

AS EMENDAS À CONSTITUIÇÃO, AS CLÁUSULAS PÉTREAS E O DIREITO ADQUIRIDO

PINTO FERREIRA

I — O reforço ao princípio do direito adquirido na Constituição brasileira de 1988

As Constituições têm um conteúdo deontológico, orientadas por um princípio de conteúdo ético, como a justiça, o direito, a liberdade, a segurança, a estabilidade das relações jurídicas, que caracterizam o primado do Estado Social, a que se inclinam os tempos modernos. Somente este primado, em que a ordem constitucional é obedecida pelos governantes e governados, permite um progresso permanente, é uma força de contenção contra o arbítrio e a ilegalidade, é uma defesa do cidadão perante o Estado.

É esta a razão pela qual as Constituições modernas, de uma forma diferente do antigo constitucionalismo, colocam geralmente nos seus Títulos iniciais, tanto os princípios fundamentais como os direitos e garantias fundamentais, mostrando que o Estado deve atender aos preceitos estabelecidos nos mesmos. O Título II da Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988 trata dos direitos e garantias fundamentais, abrangendo em um dos capítulos os direitos individuais e coletivos, e noutro os direitos sociais.

O art. 5º da Constituição federal em seu inciso XXXVI, estabelece: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

Tal artigo está acoplado na mesma Constituição ao art. 60, § 4º, prevendo as cláusulas pétreas e insuscetíveis de emenda, a saber:

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I — a forma federativa de Estado; II — o voto direto, secreto, universal e periódico; III — a separação dos poderes; IV — os direitos e garantias individuais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a primeira a densificar e concretizar um *reforço ao direito adquirido*. Uma emenda à Constituição podia em épocas anteriores afrontar o direito adquirido, contudo tal concretização com reforço e uma hierarquia dentro do próprio ordenamento constitucional levam a apreciar um sentido específico de defesa do direito adquirido, à exemplo do que aconteceu em outras Constituições atuais como as da República Federal da Alemanha e da República Portuguesa com a enumeração de suas cláusulas pétreas.

II — A definição do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito

O direito adquirido é amplamente protegido e assegurado no texto constitucional.

Gabba estabeleceu em seu sempre citado livro *Teoria da retroatividade das leis* o seguinte conceito de direito adquirido: “É adquirido todo o direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei no tempo no qual o fato consumado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo direito; e que b) nos termos da lei sob cujo império se firmou o fato do qual se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu”.⁽¹⁾

Direito adquirido é a vantagem jurídica, líquida, certa, lícita, concreta, que a pessoa obtém na forma da lei vigente e que se incorpora definitivamente e sem contestação ao patrimônio de seu titular, não lhe podendo ser subtraída para vontade alheia, inclusive dos entes estatais e seus órgãos.⁽²⁾

No direito alemão, é chamado de *erworbene Recht* (sobre o assunto existindo a obra de Ferdinand Lassalle) intitulada *Das System der erworbenen Recht* (Leipzig, 1861). No direito norte-americano, é designado por *vested right*. Assim o define Black em seu *Dicionário de direito*: “Um direito completo e consumado, de tal caráter que não pode ser desconstituído sem o consentimento da pessoa a que pertence, e fixado ou estabelecido, e nunca mais aberto a controvérsia” (State ex rel. Milligan v. Ritter’s State, Ind. App. 46 N.E. 2s 736, 743).⁽³⁾

A coisa julgada é outra garantia constitucional prevista para manter a segurança e certeza das relações jurídicas. O nome procede de *res judicata*. No direito norte-americano a Emenda V estabelece que “ninguém será julgado duas vezes pela mesma ofensa”. Determinados juristas denominam tal remédio como proibição do duplo risco (*double jeopardy*); no direito constitucional norte-americano, é a versão saxônica do *ne bis in idem*. É tida como a variedade

do *due process of law* ou “mesmo uma variante do respeito à *res judicata*”, na concepção anglo-americana.⁽⁴⁾ Os casos dominantes ou casos *leading* na espécie são *United States v. Lanzi* (260 U.S. 377, julgado em 1922) e *Jerome v. United States* (318 U.S., de 1943).

A coisa julgada, no direito pátrio, é “a decisão judicial de que já não caiba recurso” (LICC, art. 6º, § 3º). Ela se caracteriza pela sua imutabilidade, irrevocabilidade e inimpugnabilidade.

No mesmo sentido define Black em seu *Dicionário de direito* (p. 1.174): corresponde a uma decisão final.⁽⁵⁾

Finalmente, o ato jurídico perfeito é “o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou” (LICC, art. 6º, § 1º). No sentido genérico, ato jurídico é toda manifestação lícita de vontade que tenha por fim criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica, entende Limongi França. Preceitua o Código Civil, art. 81: “Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”. (6)

III — O princípio da irretroatividade da lei na legislação infraconstitucional e na legislação constitucional

A norma constitucional refere-se à regra de superdireito ou sobredireito, que o direito alemão chama *Ueberrecht*. O superdireito tem por finalidade editar regras com objetivo de solucionar os conflitos de leis no tempo.

A Constituição norte-americana de 1787 (art. 1º, seção 9, n. 3) proibiu a lei *ex post facto*, o que significa a vedação do seu efeito retrooperante.⁽⁷⁾

A lei não retroage, no direito brasileiro, para ofender o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Black no seu *Dicionário de direito* usa as expressões leis *ex post facto*, leis retrospectivas (*retrospective laws*) e lei retroativa (*retroactive law*) como sinônimas.

Lei retroativa é a lei que olha o passado e procura afetar e atingir fatos já ocorridos, atingindo destarte direitos adquiridos, denominados *vested rights* no direito norte-americano.

A irretroatividade é um princípio de direito pelo qual a lei nova não pode retroagir os seus efeitos ao passado com relação direito adquirido, à coisa julgada e aos atos jurídicos perfeitos.

Ribas⁽⁸⁾ já ensinava que “a não-retroatividade das leis não consiste na sua absoluta inaplicabilidade aos casos pretéritos, processos pendentes, e sim antes

no respeito aos direitos adquiridos”. Com isto busca-se a certeza da relação jurídica e a garantia de segurança dada ao cidadão.

O Estado pode determinar leis retroativas, pois as circunstâncias sociais e históricas se modificam. Os entes estatais podem editar normas com eficácia retroativa ou com efeito retrooperante, mas desde que não firam o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito protegidos constitucionalmente pela *lex legum*.

As leis têm geralmente eficácia prospectiva, pois o Estado edita regras jurídicas para disciplinar relações jurídicas futuras. Os fatos passados ou pretéritos fogem normalmente ao domínio normativo da lei (RT, 299:478). Não se presume por consequência a eficácia retroativa da lei, que nunca pode lesar o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, pois tal eficácia é excepcional (RT, 218:247; 102:72, 153:695 e 144:166).

A Constituição do Império do Brasil (art. 179 já proibia o efeito retroativo da lei. Os grandes mestres do direito brasileiro — Teixeira de Freitas (no Esboço); Nabuco de Araújo (no Anteprojeto de CC, art. 7º); Felício dos Santos (no Anteprojeto de CC, art. 7º); Coelho Rodrigues (no Anteprojeto de CC, art. 5º); e Rui Barbosa (no art. 11, § 3º, da Constituição de 1891), vedando tanto, à União como aos Estados prescrever leis retroativas apresentam em síntese o conceito a que chegou a fórmula brasileira do direito intertemporal.

O princípio da irretroatividade das leis tem longa história, analisada por Limongi França em obra magistral intitulada *Direito intertemporal brasileiro* e por Francisco dos Santos Amaral Neto, que aprecia o problema da irretroatividade das leis.⁽⁹⁾

No direito romano o princípio da irretroatividade se consolida com os fundadores do *jus civile*. Cícero condenava veementemente as leis retroativas nas suas famosas *Verrinas*.

Com Ulpiano (D. 38, 17, 1, 12) aparece bem nítida a distinção entre *causae finitae*, entendidas como relações jurídicas definitivamente estabelecidas e a salvo da aplicação e incidência da nova lei, e *causae pendentes*, contra as quais incidiria a nova lei.

Posteriormente surge a Primeira Regra Teodosiana, em 393 d.C., contida na Constituição de Teodósio I; e, em 440 d.C., a Segunda Regra Teodosiana, de Teodósio II. A matéria foi disciplinada no Código de Justiniano (i, XIV, 7).

Paul Roubier sintetiza com precisão o princípio da irretroatividade conforme a orientação romanística: 1) a irretroatividade apresenta-se como regra definitiva; 2) a lei aplica-se somente aos casos futuros (*negotia futura*), não aos fatos passados ou pretéritos (*facta praeterita*); 3) a lei não se aplica aos fatos pendentes, salvo disposição expressa.

Delimitou-se destarte com extrema precisão a distinção entre as noções de *facta praeterita*, *facta futura* e *facta pendentia*.

O Código Civil francês prescreve no art. 2º: “A lei não dispõe senão para o futuro; ela não tem efeito retroativo”. O Código Civil austríaco de 1811 (art. 5º) determina: “As leis não retroagem; não têm, conseqüentemente, nenhum efeito sobre os atos anteriores e sobre os direitos anteriores adquiridos.”

Afinal a Constituição Federal norte-americana encerrou com chave de ouro o princípio, consagrando a impossibilidade de se editarem leis retroativas (art. 1º, Seção IX, 3). Como informa Francisco dos Santos Amaral Neto (*Irretroatividade das leis*, in Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 46, p. 243): “Tem essa legislação o mérito de atribuir caráter constitucional ao princípio da irretroatividade das leis, impondo-se tanto ao legislador quanto ao juiz.”

Diversas obras de importâncias foram escritas sobre o problema da irretroatividade das leis, destacando-se Gabba, Roubier⁽¹⁰⁾, Chironi e Abello, Boncasse, Planiol, Aubry e Rau, Windscheid e Dernburg, entre outros; e, no Brasil, Limongi França.

A teoria de Chironi⁽¹¹⁾, denominada teoria dos fatos consumados (*fatti compiuti*), desenvolve os seguintes princípios: a) o ato jurídico realizado é regulado pela lei do tempo em que se efetivou, no que diz respeito às suas condições de existência; b) o ato realizado (*atto compiuto*) abrange todos os termos essenciais que a lei ou a vontade das partes determinar, as quais deverão também estar subordinadas à lei da época do ato (*tempus regit actum*).

Toma, assim, plenitude nos séculos XIX e XX, e agora até nas Constituições, a noção de *causae finitae* de Ulpiano e Paulo.

A teoria desenvolvida por Paul Roubier é mais recente, exposta nos livros *O direito transitório* e *O conflito das leis no tempo*, obras básicas atuais.

O direito intertemporal é um conjunto de normas que regem o impacto, no tempo, de normas que visam regular preceitos sobre o mesmo fato. As normas jurídicas existem no espaço e no tempo, têm uma validade espacial e temporal. Quando uma norma jurídica se torna obrigatória, é ela aplicável em determinado território e incide no tempo.

A lei é também um ente temporal, que possui uma duração, um princípio e um fim; está condicionada à sua existência no tempo, com o termo *a quo*, que é o de início de sua vigência, e o termo *ad quem*, que é o de sua revogação.⁽¹²⁾

O princípio básico do direito intertemporal é o da irretroatividade da regra jurídica, que Roubier assinala ter entrado “para o patrimônio comum dos povos civilizados” (*O direito transitório*, 2ª, ed., Paris, 1960, p. 22).

A norma jurídica não se aplica ao passado, aos fatos pretéritos, pois seria adotar o seu efeito retroativo. Ela visa aplicar-se aos fatos futuros, tem um efeito prospectivo.

A aplicação da norma jurídica aos fatos pendentes é motivo de exame mais aprofundado.

Ensina Roubier: “Se a lei pretende aplicar-se a fatos já ocorridos (*facta praeterita*), ela é retroativa; se pretende aplicar-se a situações em curso (*facta pendentia*), será preciso estabelecer uma separação entre as partes anteriores à data de mudança de legislação, que não poderiam ser atingidas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova, se deve ser aplicada, não terá jamais um efeito imediato; enfim, em face dos fatos por vir (*facta futura*), é claro que a lei não pode jamais ser retroativa”.

A lei nova não deve aplicar-se às “partes anteriores a mudança”, pode atingir “as partes posteriores”, porém sempre resguardando o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI, e LICC, art. 6º).

Discute-se, porém, se pode haver efeito retroativo quando se trata de leis de ordem pública, isto é, leis que tutelam e protegem interesses fundamentais do Estado ou da sociedade.

No direito anterior, Lafayette, grande civilista e juriconsulto brasileiro, sustentava a retroatividade das leis quando fosse apenas de administração e de ordem pública, em estudo publicado no princípio do século⁽¹³⁾. Esta interpretação não mais pôde perdurar desde o Código Civil de 1916 e o advento do regime constitucional brasileiro de 1946.

Contudo, a idéia de aplicação da lei retroativa quando se refere à ordem pública não parece correta.

É o que leciona Roubier (*O direito transitório*, cit., p. 83): “A idéia de ordem pública não pode ser posta em oposição ao princípio da não-retroatividade da lei, por este motivo decisivo de que, numa ordem jurídica fundada sobre a lei, a não-retroatividade é uma das colunas da ordem pública.”

As leis de ordem pública, que salvaguardam altos interesses sociais e estatais, têm aplicação imediata. Nelas, a irretroatividade só ocorre quando for expressa, sem gerar a desigualdade social e jurídica e sem provocar violação do direito adquirido.

Tal pensamento já se expressou no velho direito lusitano, com o Alvará Régio de 3 de novembro de 1757 sobre locações, normatizado por causa dos efeitos do terremoto ocorrido em Lisboa naquele ano (v. a respeito Limongi França, *Direito intertemporal brasileiro*, São Paulo, 1967, p. 487).

A teoria das situações jurídicas, nome dado à concepção de Roubier sobre o problema da irretroatividade das leis, apresenta-se assim com características

inconfundíveis, resumidas por Francisco dos Santos Amaral Neto (*Irretroatividade das leis*, in Enciclopédia, cit., v. 46, p. 244-5):

a) a base fundamental do conflito das leis no tempo é a distinção entre o efeito retroativo e o efeito imediato das leis. O efeito retroativo significa a aplicação da lei a fatos realizados (*facta praeterita*), enquanto o efeito imediato é a aplicação da lei no presente;

b) a lei nova não tem efeito retroativo, ela disciplina somente o futuro (CC francês, art. 2º; CC brasileiro, art. 6º; e CF do País, art. 5º, XXXVI). A aplicação da lei nova a fatos pendentes (ou situações em curso) exige uma separação no tempo entre as partes anteriores, que não podem ser atingidas sem que a lei retroaja, e as partes posteriores, a que se aplica a lei nova;

c) não existe retroatividade tácita, pois a lei não retroage quando se declara expressamente o seu efeito retroativo;

d) a concepção de Roubier utiliza o conceito de situação jurídica, que entende como o complexo de direitos e deveres de uma pessoa, unilateral e oponível *erga omnes* (*O direito transitório*, cit., p. 181);

e) as leis que alongam a duração de um prazo aplicam-se imediatamente ao prazo em curso. As leis que o abreviam e encurtam são aplicáveis imediatamente, mas sob a condição de se contar o novo prazo somente a partir da lei nova. Contudo, a lei antiga será mantida se permitir que o prazo se escoe antes;

f) as leis novas não têm efeito sobre os contratos em curso;

g) a lei nova só atinge e alcança situações não regidas pela lei anterior. Em caso de ocorrência de situações jurídicas provenientes de fontes diversas, cada uma das situações jurídicas deve atender à competência da lei correspondente ao momento de sua constituição, de seus efeitos ou de sua extinção;

h) a lei vigente, no dia da sentença constitutiva, aplica-se tanto a essa decisão como ainda às provas judiciais. Já a prova pré-constituída e as presunções legais são disciplinadas pelas leis que regem os fatos a serem provados (Francisco dos Santos Amaral Neto, *Irretroatividade das leis*, in Enciclopédia, cit., v. 46, p. 244-5). O mesmo Francisco dos Santos Amaral Neto informa ademais que o direito brasileiro aceitou de Roubier apenas o princípio do efeito imediato e geral da lei nova.

Retroatividade e prospectividade da lei se contrapõem. A regra do direito norte-americano de que uma lei escrita deve operar apenas prospectivamente e não retrospectivamente é geralmente admitida (Weiler, v. *Dry Dock Saving Institution*).

No direito brasileiro, pela legislação vigente, domina o princípio da irretroatividade, pois a lei só é retroativa quando assim o declara expressamente,

mas nunca poderá ferir o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

É de relembrar porém a existência de uma retroatividade virtual como no caso de leis penais benéficas. Estas, que favorecem os réus, são retroativas, como nos casos de *abolitio criminis* e de *novatio legis*. Tal se dá por expressa determinação constitucional, como ocorre na Constituição vigente (art. 5º, XL). A eficácia retroativa da *lex mitior* pode ainda incidir sobre a coisa julgada, mesmo naqueles casos já julgados por sentença penal condenatória irrecorrível, pois a irrecorribilidade é elemento substancial do conceito da coisa julgada. Quando a lei penal nova beneficia o fato já com força de coisa julgada, o caso constitui incidente de execução, a ser conhecido e decidido pelo Juízo de Execuções Criminais (RTJ, 87:477, 87:477, 87:1067 e 90:451; Súmula 611 do STF, mencionada por José Celso de Mello Filho, *Constituição federal anotada*, cit., p. 432). É preciso também lembrar que atos ilegais não geram direitos adquiridos; assim, não pode haver direito adquirido fundamentado em ato ilegal (RF, 166:181; 188:110 e 188:117; RDA, 62:93).

Resta também considerar o problema da eficácia revogatória da Constituição e das emendas constitucionais. Uma Constituição nova é elaborada por um poder constituinte originário pode tudo revogar, incluindo o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, visto que tem eficácia revocatória completa.

Diferentemente ocorre com as emendas à Constituição, possibilitando duas alternativas: a) quando a emenda à Constituição não fere cláusulas pétreas, como aconteceu no regime constitucional anterior, elas podem violar o direito adquirido; b) quando a emenda à Constituição pretende violar os direitos adquiridos e estão estes protegidos por cláusulas pétreas, é vedado o poder de atingir, o direito adquirido. Neste segundo caso o direito adquirido deve ser obtido diante de um critério de legalidade:

“Não pode haver direito adquirido contra preceito expresso da Constituição” (RDA, 24:57 e 54:215).

No direito constitucional anterior ao da Constituição de 1988 as emendas à Constituição também podiam revogar direito adquirido.

Conforme o pensamento de Francisco Campos, não podem vigorar, “paralela e simultaneamente, a Constituição e direitos contrários à Constituição” (Pareceres da Consultoria-Geral da República, v. 29, p. 386). O Min. Carlos Medeiros da Silva proferiu o seguinte voto no Supremo Tribunal Federal: “O argumento de que a Emenda Constitucional teria ferido a coisa julgada, mas a Emenda Constitucional pode fazê-lo. Isto é pacífico e, a meu ver, não oferece

margem a controvérsias” (RDA, 90:248). O eminente jurisconsulto José Celso de Mello Filho também se orienta no mesmo sentido, em sua obra *Constituição federal anotada* (cit., p. 431): “A incidência imediata das normas constitucionais, todas elas revestidas de eficácia derogatória das regras e dos atos dotados de positividade jurídica inferior, não permite que se invoque contra elas qualquer situação juridicamente consolidada. Assim, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, embora imunes à ação legislativa ordinária, que não poderá afetá-los, mostram-se irrelevantes em face da inquestionável supremacia formal e material das regras constitucionais. No mesmo sentido opinam Barbosa Lima Sobrinho e Pontes de Miranda, este último em seus *Comentários à Constituição de 1967* (v. 6, p. 376). Seria afinal conveniente ultimar esta discussão com o voto do Min. Djaci Falcão, no julgamento da representação (RP 85) feito contra a Assembléia Legislativa do antigo Estado da Guanabara: “Com efeito, é pacífico, entre os constitucionalistas, que as normas constitucionais se aplicam de imediato, sem que se possa invocar contra elas a figura do direito adquirido. Mesmo nas Constituições que vedam ao legislador ordinário a edição de leis retroativas, declarando que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, esse preceito se dirige apenas ao legislador ordinário, e não ao constituinte” (RTJ, 68:13).

Tal raciocínio de aplica evidentemente e de forma correta às legislações constitucionais anteriores, que não dispunham de cláusula pétrea protetora do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, raciocínio justo emitido por respeitados juristas.

Atualmente a cláusula pétrea que protege o direito adquirido é de uma norma com uma hierarquia superior à hierarquia das demais normas constitucionais, porque a ordem jurídica constitucional se articula em esferas hierarquicamente subordinadas, há também um escalonamento de grau no corpo da Constituição.

IV — As cláusulas pétreas como força de contenção e de reforço contra a violação do direito adquirido

Algumas constituições não dispõem de cláusulas pétreas se apresentando como reforço de contenção das tentativas dos poderes constituídos de violação do direito adquirido. Assim acontecia com as Leis Magnas anteriores do País, porém hoje à maneira inversa a Constituição de 1988 estabeleceu este bloqueio intransponível à violação do direito adquirido. Somente o Poder Constituinte originário, através de uma Assembléia Constituinte, pode permitir a supressão

do direito adquirido, porém uma Constituição nova e não com uma emenda à Constituição. As emendas constitucionais não podem afrontar o direito adquirido e devem ser consideradas como inconstitucionais.

De longa data existe a distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado ou poder de reforma constitucional. Este dualismo procede de Sieyès, em memorável discurso proferido na Convenção Francesa, conhecido com o título *O que é o terceiro Estado?* Ele mostrou a dicotomia entre *potestas constituens* e *potestas constituta*, o poder de reforma devendo atuar nos termos expressamente previstos na Constituição.

A doutrina divide as limitações do poder de reforma em três grupos fundamentais: temporais, circunstanciais e materiais.

As limitações temporais ocorrem, por exemplo, na Constituição do Império do Brasil, que declarava que a Constituição só podia ser reformada após quatro anos de sua vigência (art. 174).

As limitações circunstanciais proíbem emendas em épocas de estado de sítio, intervenção federal, estado de emergência.

O ponto controvertido da doutrina é saber quais os limites materiais do poder de reforma constitucional. A pergunta central é a seguinte: o poder de reforma pode atingir qualquer dispositivo da Constituição, ou há um núcleo imodificável, que não pode ser objeto de emenda, reforma ou revisão?

É uma pergunta feita por diversos doutrinadores, entre eles H. Neff, em *Die Materiellen Schranken der Verfassungsrevision* (ZSR, 1942, p. 111 e s.), que nos coloca interrogativamente dentro da questão de saber se uma lei de revisão pode inserir qualquer matéria na Constituição e se poderão ser objeto de revisão todas as normas desta.

Uma parte da doutrina pretende que o poder de revisão pode atingir qualquer dispositivo da Constituição. O nosso entendimento é, porém, diverso, porque existem limitações materiais expressas e implícitas que não podem ser modificadas pelo poder de revisão.

Não podem ser mudadas pelo poder de emenda ou revisão as seguintes matérias: I — as matérias concernentes ao titular do poder constituinte, porque a revisão não pode mudar o titular do poder que criou o poder reformador; II — as matérias alusivas ao próprio titular do poder reformador, pois seria inconseqüente que o legislador ordinário instituísse novo titular a substituir o constituinte originário; III — as matérias relativas ao processo da própria emenda, que não podem ser facilitadas; IV — os dispositivos concernentes às decisões jurídicas e políticas fundamentais, especialmente os direitos humanos e as garantias do homem e do cidadão, o espírito da Constituição.

Evidentemente existem limites materiais ao poder de revisão de emenda, porque ocorre uma evidente superioridade da função constituinte com respeito à função de revisão.

Escreve a respeito Gomes Canotilho em seu *Direito constitucional* (p. 744-5): “Não quer isto dizer que o poder constituinte se conceba e se arrogue a si próprio, à maneira liberal, como criador de uma constituição imorredoura e universal. Por outras palavras: a idéia de constituição ideal alheia ao seu ‘plebiscito quotidiano’, a alteração dos mecanismos constitucionais derivados das mutações na correlação de forças e indiferentes ao próprio ‘sismógrafo’ das revoluções.”⁽¹⁵⁾

Determinadas normas não podem ser objeto de emenda, porque formam o cerne da Constituição, furtando-lhe tal leque de matérias à disponibilidade do poder de revisão.

Deve existir uma proibição de alteração constitucional aniquiladora da entidade de uma ordem constitucional histórica e concreta, como adverte Hesse nos *Grundzuege des Verfassungsgerechts der Bundesrepublik Deutschland* (13^a, ed., Karlsruhe/Heidelberg, 1982, p. 272-3).⁽¹⁶⁾

Existem limites expressos e limites tácitos. As Constituições que não tenham a previsão de tais limites transformam-se em simples leis provisórias, em Constituições em branco (*Blanko-Verfassung*).

Canotilho participa desta orientação escrevendo o seguinte (*Direito constitucional*, cit., p. 751): “A aceitarem-se limites imanentes deduzidos a partir do texto constitucional, então terá de exigir-se que esses limites não sejam meros postulados, mas autênticas imposições da constituição, verdadeiros limites impostos por vontade da constituição (*Wille der Verfassung*)”.⁽¹⁷⁾

Em suma, a supressão de limites da revisão é no fundo uma fraude à Constituição, *Verfassungsbeseitigung*, a que aludem os doutrinadores alemães. É no fundo uma supressão da Constituição, uma válvula de escape, que corresponde mais a um golpe revolucionário do que a uma revisão total da Constituição. A revisão total é uma forma camuflada de um golpe de Estado ou de um processo revolucionário provocando a supressão do texto constitucional, uma ruptura constitucional, que os alemães denominam de *Verfassungsdurchbrechung*.⁽¹⁸⁾

O raciocínio é concludente: se a revisão da Constituição pode atingir todos os dispositivos, pode atingir as liberdades públicas, o sistema de garantia da pessoa humana, a democracia, destruindo o Estado de Direito, como aconteceu nas épocas de Hitler e de Mussolini. Portanto, significa não uma revisão constitucional, porém uma supressão da Constituição, podendo assim transformar uma democracia em ditadura, o que é um contra-senso.

V — Os núcleos imodificáveis da Constituição: o espírito da Constituição e as cláusulas pétreas

Há um núcleo imodificável da Constituição, insuscetível de emenda, revisão, reforma, isto é, qualquer forma de mudança ao texto da Lei Magna. Este núcleo chamava-se antigamente de *espírito da Constituição* e hoje é denominado de *cláusulas pétreas* ou ainda de *princípios fundamentais*. Tal núcleo intangível é de poucas cláusulas nas Constituições sintéticas, de poucos antigos própria dos países desenvolvidos ou primeiro-mundistas, onde sobrevive o respeito à lei; é mais amplo com muitas cláusulas pétreas nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, os chamados países terceiro-mundistas, com muitas cláusulas pétreas, muitas vezes desrespeitadas pelos poderes constituídos.

Tem razão o jurista-filósofo Hart em seu livro *O conceito do Direito*: “As leis são feitas pelos governantes para que sejam obedecidas pelos governantes e governados, mas como são feitas pelos governantes quase sempre só são obedecidas pelos governados.”

Há assim um núcleo imodificável. No Brasil este núcleo absolutamente inviolável à emenda está consagrado no art. 60, § 4º da Constituição de 1988: a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais.

Determinados constitucionalistas de renome pretendem que não existam limites implícitos ao poder de reforma constitucional, mas a doutrina contrária é majoritária, afirmando que há limites ao poder de reforma ou de emenda à Constituição.

A colocação de Story foi a primeira a orientar-se nesse sentido, sustentando que a Federação é um núcleo intangível para ser objeto de emenda constitucional nos EUA, diante do preceito do art. V da Lei Fundamental que só contém a expressão “proibição de alterar a igualdade numérica da representação dos Estados-Membros no Senado”.

Cooley adotou e ampliou a doutrina, afirmando que o poder de emenda tem limites implícitos, que procedem do próprio espírito da Constituição, espírito que mais tarde Carl Schmitt denominou “decisão política”, ao que deu apoio o Juiz William Marbury.

É procedente a doutrina de Cooley e Marbury (este não é o mesmo Marbury do caso Marbury v. Madison), explicitando que a faculdade de reforma à Constituição é limitada e não autoriza a supressão ou destruição da Constituição.

Melhor do que ninguém, Carl Schmitt desenvolveu a doutrina da inviolabilidade e intangibilidade da Constituição, naquela sua clássica distinção entre Constituição e leis constitucionais. Para o ilustre publicista, tanto a Constituição como as leis constitucionais são obra do poder constituinte e formam parte de um mesmo código fundamental, havendo, porém uma diferença de hierarquia entre ambas.

A Constituição é uma decisão total ou um conjunto de decisões sobre a forma da unidade política do povo. Essas decisões, di-lo Schmitt, “são mais que leis e regulações. São as decisões políticas concretas que enunciam a forma política de ser do povo e formam o suposto básico para todas as regulações ulteriores, inclusive para as leis constitucionais. É um erro típico da teoria do Estado da pré-guerra desconhecer a essência de tais decisões e falar, sentido que ali havia algo distinto de uma normalidade legal, de simples proclamações, simples declarações e até lugares comuns... Consideradas de maneira razoável, aquelas decisões políticas fundamentais são, inclusive para uma jurisprudência positivista, primeiro impulso... As ulteriores regulações, as enumerações e delimitações de competência em detalhes, as leis que tomarem por qualquer motivo a forma de lei constitucional são relativas e secundárias frente àquelas decisões. Sua singularidade externa se caracteriza pelo fato de que só podem ser reformadas ou suprimidas mediante o processo dificultado de reforma...”.

Schmitt assevera que a guarda da Constituição na Lei Magna de Weimar de 1919⁽²⁰⁾ pertence ao Presidente da República, o que motivou réplica e contradita de Kelsen.⁽²¹⁾

Determinados países colocam somente como núcleo constitucional das Leis Magnas a república, como a França de 1958: “Art. 89. La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l’objet d’une révision”. Outros acrescentam a Federação e a República, como os EUA.

A Constituição da Itália prevê: “Art. 139. A forma republicana de reforma não pode ser objeto de revisão constitucional.”

A Constituição da República Portuguesa estipula limites materiais de revisão (art. 290) e limites circunstanciais (art. 291), estes últimos alusivos à proibição de revisão na vigência do estado de sítio ou de emergência.

Ela amplia consideravelmente o conteúdo intangível da Constituição:

“Art. 290. (Limites materiais da revisão)

- a) independência nacional e a unidade do Estado;
- b) a forma republicana de governo;
- c) a separação das igrejas do Estado;
- d) os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;

e) os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais;

f) o princípio da apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais, e a eliminação dos oligopólios e dos latifúndios;

g) a planificação democrática da economia;

h) o sufrágio universal, direto, secreto e periódico na designação dos titulares eletivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional;

i) o pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática;

j) a participação das organizações populares de base no exercício do poder local;

l) a separação e a interdependência dos órgãos de soberania;

m) a fiscalização da constitucionalidade por ação ou por omissão de normas jurídicas;

n) a independência dos tribunais;

o) a autonomia das autarquias locais;

p) a autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira". A Constituição da República federal da Alemanha também estabelece inúmeras cláusulas péticas, transcrevendo o seguinte no art. 79, 3: "Não é permitida qualquer modificação desta Lei Fundamental que afete a divisão da Federação em Estados, ou o princípio da cooperação dos Estados na legislação, ou os princípios consignados nos arts. 1 e 20".⁽²²⁾

Como o art. 1º determina a aplicação imediata dos direitos discriminados nos arts. 2 a 20, acontece então que a dita Lei Fundamental é a que tem maior número de direitos fundamentais protegidos pelos reforços das cláusulas péticas, pois no direito fundamental em caso algum pode ser violado em sua essência.

Estes direitos fundamentais correspondem de modo geral àqueles previstos na Constituição brasileira de 1988.

Por conseguinte os direitos e garantias individuais não são suscetíveis de violação por nenhum dos poderes constituídos (vide a respeito os arts. 1 a 20 da Constituição alemã).

VI — Eficácia imediata das normas definidoras de direitos e garantias individuais

A Constituição pátria de 1988 preceitua o seguinte em seu art. 5º, LXXVII, § 1º, *in verbis*:

“§ 1º — As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

É a eficácia plena e imediata dos direitos fundamentais. A origem de tal prescrição prevém da Constituição portuguesa de 1976 e da Constituição da República federal da Alemanha de 1949.

O art. 18 da Constituição da República portuguesa assim se expressa:

“Art. 18

(Força Jurídica)

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo, nem diminuir a expressão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

Este artigo tem suas raízes no art. 1º, 1, da Constituição da República federativa da Alemanha de 1949, *verbis*:

“Os direitos fundamentais a seguir discriminados constituem direito diretamente aplicável para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.”⁽²³⁾

Por conseguinte tais direitos imediatamente aplicáveis independem de qualquer outra norma constitucional que procure dar-lhe densificação e concretização, a sua eficácia é plena, absoluta e não emendável, como salienta Vezio Crisafulli no estudo *A Constituição e suas disposições de princípios* (Milão, 1952).

Os tratadistas germânicos se utilizam da palavra eficácia, a saber, *Wirkung* e *Wirksamkeit*. É muito freqüente o emprego de palavras como requisitos de eficácia (*Wirksamkeitserforderniss*), eficácia constitutiva (*Entstehungswirkung*, *Konstitutive Wirkung*), até mesmo pelos tributaristas, como *Blumens-tein*.⁽²⁴⁾

O direito jurisprudencial norte-americano divide as normas constitucionais em duas categorias: a) prescrições mandatórias (*mandatory provisions*), como cláusulas constitucionais de cumprimento irrecusável; b) prescrições diretórias (*directory provisions*), de conteúdo regulamentar, permitindo ao legislador dispor de modo correspondente.

Cooley, numa orientação seguida no Brasil por Rui Barbosa, procedeu à distinção entre normas constitucionais auto-executáveis ou auto-aplicável (*self-*

executing, self-enforcing, self-acting) e não-auto-executáveis ou não-auto-aplicáveis (*not self-acting* ou *not self-executing*). A norma constitucional é auto-aplicável quando fornece uma regra, mediante a qual se pode resguardar ou executar o dever imposto; não é auto-aplicável quando somente indica princípios, sem estabelecer porém normas que lhes dê o vigor da lei”.⁽²⁵⁾

Vezio Crisafulli menciona a distinção entre normas constitucionais de eficácia plena e com imediata aplicação e normas constitucionais de eficácia limitada, diferenciando estas últimas em normas de legislação e normas programáticas.⁽²⁶⁾

Pode-se adotar a seguinte classificação: normas constitucionais auto-aplicáveis ou auto-executáveis; normas constitucionais não-auto-aplicáveis ou não-auto-executáveis; normas constitucionais programáticas, que são paralisantes de legislação contrária”.⁽²⁷⁾

A categoria de mais valor é a de normas de aplicação imediata, auto-executáveis e insuscetíveis de qualquer processo de alteração (revisão, reforma, emenda).

VI — A ação popular da Constituição da Baviera e o recurso constitucional da Constituição da República federal da Alemanha

A Alemanha avançou muito na proteção dos direitos fundamentais. A Constituição da Baviera de 2 de dezembro de 1946 tem uma regulamentação legal prevendo a chamada ação popular constitucional ou *Popularklage*, atribuindo o direito de ação a qualquer do povo, a *quisquis de populo* para declarar a inconstitucionalidade proveniente de restrição de um direito fundamental, que poderá ser feita por qualquer pessoa mediante recurso junto à Corte Constitucional.⁽²⁸⁾

A mesma coisa acontece com a Constituição federativa da Alemanha pela Lei de 17.4.1951, criando a *Verfassungsbeschwerde*. Ao pé da letra e na literalidade da tradução ela é o agravo constitucional, também traduzido por recurso constitucional, porém mas do que isto.

Conforme Capelletti, o “recurso constitucional consiste no meio de queixa jurisdicional perante o Tribunal Constitucional Federal, com sede em Karlsruhe, a ser exercitado por particulares objetivando a tutela de seus direitos fundamentais, bem como outras situações subjectivas constitucionais lesadas por atos de autoridade pública.”⁽²⁹⁾

Por isto explica José Afonso da Silva: “Em alguns casos ele serve para impugnar decisões judiciais, e, aí, sua natureza de meio de impugnação, de recurso, é patente. Em outros contudo, é meio de invocar a prestação jurisdic-

cional em defesa de direitos fundamentais. Parte de seus objetivos são cobertos pelos nosso mandado de segurança. Mas ele tem objetivos mais amplos do que este, e não está delimitado à defesa de direito líquido e certo, pessoal”.⁽³⁰⁾

Por consequência a Constituição da Alemanha avançou bastante prescrevendo a imediatidade de aplicação e eficácia das regras sobre direitos fundamentais garantidas pelas cláusulas pétreas.

VII — A estrutura escalonada e hierárquica da ordem constitucional

A doutrina do *gradualismo* das normas constitucionais é apreciada em um duplo aspecto, seja quanto à sua *intangibilidade*, seja quanto à sua *pleni-tude*.

É de lembrar que a doutrina de escalonamento da ordem jurídica foi sobretudo delineada por Merkl em seu estudo *A unidade jurídica do direito austríaco* (*Die Rechtseinheit des oesterreichischen Staates*, Archiv d. oeffent. Rechts, 1917), porém sobretudo popularizada por Hans Kelsen. Este último salientou que o ordenamento jurídico é um sistema de normas juridicamente subordinadas em graus sucessivos de hierarquia (*Stufenbau der Rechtsordnung*): a ordem jurídica não é um sistema de normas de igual hierarquia, porém uma ordem escalonada de diferentes camadas de normas jurídicas (*sondern eine Stufenordnung ver schiedener Schichten von Rechtsnormen*) com uma validade decrescente.⁽³¹⁾

O direito constitucional comporta diversos planos, de profundidade com uma certa hierarquia quanto à *eficácia*, mas com todas as suas regras dotadas de eficácia.

As normas constitucionais podem ser assim classificadas: a) normas de eficácia absoluta, que são de aplicação imediata e não emendáveis; b) normas de eficácia plena, com preceitos de aplicação imediata porém emendáveis pelo poder constituinte derivado; c) normas de eficácia contida; d) normas de eficácia limitada, nestas se incluindo também as chamadas normas programáticas.

“Toda Constituição é feita para ser aplicada”, di-lo com precisão José Afonso da Silva (cit., p. 26). Apenas esta eficácia tem de ser examinada sob um prisma gradualista, seja admitindo a supereficácia paralisante ou ab-rogante das normas constitucionais absolutas, até a eficácia das normas programáticas, às quais, embora sem procedência, muitos autores negam juridicidade.

No próprio sistema constitucional, como pretendem Schmitt em sua *Verfassungslehre*, León Duguit em seu *Traité de Droit Constitutionnel* e Stier-Somlo em *Verfassung*, há uma graduação e uma hierarquia.⁽³²⁾

Liet Veaux também declara em *seu Direito Constitucional (Droit Constitutionnel, Paris, 1949)*: “O direito constitucional comporta diversas regras não tendo senão uma autoridade relativa.”

Esta doutrina recebeu ademais o seu aperfeiçoamento nas especulações de Herbert Kruger, aduzindo uma graduação de ordem nos preceitos constitucionais, com a possibilidade de uma norma constitucional mais elevada hierarquicamente, podendo assim ser reputada inclusive como anticonstitucional ou contrária à constituição.

Há um escalonamento de ordem jurídica, inclusive no direito constitucional, quanto à eficácia das normas jurídicas, dentre as quais sobrelevam as normas constitucionais absolutas, que devem ser salvaguardadas, sendo inoperantes as leis que as limitassem ou as circundassem de restrições que as nulificassem. As próprias leis constitucionais não podem fugir a integrar-se dentro dos preceitos das decisões básicas da Constituição, ajustando-se às mesmas, em uma interpretação consentânea.

Neste sentido, as normas básicas que no Brasil resguardam a República e a Federação, e, nesta, o princípio da inalterabilidade numérica dos senadores na Câmara Alta.

Mas é de ponderar que ocorre na realidade uma hierarquia das normas constitucionais, que não têm a mesma força de validade. Algumas normas são colocadas no ápice do sistema, decorrem das sistemáticas da Constituição, do próprio sistema, enquanto outras são acessórias e secundárias, defluem do princípio básico.

Assim sendo, cada preceito constitucional deve ser interpretado dogmaticamente, de acordo com a teleologia do sistema, em harmonia e concordância com este sistema.

É essa a razão pela qual a doutrina alemã recente, com Herbert Krueger, Bahof e Scheuner, em seu estudo sobre a Constituição, alude às “normas constitucionais anticonstitucionais”. Esta diferença pressupõe a questão de saber se não existe uma graduação de ordem nos preceitos constitucionais, em que uma norma constitucional de grau mais baixo por causa da violação do preceito mais elevado, não possa senão ser tida como contrária ou anticonstitucional (*Verfassungswidrig*), os conceitos utilizados por Herbert Kruger são os seguintes: norma constitucional de grau inferior (*niedrige Verfassungsnorm*), norma constitucional de grau superior (*hoehere Verfassungsnorm*) e normas constitucionais contrárias à constituição (*verfassungswidrige Verfassungsnorm*).

Além de Hebert Kruger, outros doutrinadores assim pensam, cabendo a propósito citar a obra de O. Bachof e de Ulrich Schaeuner, debatendo o pro-

blema das normas constitucionais contrárias à constituição e a necessidade de interpretá-las na estrutura total do sistema.⁽³³⁾

Através de toda esta argumentação se chega com evidência à conclusão de que o ordenamento constitucional tem uma estrutura escalonada e hierárquica, na qual as normas protegidas com *cláusulas pétreas*, e entre elas avulstando os *direitos fundamentais*, não podem ser objeto de nenhuma emenda à Constituição. O *direito adquirido* não pode assim ser atingido, e consequentemente alguma emenda sobreindo, deverá ser declarada inconstitucional.

NOTAS

01. Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, 4 v. (O 1º em 1891, o 2º e 3º em 1897, e o 4º em 1898). V. também Gaetano Pace, *Il diritto transitorio*, Milano, 1944, p. 64.

02. V. Pedro Nunes, *Dicionário de tecnologia jurídica*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1979, 2 v., v. I, p. 351.

03. *Black's law dictionary*, St. Paul, Min. 1979, p. 1.402.

04. Lincoln Magalhães da Rocha, *A Constituição americana, dois séculos de direito comparado*, Rio de Janeiro. Ed. Trabalhistas, 1987, p. 64.

05. *Black's law dictionary*, cit., p. 1.174: "Rule that a final judgement rendered but a court of competente jurisdiction in the merit is conclusive as to the rights of the parties and their privies, and, as to then, constitutes an absolute base to a subsequent action involving the same claim, demanda or cause of action" (*Martchetf v. Rose*, 36, III, App. 638, 344 N.E. 2 d. 770, 779).

06. R. Limongi França, *Ato jurídico*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 9, p. 20.

07. Hugh Evnader Willis, *Constitutional law*, 1936, p. 515; Carl Brent Swisher, *American constitutional development*, 1943, p. 68.

08. Antônio Joaquim Ribas, *Curso de direito civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1905, p. 130; cf. Rui Barbosa, *Obras completas*, Rio de Janeiro, 1953, p. 107.

09. R. Limongi França, *Direito intertemporal brasileira*, São Paulo, 1967, p. 539-40; Francisco dos Santos Amaral Neto, *Irretroatividade das leis*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 46, p. 240.

10. Paul Roubier, *Le conflit des lois dans le temps*, Paris, 1929-1932, v. 2, e *Le droit transitorie*, 2ª ed., Paris, 1960.

11. Chironi & Abello, *Trattato di diritto civile italiano*, 1904, v. I, p. 81 e *Della non retroattività della legge*, in *Studi e questioni di diritto civile*, Torino, 1914, v. I, p. 190.

12. Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 5ª ed., São Paulo, 1977, v. I, p. 28; Alfredo de Marsico, *Diritto processuale penale*, 4ª ed., Napoli, 1966, p. 7; Pontes de Miranda, *Tratado de direito internacional privado*, Rio de Janeiro, 1935, v. I, p. 10 e 30.

13. Lafayette, *Retroatividade das leis de ordem pública*, RF, Belo Horizonte, 1906, p. 128.

14. H. Neff, *Die Materiellen Scharanken der Verfassungsrevision*; ZSR, 1942, p. 11 e s.

15. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, Coimbra, 1989, 4ª ed., p. 744-5.

16. Hesse, *Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 13ª ed., Karlsruh/Heidelberg, 1982, p. 272-3.

17. Vide também a respeito Siefenthaler, *Die materiellen Schranken der Verfassungsrevision als Problem des positivien Rechts*, Bern, 1970, p. 268.

18. V. a respeito Ehmke, *Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung*, AOER, 1:385 e s., 1935-54, e Mortzo, *Disposizioni di revisione materiale e procedimento di ruttura della costituzioni*, RDP, 1:323, 1964.

19. Em geral sobre o tema: Burgess, *Political science and comparative constitutional law*, Boston, 1890-1891, v. I, p. 150-4; Smith, *Shall we make our Constitutions flexible?*, North American Review, 194:657-73, 1911; W. Hindsheimer, *Ueber die Revision moderner Staatsverfassungem*, Tuebingen, 1918, p.75 e s.; Erich, *Studien ueber das Wesen und die Zukunft der monarchischen Staatsform*, in *Blaetter fuer vergleichende Rechtswissenschaft*, 1918, p. 184 e s.; F. Castberg, *Die verfassungsrechtliche Gesetzgebung in Norwegen in den Jahren, 1914-1921*, JoeR, 11:227, 1922; Wolgast, *Die richterliche Proefungzustandikeit in Norwegen*, in *Norwegen*, Hirts Annalen, 1922-1923, p. 30 e s.

20. Schmitt, *Der Hueter der Verfassung*, Tuebingen, 1931.

21. Hans Kelsen, *Wer soll der Hueter der Verfassung sein?*, Berlim, 1931.

22. Texto do art. 79, 3: "Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des bundes in Laender, die grundsaeztliche Mitwirkung der Laender bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsaeetze beruehrt werden, ist unzulassig."

23. Texto do art. 1, 3 da Constituição da República federal da Alemanha: "Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht."

Vide a respeito Friedrich Giese, *Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*, Frankfurt a. M., 1955, 4ª ed.

24. Ernst Blumentein, *System des Steurrechts*, 2ª ed., Zuerich, 1951, p. 292.

25. Thomas M. Cooley, *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the States of the American Union*, Boston, Little Brown and Co., 1903, p. 100 e 119-21; v. Rui Barbosa, *Ação civil originária*, Rio de Janeiro, 1915, p. 31-54; Id. *Questão minas-Werneck*, 1936, 6 v., v. 2, p. 474-96.

26. Vezio Crisafulli, *La costituzioni e le sue disposizioni di princípio*, Milano, 1952; v. Arrariti, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, v. 98.
27. V. também José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, 1968; Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Leipzig-Wien, 1934.
28. Hans Nawiasky, *Die verfassung des Freitaates Bayern*, Muenchen, 1953, I, p. 107.
29. Mauro Cappelletti, *La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà*, Milão, 1974, p. 71.
30. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, 5ª ed., 1979, p. 482.
31. Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Rechtsbegriffe*, *Kritische Untersuchung des Verhaeltnisses zwischen Staat und Recht*, Tuebingen, 1920; Id. *Reine Rechtslehre*, *Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig e Viena, 1934.
32. Schmitt, *Verfassungslehre*, Munique e Liepzig, 1928, p. 20; León Duguit, *Traité du Droit Constitutionnel*, Paris, 1923, III, p. 641-642; Stier Somlo, *Verfassung*, no Handwoertbuch des Rechtswissenschaften, Berlim-Leipzgi, 1929, VI, p. 392.
33. O. Bachof, *Verfassungswidrig Verfassungswidrige Verfassungsnormen*, *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Tuebingen, 1961.