2002