

O instituto jurídico dos direitos adquiridos e a "cláusula pétrea" dos direitos e garantias individuais

PAULO ROBERTO MENDONÇA SILVÉRIO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A questão dos direitos adquiridos frente às alterações realizadas na legislação infraconstitucional e no texto da Constituição: posicionamentos da doutrina e do STF. 3. Limitações materiais ao poder de reforma constitucional: limitações materiais implícitas e explícitas (núcleos constitucionais irreformáveis pela via de emenda à Constituição). 4. Conteúdo e alcance da "cláusula pétrea" dos direitos e garantias individuais. 5. Conclusões.

1. Introdução

Poucos temas, no momento presente, têm mais atualidade para vastos segmentos da sociedade brasileira que o dos *direitos adquiridos*.

A despertar esse súbito interesse por matéria que, de ordinário, passa ao largo das cogitações da quase unanimidade da população, está o variado conjunto de reformas propostas pelo Poder Executivo, objeto de enorme controvérsia sobretudo após seu encaminhamento ao Parlamento brasileiro.

No centro das discussões que ora se travam, estão, como é notório, não apenas o co-respectivo *instituto jurídico dos direitos adquiridos*, mas principalmente a denominada "*cláusula pétrea*" dos direitos e garantias individuais, não raro compreendida com inegável imprecisão conceitual, tamanho é o elastério com que muitos a têm interpretado.

Com efeito, há expressiva corrente interpretativa que considera *inconstitucionais* todas as formulações do Poder Executivo que não resguardam os *direitos adquiridos* na vigência do ordenamento constitucional em vias de alteração, sob o entendimento de

que, ao não ressaltarem tais direitos, infringem o comando insculpido no § 4º do art. 60 da Constituição Federal, que inclui os direitos e garantias individuais entre as chamadas "cláusulas pétreas", irreformáveis pela via de emenda à Lei Fundamental.

Indo além, há até quem perfilhe a exegese de que o núcleo de proteção da aludida "cláusula pétrea" engloba todo o extenso rol de direitos e garantias fundamentais objeto do Título II da Constituição Federal, aí incluídos os direitos sociais, os direitos políticos etc. de tal sorte que, a prosperar esse entendimento, a maioria dos direitos inscritos na Carta Política estaria imune à ação do poder de reforma, o que resultaria, em última análise, na quase completa petrificação do texto constitucional.

Longe de pretender tornar ainda mais acesa a polêmica, o objetivo do presente ensaio é oferecer despretensiosa contribuição para o debate dessa momentosa questão, tomando como referência sobretudo os posicionamentos da doutrina e do Egrégio Supremo Tribunal Federal. A posição deste último, particularmente, é de inequívoca importância para a abordagem do tema em discussão, por constituir o foro especializado onde muito provavelmente irá ser buscada a última palavra sobre a constitucionalidade das propostas de emenda à Constituição que vierem ser aprovadas e promulgadas pelo Poder Legislativo, máxime aquelas de caráter mais controvertido.

2. A questão dos direitos adquiridos frente às alterações realizadas na legislação infra-constitucional e no texto da Constituição: posicionamentos da doutrina e do STF

A questão aqui enfocada constitui, sem exagero, autêntica *vexata quaestio* no campo do Direito Intertemporal.

Em doutrina pura, vige a noção, universalmente consagrada, da não-retroatividade da lei, seja porque a palavra legislativa se volta do presente para o futuro, com o propósito de estabelecer uma norma de disciplina que no plano teórico passa a constituir uma regra de obediência a que as ações humanas pretéritas não poderiam estar submetidas, seja porque o efeito retrooperante da lei traz em si um atentado à estabilidade dos direitos, violentando, outrossim, com a surpresa da modificação legislativa, o planejamento das relações jurídicas, que é a base primordial das atividades econômicas.

No campo prático, porém, o princípio da não-retroatividade da lei encontra aplicação inçada de consideráveis dificuldades, sendo de ressaltar que, hodiernamente, são facilmente identificáveis a seu respeito três atitudes legislativas distintas, nos vários sistemas de direito: uns guardam completo silêncio, outros estatuem o princípio em regras de legislação ordinária e outros o transformam em dogma de natureza constitucional.

No primeiro caso, de que é exemplo o ordenamento germânico, admite-se, sem rebuços, que a lei pode ter efeito retroativo desde que este decorra da vontade claramente manifestada pelo legislador, mesmo quando não expressamente declarada. Toda a questão aí se resume, portanto, na investigação da vontade legislativa, a ser realizada pelo intérprete e aplicador da lei.

Já aqueles que se incluem no segundo caso, adotam o princípio da irretroatividade como regra, que a lei consigna com o sentido de medida de política legislativa. Mas o princípio aí se dirige ao juiz, a quem é defeso imprimir efeito retrooperante às disposições novas. E como não obriga o legislador, fica este com a liberdade de votar leis retroativas, quando entendê-las convenientes ao interesse público. É o que ocorre em países como a França, a Espanha e a Itália, para citar apenas uns poucos exemplos.

No terceiro caso, o princípio da não-retroatividade é assentado com caráter mais rigoroso do que uma simples medida de política legislativa, pois assume o sentido de uma norma de natureza constitucional. Não é apenas uma regra imposta ao juiz, a quem é vedado atribuir à lei efeito retrooperante, mas norma cogente também para o legislador, assim proibido de ditar leis retroativas. Se este o fizer, a lei que tiver tal efeito padecerá da eiva de inconstitucionalidade, cabendo ao Poder Judiciário declará-lo e negar-lhe aplicação. Neste último se inclui, dentre outros, o posicionamento brasileiro.

Entre os doutrinadores tampouco há uniformidade de critérios para solução dos conflitos da lei no tempo.

As escolas conhecidas, a despeito de sua diversidade, podem ser alinhadas em dois grandes grupos: o primeiro, partidário das *teorias subjetivistas*, que encaram o problema à luz dos *direitos subjetivos individuais*; o segundo, das *teorias objetivistas*, que procuram resolvê-lo a partir das *situações jurídicas* criadas pela lei.

O posicionamento brasileiro, no particular, é francamente *subjetivista*, firmado a partir de opção legislativa inscrita no próprio texto constitucional, que erige como garantia individual o princípio de que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (CF, art. 5^º, XXXVI).

Secundando esse posicionamento, temos, no nível infraconstitucional, a Lei de Introdução ao Código Civil, que assim estabelece, *in verbis*:

“Art. 6^º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitado o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1^º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2^º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbitrio de outrem.

§ 3^º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”

Dada a nossa clara colocação entre os que perfilham opção *subjetivista* na solução dos problemas de Direito Intertemporal, dispensamo-nos de discorrer, por sua inutilidade para a abordagem do tema em desenvolvimento, a respeito das formulações objetivistas, embora entre seus adeptos figurem nomes de prol como Colin et Capitant, Henri de Page e Paul Roubier.

Entre os partidários da corrente *subjetivista*, única que aqui nos interessa esmiuçar mercê da opção legislativa suso referida, alinham-se autores clássicos como Savigny, Ferdinand Lassalle e Gabba, sendo este último, na opinião da maioria dos doutrinadores, o autor a erigir teoria *subjetivista* mais substancial, prática e abrangente, valendo, portanto, detalhá-la a seguir.

Expõe Gabba que a lei nova não pode violar direitos precedentemente adquiridos. Mas, onde não se ofendam direitos dessa natureza, a lei deve receber a mais ampla aplicação, quer se trate de fatos ou relações jurídicas totalmente novas, quer se cogite das conseqüências de fatos ou relações anteriores. Daí a necessidade de conceituar o que se deve entender por *direito adquirido*, distinguindo-o, inicialmente, do *direito consumado*, com o qual não se confunde, embora seja uma forma de sua apresentação, e, em seguida, da *expectativa de direito* e das meras *faculdades legais*.

Na definição do ilustre tratadista, *direito adquirido* é aquele que

“é conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei vigente ao tempo em que se efetuou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação da lei nova, e que, sob o império da lei então vigente, integrou-se imediatamente no patrimônio do seu titular” (*apud* Caio Mário da Silva Pereira, in *Instituições de Direito Civil*, v. I, pp. 140 e ss).

Contudo, como todo direito se origina de um fato, é preciso que o fato gerador do direito adquirido *tenha decorrido por inteiro*. Tratando-se de um *fato simples*, fácil é precisá-lo. Todavia, se o fato é *complexo*, cabe apurar se todos os seus elementos constitutivos se realizaram na vigência da lei a que é contemporâneo.

Prosseguindo, ressalta o mesmo autor que não há confundir o *direito adquirido* com o *direito consumado*, pois este já produziu todos os seus efeitos, enquanto o *direito adquirido* permanece como tal, embora venha a gerar conseqüências posteriormente ao tempo em que teve eficácia a lei modificadora.

E conclui esclarecendo que, enquanto o *direito adquirido* é conseqüência de *fato aquisitivo que se realizou por inteiro*, a *expectativa de direito* traduz uma *simplex esperança, resultante de fato aquisitivo incompleto*, sendo a *faculdade legal*, a seu turno, um *poder concedido por lei ao indivíduo, do qual ele não fez ainda nenhum uso*.

Em termos genéricos, portanto, pode-se afirmar que não existe para o autor em referência, no plano intertemporal, uma barreira nítida separando as órbitas de incidência da lei revogada e da lei revogadora. Ao revés, a linha limítrofe se revela flexível ante as relações jurídicas estabelecidas sob o domínio da primeira, de tal sorte que a lei nova, uma vez em vigor, também submete ao seu império as relações jurídicas fundadas em fatos vindos do tempo de vigência da lei caduca. Mas a lei nova não pode ter aplicação, sob pena de incidir em retroatividade, quer aos direitos *consumados*, quer aos direitos *adquiridos*, dado que aqueles já produziram todos os seus efeitos, esgotando, assim; todas as conseqüências, enquanto os últimos (direitos adquiridos), oriundos de fatos que se realizaram por inteiro em consonância com a lei velha e ao tempo de sua vigência, já se incorporaram

inteiramente ao patrimônio do sujeito, continuando, portanto, sob a regência daquela, que desse modo estende o plano de sua eficácia ainda por tempo ulterior ao momento em que é revogada. As *expectativas de direito*, ou seja, aquelas situações ou relações aderentes ao indivíduo, mas provenientes de fato aquisitivo incompleto e por isso mesmo não integradas em definitivo em seu patrimônio, estas são atingidas sem retroatividade pela lei nova, que passa a discipliná-las desde o momento em que começa a vigorar, o que também acontece com as *faculdades legais* postas ao alcance do indivíduo pela lei morta, mas por este não exercidas na vigência daquela.

A formulação doutrinária acima resumida não enfrenta dificuldades intransponíveis quando se cuida de aplicá-la às inovações legislativas operadas no nível infraconstitucional, haja vista que, conforme acentuado precedentemente, o *princípio da irretroatividade da lei, em nosso sistema, se dirige ao legislador que opera nesse nível de produção legislativa, a quem é defeso editar leis com efeitos retrooperantes.*

Todavia, a despeito dessa aparente simplificação, é oportuno estarmos atentos à judiciosa lição de Savigny, que distinguia duas classes de leis: a primeira, concernente à aquisição de direitos; a segunda, relativa à existência de direitos.

A propósito, confira-se a lição do insigne mestre, *ipsis litteris*:

“A primeira, concernente à aquisição de direitos, estava submetida ao princípio da irretroatividade, ou seja, à manutenção dos direitos adquiridos. A segunda classe de normas, que agora serão tratadas, relaciona-se à existência de direitos, onde o princípio da irretroatividade não se aplica. As normas sobre a existência de direitos são, primeiramente, aquelas relativas ao contraste entre a existência ou a não-existência de um instituto de direito: assim, as leis que extinguem completamente uma instituição e, ainda, aquelas que, sem suprimir completamente um instituto, modificam essencialmente sua natureza, levam, desde então, no contraste, dois modos de existência diferentes. Dizemos que todas essas leis não poderiam estar submetidas ao princípio da manutenção dos direitos adquiridos (a irretroatividade); pois se assim fosse, as leis mais importantes dessa espécie

perderiam todo o sentido.” (In *Traité de Droit Romain*, Paris, 1960, p. 276.)

Essa orientação, aliás, foi retomada e desenvolvida por Gabba, retrorreferido, que asseverava existir direito adquirido em razão de institutos jurídicos apenas no pertinente às *relações deles decorrentes*, jamais, porém, relativamente aos próprios institutos de direito.

Nessa mesma linha se situa, entre nós, o insigne Carlos Maximiliano, que assim se manifesta, *verbis*:

“Não há direito adquirido no tocante a instituições, ou institutos jurídicos. Aplica-se logo, não só a lei abolitiva, mas também a que, sem os eliminar, lhes modifica essencialmente a natureza. Em nenhuma hipótese granjeia acolhida qualquer alegação de retroatividade, posto que, às vezes, tais institutos envolvem certas vantagens patrimoniais que, por equidade, o diploma ressalva ou manda indenizar.” (In *O Direito Intertemporal*, 2ª ed., RJ, 1955, p. 62.)

Desse posicionamento tampouco discrepa o Egrégio Supremo Tribunal Federal, que o tem reafirmado em sucessivas assentadas, como mostra o seguinte trecho do voto proferido pelo Senhor Ministro Moreira Alves, por ocasião do julgamento do RE nº 94.020, *ipsis verbis*:

“... em matéria de direito adquirido vigora o princípio — que este Tribunal tem assentado inúmeras vezes — de que não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito. Quer isso dizer que, se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (como é o direito de propriedade, seja ele de coisa móvel, ou imóvel ou de marca), essa modificação se aplica de imediato.” (RTJ 104/269.)

Ainda nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados: RE nº 105.137, RTJ 115/379 e RE nº 105.322, RTJ 118/709.

Resumido, nesses termos, o tema da aplicação do referido princípio às inovações da legislação infraconstitucional, cabe agora abordá-lo frente às alterações operadas no próprio texto da Constituição.

No particular, é hoje assente o entendimento de que *não há direito adquirido contra a Constituição*.

É verdade que há quem pretenda vislumbrar certas limitações quando a alteração deriva

de manifestação do poder constituinte instituído ou derivado, pela via de emenda à Constituição.

Ilustrativa desse posicionamento é a argumentação expendida pelo Senhor Ministro Carlos Mário Velloso, ao ensejo do julgamento, no antigo TFR, dos embargos opostos nos autos do processo em que interposto o RE nº 93.290-RJ, *ad litteram*:

“O espírito da Constituição em vigor é de respeito aos direitos individuais.

Consagra ela, portanto, os princípios do constitucionalismo tradicional, compatibilizando-os com os novos princípios do constitucionalismo social do Século XX. Deixa expresso, outrossim, que a lei não prejudicará o direito adquirido.

Não explicita se lei material ou lei formal. A emenda constitucional não é a lei em sentido formal, por ser manifestação do poder distinto, que é o poder de revisão.

Todavia, é ela, inegavelmente, lei material. Ora, o art. 153, § 3º, da Constituição Federal, não distingue entre lei formal e lei material. Impõe a irretroatividade da lei, de forma ampla, apenas.

Não cumpre ao intérprete, de conseguinte, distinguir.

E, o que é pior: a distinção faria com que a Constituição ficasse em contradição com ela mesma, certo que a distinção, noutra perspectiva, não se coaduna com o princípio modelador da Carta, que é liberal, de respeito aos direitos adquiridos.”

E conclui:

“A verdade é que o poder constituinte instituído é o próprio poder legislativo constituído. E o poder constituído não é o mesmo poder constituinte. Distinguem-se. O primeiro é fruto do segundo. Tal separação, segundo Carlos Sanchez Viámonte, é a maior criação jurídica do constitucionalismo, mesmo porque ‘en ella se funda el constitucionalismo, con el cual se inaugura la edad contemporánea, y, gracias a el, tienen consagración e pueden estar assegurados los derechos del hombre e del ciudadano’. (*El Poder Constituyente*, Buenos Aires, p. 238).

Os princípios, portanto, consagrados pela Constituição, obra do poder constituinte originário, implicitamente limitam e condicionam o poder de revisão.

Um desses princípios, que a Constituição do Brasil abarca, que a domina, já falamos, é o princípio liberal de respeito aos direitos individuais.

Ilegítima, portanto, a emenda que, contrariando o princípio, assim contradizendo-se, desrespeita um direito individual, ignora um direito já adquirido.” (In *RTJ* 99/876-878.)

Não obstante calcado em argumentação revestida de irrecusável densidade e juridicidade, não é esse, entretanto, o entendimento prevalecente na doutrina e também na jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Ao revés, tem-se entendido, conforme já assinalamos, que “não há direito adquirido contra a Constituição”. É que, quer resulte de manifestação do poder constituinte originário, quer decorra do exercício do poder de reforma constitucional, a norma que altere o texto da Constituição “constitui regra imperativa, que incide imediatamente por força de sua própria natureza constitucional”.

Nesse sentido, temos o magistério de Pinto Ferreira, que, por sua vez, faz referência a outros doutrinadores de inegável prestígio, *ipsis litteris*:

“Resta afinal considerar o problema da eficácia revogatória da Constituição e das emendas constitucionais. Elas podem revogar o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, visto que têm eficácia revogatória completa.

.....
No direito constitucional anterior (1967-1988), as emendas à Constituição também podiam revogar o direito adquirido. Conforme o pensamento de Francisco Campos, não podem vigorar ‘paralela e simultaneamente, a Constituição e direitos contrários à Constituição.’ (*Parceres da Consultoria Geral da República*, v. 29, p. 386.)

.....
O eminente jurista José Celso de Melo 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 revogatória 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)." (In *Comentários à Constituição Brasileira*, Saraiva, 1989, v. 1, pp. 148/149.)

Nessa mesma linha também se situa o posicionamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, como deixa claro o excerto a seguir reproduzido, do voto preliminar proferido pelo Senhor Ministro Moreira Alves, no julgamento do RE nº 93.290-RJ, *in verbis*:

"... estou de acordo com ambos os fundamentos do acórdão recorrido. E, especialmente, com o segundo: o de que não há direito adquirido contra a Constituição. Esse princípio se aplica tanto às normas originárias da Constituição quanto às decorrentes das emendas posteriores, pois uma e outras têm a mesma natureza e a mesma hierarquia." (RTJ 99/890-891.)

A reafirmá-lo, temos não apenas vasta jurisprudência há muito sedimentada (RDA 24/57 - RDA 34/205 - RDA 54/215 - RDA 108/65 - RTJ 68/09 - RTJ 95/51), mas também recente manifestação do Senhor Ministro Celso de Melo, no RE nº 173.602-0, consoante despacho publicado no *Diário da Justiça* de 28 de março último (p. 7325).

3. *Limitações materiais ao poder de reforma constitucional: limitações materiais implícitas e explícitas (núcleos constitucionais irreformáveis pela via de emenda à Constituição)*

Segundo a melhor doutrina, todo órgão de reforma constitucional (em nosso caso, o Congresso Nacional), dada a sua condição de poder constituinte derivado ou instituído, enfrenta dupla ordem de limitações materiais no exercício de sua função reformadora.

Inicialmente, há as chamadas *limitações materiais implícitas*, inerentes à reforma constitucional, que são aquelas que se impõem mesmo no silêncio da Constituição, a fim de impedir que o exercício da função reformadora venha destruir-lhe o espírito, ferindo-lhe os princípios básicos.

Assim, as emendas constitucionais devem não só respeitar, mas também resguardar e

garantir esses princípios. É o que assevera Carl Schmitt:

"Una facultad de reformar la Constitución, atribuida por una normación legal constitucional, significa que una o varias otras regulaciones legales-constitucionales, pueden ser sustituidas por otras regulaciones legales-constitucionales, pero solo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo." (In *Teoría de la Constitución*, México, Ed. Nacional, 1966, p. 120.)

As *limitações materiais implícitas*, em suma, referem-se à essência da própria Constituição material. Tais limitações seriam deduzidas da natureza do regime político contido na Constituição. Nessa conformidade, há que se reputar inconstitucional uma emenda cujo conteúdo contradiga os princípios fundamentais da Constituição. Afinal, como adverte o mesmo Carl Schmitt (*op. cit.*), reforma não é destruição, nem suspensão da Constituição.

Por outro lado, é certo que o Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par das restrições de ordem circunstancial, inibidoras do poder reformador (CF, art. 60, §1º), identificou, em nosso sistema, alguns núcleos constitucionais irreformáveis pela via de emenda à Lei Fundamental.

Cuida-se, nesse ponto, das *limitações materiais explícitas*, por alguns denominadas "cláusulas pétreas", estabelecidas no art. 60, § 4º, da Constituição Federal, a saber:

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

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais."

As três primeiras limitações, susotranscritas, não têm enfrentado maiores dificuldades de compreensão, o que não se verifica, no entanto, com a cláusula relativa aos "direitos e garantias individuais", cujo exato conteúdo e alcance, conforme assinalamos precedentemente, não tem sido apreendido, por não poucos, com a precisão conceitual juridicamente apropriada,

o que torna imprescindível, portanto, a análise específica objeto do tópico a seguir desenvolvido.

4. Conteúdo e alcance da "cláusula pétrea" relativa aos direitos e garantias individuais

Sem embargo de reconhecermos a inegável complexidade do tema, importa consignar, inicialmente, que, em nosso entender, a estruturação do Título II da Constituição Federal denota clara opção do constituinte de 1988 por distinguir, em categorias específicas, os direitos e garantias fundamentais.

A tanto, basta analisar, atentamente, como o mencionado Título II - *Dos Direitos e Garantias Fundamentais* - se acha estruturado:

Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos

Capítulo II - Dos Direitos Sociais;

Capítulo III - Da Nacionalidade;

Capítulo IV - Dos Direitos Políticos; e

Capítulo V - Dos Partidos Políticos.

Assim, ainda que por considerações de mera colocação tópica, resulta evidente a impropriedade de incluir-se o vasto elenco de direitos que compõem o Título II da Lei Maior na categoria *direitos e garantias individuais*, em verdade apenas uma das subespécies constitutivas do gênero *Direitos e Garantias Fundamentais*.

Mas vejamos também, para exame mais aprofundado do tema, as raízes históricas dessa específica categoria de direitos fundamentais.

Conforme registra a doutrina, a fixação dos *direitos individuais* foi obra de séculos, fruto de lenta maturação do pensamento filosófico.

Na Antigüidade, não se encontravam verdadeiras declarações de direitos com que o cidadão pudesse fazer frente à suprema e ilimitada autoridade do Estado. O homem de então gozava apenas de fugazes instantes de liberdade, proporcionados por sua participação no poder do Estado, exercida mediante decisões adotadas nos comícios ou nos órgãos de deliberação coletiva. Era a liberdade em função da comunidade.

Na Idade Média, com a difusão da organização feudal, passou a se formar, lentamente, a convicção de que o súdito estava obrigado, em relação à autoridade superior, apenas ao cumprimento daquelas prestações particulares voluntariamente aceitas no pacto de vassalagem. Mas cogitava-se tão-só de direitos e deveres públicos que vinculavam, reciprocamente, o soberano e seus feudatários, ao passo que a massa submissa de súditos ficava privada

de toda defesa jurídica eficaz contra o arbítrio de seus governantes.

Entrementes, já surgira na Inglaterra forte movimento de resistência contra o absolutismo monárquico ali também prevalecente, que culminou, em 1215, em Runnymede, junto a Windsor, com a *Magna Carta Libertatum*, concedida por João sem Terra aos seus barões. Todavia, esse valioso documento estatuiu limitações da autoridade régia frente apenas aos cidadãos *optimo iure* (primeiro só os barões, para depois, paulatinamente, alcançar também os proprietários dos condados e dos burgos representados na Câmara dos Comuns).

Esse alcance restrito da tutela proporcionada pela *Magna Carta* manteve-se nos séculos seguintes, até ampliar-se, definitivamente, durante a grande luta contra o absolutismo dos Stuarts no século XVII, transformando-se, então, em alguns textos fundamentais, de meros privilégios feudais em efetivos *direitos públicos subjetivos*, tuteláveis por ação judicial regular.

No século XVIII, sucederam-se, ainda na Inglaterra, os seguintes documentos: a *Petition of Rights*, de 1628, reafirmando as limitações antes estatuídas e, ao mesmo passo, impedindo o Rei (Carlos I) de manter exército subtraído ao controle do Parlamento; o *Habeas Corpus Act*, de 1679, sob Carlos II, impedindo toda detenção arbitrária; e o *Bill of Rights*, de 1689, sancionado por Guilherme e Maria d'Orange, ao assumirem a Coroa Britânica. Nesse último documento, após a enumeração de todos os atos arbitrários de Jaime II, se reafirmava que também o soberano estava submetido às leis fundamentais do Reino e que, precisamente para assegurar concretamente esse princípio, o Parlamento votaria *somente ano a ano* os impostos solicitados pelo Governo real.

Neste passo, nunca é demais frisar que essas conquistas, como visto, restringiam-se aos cidadãos britânicos, somente espraiando-se para outros povos como resultado das Revoluções Americana e Francesa (*Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia*, de 1776, e *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789), que, ao influxo das idéias da Escola de Direito Natural, operaram a passagem de um estágio de mera resistência à opressão, para outro, mais avançado, no qual os homens, conscientes de sua dignidade e primazia sobre a sociedade e o Estado, insurgem-se e derrubam os governos despóticos, proclamando a autonomia da pessoa humana em face da ordem social e política.

Surgiu, assim, o moderno Estado constitucional, em que a técnica formal de consagração dos *direitos individuais* revela, sobretudo, a preocupação de conferir preeminência, na organização do Estado, aos princípios informadores da ordem individualista. De pessoa sem direitos diante do poder absoluto, passa o cidadão a ser titular de direitos subjetivos públicos oponíveis ao poder do Estado, fermento ideal para a posterior consagração do *Estado liberal de direito* do século XIX.

Essa concepção liberal do Estado, de cunho eminentemente afirmador da ordem individualista, perdurou até as duas décadas iniciais do século XX, quando o crescimento das tarefas do Estado, no campo econômico, e a amplitude do poder nacional, na ordem política, impuseram, a partir da Constituição de Weimar (1919), sensível redimensionamento da posição jurídica do indivíduo diante do poder, iniciando-se, então, a vitoriosa luta pela consagração dos hoje chamados *direitos e garantias fundamentais*, categoria que passou a compreender, com o passar do tempo, não apenas os *direitos e garantias individuais*, mas também os *direitos coletivos*, os *direitos políticos* e os *direitos sociais*.

O breve esboço histórico acima apenas esboçado tem como principal objetivo demonstrar que o binômio *resistência à opressão/afirmação do individualismo* foi sempre a idéia propulsora de todos os movimentos pela consagração dos direitos individuais ao longo da história do constitucionalismo. Não é por outra razão que, referindo-se à Declaração de Direitos de 1789, assinala Maurice Duverger não ser aquele documento um mero repositório de artigos apriorísticos, de caráter puramente doutrinário. Ao contrário, cada artigo se volta contra um abuso do antigo regime, que se impunha eliminar, sendo que a ênfase no dado político se explica exatamente porque era sobretudo política a opressão essencial e mais visível. Nesse contexto, os direitos individuais libertavam o homem e, ao mesmo tempo, se transformavam em instrumento de resistência diante do poder. É a concepção da *liberdade-resistência*, na qual se registra duplo movimento. O primeiro, no rumo dos direitos individuais, ampliando as áreas de atuação livre do homem dentro da sociedade. O segundo, limitando a ação do Estado, na medida em que se amplia a ação do indivíduo (In *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 1950, pp. 200/1).

De conseqüência, imperioso é convir em que, apartado dessa idéia-força, não há

interpretação consistente e juridicamente aceitável para a "cláusula pétrea" dos direitos e garantias individuais estatuida no art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

Por outro lado, impende considerar que tampouco há como reputar-se meramente casual a estruturação, retromencionada, conferida pelo constituinte de 1988 ao Título II da Constituição Federal. Ao contrário, dita estruturação denota, a nosso ver, o nítido intuito de reduzir a categoria *direitos e garantias individuais* à sua configuração liberal clássica, referida a direitos e garantias vinculados ao exercício das liberdades do cidadão em face da opressão e do arbítrio da sociedade política e, principalmente, ante o próprio Estado.

Nessa conformidade, parece-nos lícito afirmar que, para fins de aplicação do disposto no art. 60, § 4º, da Constituição Federal, há que se ter presentes, em especial, os direitos e garantias estatuidos no art. 5º da mesma Constituição, abaixo enumerados apenas exemplificativamente:

- a) direito à vida, compreensivo dos direitos à integridade física e à integridade moral;
- b) direito à intimidade, que tem como principais manifestações o direito à imagem, o direito à identidade pessoal, o direito ao nome, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo da correspondência etc;
- c) direito à igualdade;
- d) direito à liberdade, cujas emanações mais usuais são a liberdade da pessoa física (liberdade de locomoção), a liberdade de pensamento, a liberdade de opinião, as liberdades de religião, de crença e de culto, a liberdade de organização religiosa, a liberdade de imprensa, a liberdade de manifestação intelectual, artística, científica e de conhecimento, a liberdade de reunião, a liberdade de associação, a liberdade de ação profissional etc;
- e) direito de propriedade;
- f) princípio (garantia) da legalidade (reserva de lei) na esfera penal;
- g) princípio (garantia) da proteção judiciária ou da inafastabilidade do controle jurisdicional;
- h) garantia do devido processo legal (*due process of law*);
- i) princípio da irretroatividade da lei como garantia de respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada; e
- j) remédios constitucionais (direito de petição, direito a certidões, *habeas corpus*,

mandado de segurança individual, *habeas data* e mandado de injunção).

Os direitos individuais, segundo a lição de José Joaquim Gomes Canotilho,

“cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os Poderes Públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídico-individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos Poderes Públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”. (In *Direito Constitucional*, p. 448).

Essa característica peculiar é também apontada por Luís Recaséns Siches, para quem “os chamados tradicionalmente direitos individuais são, em essência (ainda que não de modo exclusivo), direitos de liberdade, de estar livre de agressões, restrições e ingerências indevidas por parte de outras pessoas, mas de modo especial por parte das autoridades públicas. Os direitos individuais vão significar um não fazer dos outros indivíduos, mas principalmente por parte do Estado” (In *Tratado General de Filosofia del Derecho*, 4ª ed., México, 1970, pp. 600/1).

No mesmo sentido, entre nós, temos os ensinamentos de José Afonso da Silva que, ao traçar o conceito de direitos individuais, assinala concebê-los

“como direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado. Por isso, a doutrina (francesa, especialmente) costuma englobá-los na concepção de *liberdade-autonomia*” (In *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., 1989, p. 171).

Finalizando, advirte-se que a enumeração dos direitos e garantias individuais, em nosso sistema, não se exaure no elenco estabelecido no art. 5º da Constituição Federal. É que, consoante prevê o § 2º do mesmo art. 5º, os direitos

e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim, por exemplo, é verificar que o art. 150 da Constituição estatui, dentre outros, os princípios da legalidade tributária e da anterioridade do tributo, que expressam, em verdade, duas clássicas garantias do cidadão contra as imposições fiscais abusivas do Estado.

5. Conclusões

Por todo o acima exposto, parece-nos lícito assentar as seguintes conclusões:

a) o princípio da irretroatividade das leis, inscrito no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, *se dirige, especificamente, ao legislador infraconstitucional, que, assim, está impedido de votar leis com efeitos retrooperantes e obrigado a respeitar as situações legitimamente constituídas sob a égide da legislação anterior (direitos adquiridos);*

c) todavia, consoante a melhor doutrina, corroborada pela jurisprudência iterativa do Egrégio Supremo Tribunal Federal, *não há direito adquirido seja a regime jurídico de instituto de direito, seja a instituições ou institutos jurídicos;*

d) ainda segundo essas mesmas fontes autorizadas, *também não há direito adquirido contra preceito da Constituição, aplicando-se esse princípio tanto à redação original da Lei Maior, quanto às inovações originárias de emendas posteriores, pois uma e outras têm a mesma natureza e idêntica hierarquia;*

e) o constituinte de 1988, ao estruturar o Título II da Constituição Federal, sob a epígrafe – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, perfilhou clara opção por distinguir em categoria específica os *direitos e garantias individuais*, reduzindo-os, assim, à sua concepção liberal clássica, pelo que se há de entender a co-respectiva “cláusula pétrea” como compreensiva apenas dos *direitos e garantias fundamentais do homem-indivíduo*, assim considerados aqueles referidos no art. 5º e em alguns poucos outros pontos da mesma Constituição, voltados sempre à preservação da liberdade e da autonomia do cidadão ante a sociedade política e, sobretudo, frente ao próprio Estado.